Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2017-3

(diciembre 2017)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Diego-Manuel Luzón Peña
Presidente de honor de la FICP. Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación General: Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.
Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez
Socio de la FICP. Investigador contratado. Acreditado Ayudante Doctor.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación: Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz
Socia y coordinadora de la FICP. Investigadora. Univ. de Alcalá
Prof. D. Enrique F. Luzón Campos
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. asociado Derecho Penal.
Prof. D.ª Lina M.ª Cardona Cardona
Socia de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá.

Edición: Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). www.ficp.es

La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su revista interna, ***Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)****, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, estando previsto que aparezcan varios números anuales, dependiendo de las posibilidades organizativas y del número de colaboraciones que nos vayan llegando de los socios.

La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.

Quedan por tanto ***invitados a participar*** *desde el número 2013-1 y siguientes* ***en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP****, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico contacto@ficp.es* ***estudios o artículos, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias****.*

Se publicarán los originales ***tanto en español como en portugués e italiano****.*

Foro FICP es una revista ***abierta al acceso libre*** *por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) 6

1. Semblanzas 6

Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago 6
In memoriam a José Manuel Maza Martín

2. Opinión/debate 11

Profesores de Filosofía del Derecho 11
No todo Estado es Estado de Derecho

Prof. Dr. Francisco Javier Álvarez García/Prof. Dra. M.ª Luisa Maqueda Abreu 13
Legalidad penal y proceso independentista

3. Estudios 16

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón 16
Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP): comentario sobre el caso *"Aturem el parlament"*

Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales 43
"Medidas de regeneración democrática". La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España

Prof. Dra. María A. Trapero Barreales 77
La nueva regulación del art. 71.2 del Código Penal: o alternativas al cumplimiento de la pena de prisión inferior a tres meses

Joana Ruiz Sierra 115
Estatuto de la víctima: ejecución penal

Daniel Sánchez Romero 127
Análisis del delito penal economico español

Comunicaciones presentadas al XVIII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León 142

Mª Luisa Álvarez-Castellanos Villanueva 142
Validez, vigencia o eficacia de la norma penal

Patricio Arribas y Atienza 152
La grabación como garantía de la instrucción penal

Ana Isabel Betrán Pardo 161
La declaración del encausado en el juicio oral: condiciones en las que ha de practicarse para un mejor descubrimiento de la verdad

Antonio Bueso Alberdi 174
El principio acusatorio

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas 183
El garantismo penal

Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo 192
Sobre el artículo 301.1 del Código Penal y la prueba indiciaria

Prof. Dra. Carmen Rocío Fernández Díaz 206
Garantismo y lucha contra el espionaje empresarial

Mónica Fernández Salgado 217
Presunción de inocencia

Victoria Gallego Martínez 228
Derechos a la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*

Dr. Santiago Javier Granado Pachón 241
Consideraciones acerca de la configuración del Derecho penal de menores como Derecho penal mínimo

M.ª José Hernández García 250
El concepto de "investigado" en la Ley Procesal Penal: ¿una pérdida de nitidez de la parte pasiva del proceso penal?
Francisco José Malfeito Natividad 257
El *Ius Puniendi* y el Derecho penal
Diego Martín Fernández 263
El derecho a la última palabra
Dra. Luisa M.ª Pérez Rúa 270
Diligencias urgentes e igualdad de armas
Sacramento Ruiz Bosch 278
El delito de administración desleal de patrimonios ajenos
Daniel Sánchez Romero 290
Garantías procesales en el ámbito penal: los principios de inmediación y contradicción. Casuística general
Inmaculada Serrano Pérez 313
Principio de contradicción en el Derecho español
Silvia Vivó Cabo 320
Las garantias procesales y sustantivas del *ius puniendi*. Principios de legalidad, contradicción, audiencia e igualdad de armas

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY 330

1. Unión Europea 330

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. 330

2. España 433

Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones 433

3. Colombia 436

Ley 1850, de 19 de julio de 2017, por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamillar por abandono y se dictan otras disposiciones 436
Ley 1864, de 17 de agosto de 2917, mediante la cual se modifica la ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática 442

III. NOTICIAS DE LA FICP 448

1. Congresos, seminarios y cursos 448

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 449

1. Distinciones, galardones; grados académicos 449

2. Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP 455

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 466

I. TRIBUNA
(para los miembros de la FICP)

1. Semblanzas

Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago

Doctor en Derecho y Fiscal del Tribunal Supremo. Socio de la FICP.

~*In memoriam* a José Manuel Maza Martín[1]~

Ante el triste y repentino fallecimiento el pasado día 18 noviembre 2017 en la ciudad de Buenos Aires (Argentina) de nuestro querido amigo y compañero, José Manuel Maza Martín, fiscal general del Estado y magistrado de la Sala 2.ª TS, cuando se encontraba participando en la Asamblea de Ministerios Públicos Iberoamericanos, he querido ofrecerle como primer homenaje este comentario jurisprudencial.

José Manuel fue fiscal general del Estado desde el 23 octubre 2016 hasta la fecha de su muerte, poco más de un año, pero en ese breve espacio de tiempo supo ganarse el afecto de los fiscales, a pesar de que en ese difícil cargo es fácil ser objeto de todo tipo críticas para las que mostró siempre comprensión y paciencia. «Gajes del oficio, don Manuel», me decía con una sonrisa.

En la historia de los fiscales generales, antes llamados según épocas históricas fiscales del Supremo, de la República o del Reino, los mandatos más breves fueron de cuatro meses (v.gr. el de José Parrés Sobrino, desde el 19 junio al 31 octubre 1913) y los más largos de diez años y un mes (v.gr. el de Manuel de la Plaza Navarro, desde el 12 septiembre 1945 al 21 octubre 1955). Véase mi obra La Fiscalía desde sus élites (1883-2011), autoedición electrónica, Amazon, 2012, p. 30.

Cuando José Manuel fue reprobado por el Congreso de los Diputados el pasado día 17 mayo 2017, junto con el actual ministro de Justicia y el entonces fiscal jefe anticorrupción Manuel Moix, posterior y razonablemente dimitido, le recordé que había

[1] Esta nota necrológica ha sido publicada por el autor como segunda parte de un trabajo titulado "Concurso medial tras la reforma penal del 2015", publicado en Diario La Ley, N.º 9108, 28-12-2007, Sección Comentarios de jurisprudencia, que constituye un Comentario a la STS, Sala 2ª, 891/2016, de 25-11, última sentencia de la que fue ponente el entonces Magistrado Excmo. Sr. Maza Martín (socio de la FICP), antes de pasar a desempeñar el cargo de Fiscal General del Estado.

sido el primer fiscal general reprobado por el Congreso pero no el primer fiscal que recibe la legítima censura pública, sea justa o injusta. El cargo, históricamente, lleva aparejada esta censura, como lo demuestra la injusta que recibió Melchor Rafael de Macanaz (1670/1760) primer fiscal general del Real y Supremo Consejo de Castilla (10/11/1713) en el reinado de Felipe V (1683-1746), procesado en 1715 por la Santa Inquisición española. Carmen Martín Gaite en su obra El proceso de Macanaz. Historia de un Empapelamiento, Barcelona, Espasa Calpe, 1999, nos da cuenta de este proceso con detalle histórico y literario. Su «perdición» fue defender el poder real frente al eclesiástico y la reforma de la Inquisición española. Y con la Iglesia topó. Exponente de su obra son Regalías de los Señores Reyes de Aragón, que contiene su discurso jurídico, histórico y político (1713). En la edición de la Biblioteca jurídica de Autores españoles se recoge la noticia sobre la vida y escritos de D. Melchor por D. Joaquín Maldonado Macanaz, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1879.

Si CALAMANDREI, en su conocida obra Elogio de los jueces escrito por un abogado (1936) dijo que el cargo de fiscal es el más difícil de los oficios judiciales, qué no será el cargo de fiscal general del Estado.

Al jurista italiano le parecía arduo el oficio del fiscal, «el cual, como mantenedor de la acusación, debería ser parcial como un abogado, y como guardador de la ley, deberá ser imparcial como un juez. Abogado sin pasión, juez sin imparcialidad; este es el absurdo psicológico en el cual el público ministerio, si no tiene un exquisito sentido de equilibrio, está expuesto en todo momento a perder, por amor a la serenidad, la generosa combatividad del defensor, o por amor a la polémica, la desapasionada objetividad del magistrado».

La frase de CALAMANDREI hay que contextualizarla en el derecho italiano de la época, en la integración de las carreras judicial y fiscal y en un concepto unilateral del fiscal como acusador público, que no es mimético al nuestro, donde el fiscal forma una carrera independiente a la judicial desde 1926, quizás en necesario proceso de revisión, y no siempre ejerce de acusador ya que debe oponerse a las acusaciones indebidas (art. 3.4 Ley 50/1981). Pero ese equilibrio que reclamaba para el oficio es plenamente aplicable.

José Manuel fue abogado de RENFE, fiscal —aunque no ejerció como tal— juez, magistrado y, finalmente, fiscal general del Estado. Y, sobre todo, fue un hombre equilibrado y justo. Es el mayor elogio que le podemos hacer. CONFUCIO dijo

«Mantened vuestro corazón en lo justo» y LUC DE CLAPIERS, marqués de Vauvenargues, afirmó «No se puede ser justo sin ser humano».

Antes de dejar la Sala 2.ª TS, con motivo de su nombramiento como fiscal general del Estado, s.e.u.o, dejó terminadas tres sentencias en calidad de ponente, las números 889/2016, 890/2016 y 891/2016, todas de fecha 25 noviembre 2016.

Hemos seleccionado la postrera, no sólo por ser su última sentencia en la Sala 2.ª TS sino porque confirma una interpretación del número 3.º del art. 77 CP/2015 introducido en la reforma penal del 2015 en relación con la penalidad del concurso medial de delitos, que ha suscitado muchas dudas y que resultaba polémica, a la vista de la confusa redacción del precepto por el legislador, que mereció las críticas tanto de la FGE como de la propia Sala 2.ª TS.

La FGE en su Circular 4/2015, de 13 julio, sobre la interpretación de la nueva regla penológicapara el concurso medial de delitos, firmada por mi amiga y compañera Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, siguiendo el sabio consejo de fieles fiscales, se adelantó a la interpretación que, posteriormente, asumió la Sala 2.ª del TS.

Esta Circular sostuvo en sus conclusiones lo siguiente:

> «3.º El art. 77.3 CP no remite a la pena superior en grado, sino a "una pena superior a la que habría correspondido". Esta pena superior implica una pena más elevada a la representada por la pena concreta imponible para el delito más grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la suma de las penas concretas imponibles por los delitos en concurso,
>
> 4.º La reforma operada por LO 1/2015 sanciona el concurso medial con una pena híbrida o pena síntesis que se forma con las penas de las infracciones concurrentes, con unos límites cuantitativos comprendidos entre un mínimo (la pena concreta que se impondría al delito más grave) y un máximo (la suma de las penas concretas que se impondrían a los delitos para el caso de que se castigaran por separado). Para individualizar dentro de los límites de esta pena síntesis la concreta pena imponible habrán de aplicarse los criterios del art. 66.1.6.ª CP (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho). Esta individualización final debe estar orientada hacia la traducción penológica del desvalor total del complejo delictivo. La pena final habrá de ser siempre superior en al menos un día a la concretamente imponible al delito más grave.

5.º En la operación de individualización final no se han de aplicar las reglas del art. 66 CP, cuya funcionalidad ya se ha agotado en la construcción de los límites mínimo y máximo de la pena síntesis.

6.º Nunca podrá imponerse una pena igual o inferior a la pena mínima imponible al delito más grave.»

Estamos, pues, ante una convergencia entre la interpretación de la FGE y la de la Sala 2.ª TS, en favor del reo al descartarse que la dicción literal del precepto sobre «pena superior» sea «pena superior en grado».

Esta natural convergencia ejemplifica la posición institucional que ocupó José Manuel, como magistrado de la Sala 2.ª TS y, después, como fiscal general del Estado, mediante una simbiosis entre la doctrina de la FGE y la jurisprudencia, convirtiendo las tesis de la Fiscalía en jurisprudencia sin que, aun pudiendo hacerlo, hiciera lo contrario (v.gr. en algunos aspectos de la problemática responsabilidad penal de las personas jurídicas, de cuya primera sentencia condenatoria fue ponente —STS 2.ª— 154/2016, de 29 febrero -comentada por nosotros en el Diario La Ley n.o 8796 de 5 julio, que se mostraba discrepante con algunas tesis nuestras — naturaleza de la compliance y carga probatoria— (CCFGE 1/2011 y 1/2016).

Posición institucional para la cual él nos reclamaba humildemente a los fiscales lealtad no hacía su persona sino a la Institución del MF, en ese difícil equilibrio entre la promoción de la Justicia y su plasmación en un proceso contradictorio, no necesariamente antagónico con las defensas, con el fin de buscar la efectividad del Estado de Derecho en la protección de los derechos y libertades de todos los ciudadanos.

Sin olvidar, ex art.1.2 CE 1978 que la soberanía nacional reside en el pueblo español, como José Manuel defendió el 30 octubre 2017 con rigor y sumo acierto al firmar las querellas contra el Govern catalán y la Mesa del Parlament con motivo del procés independentista que se presentaron ante, respectivamente, la Audiencia Nacional y la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

Debiendo resaltarse, finalmente, su absoluta convicción democrática sobre ese pueblo español como fuente legitimadora del que emanan todos los poderes del Estado, incluida la Justicia o el Poder Judicial, donde está integrado con autonomía funcional el

Ministerio Fiscal (art. 2.1 Ley 50/1981, de 30 diciembre, por el que se regula el estatuto orgánico del MF).

«El justo es el único entre los hombres que vive tranquilo y sosegado» (EPICURO)

«Nihil beatum nisi quietum» (La felicidad está en la paz)

Descansa en paz, querido José Manuel.

* * * * * *

2. Opinión/debate

Profesores de Filosofía del Derecho[1]

~No todo Estado es Estado de Derecho~

"No todo Estado es Estado de derecho". Con esas palabras iniciaba ELÍAS DÍAZ una obra emblemática de la filosofía jurídico-política española contemporánea,*Estado de derecho y sociedad democrática*, 1966, un libro en el que describía y justificaba los requisitos de justicia que habría de reunir un Estado que reivindica para sí el uso legítimo de la fuerza. Un conjunto de ideales a los que él y tantos españoles/as de su generación aspiraban, y que fueron felizmente plasmados en la Constitución española de 1978, el fruto de un enorme esfuerzo colectivo.

España atraviesa estos días una situación crítica, y en ese mismo espíritu de reivindicación de la democracia, los derechos fundamentales y el imperio de la ley, nosotros, profesores y profesoras de Filosofía del Derecho de distintas universidades españolas queremos manifestar lo siguiente:

1. La secesión unilateral de parte del territorio en un Estado democrático que respeta los derechos fundamentales de su población (incluyendo los derechos culturales o lingüísticos de las minorías en su seno) es contraria al ideal democrático pues priva de los derechos políticos a gran parte de la ciudadanía a la que se impide participar en dicho proceso. En este sentido, el conjunto de decisiones que se han ido adoptando por parte de las instituciones de Cataluña —señaladamente las leyes de referéndum y de transitoriedad aprobadas los días 6 y 7 de septiembre por el Parlamento de Cataluña vulnerando la normativa parlamentaria que garantiza una deliberación y tramitación pulcra— son profundamente antidemocráticas además de groseramente inconstitucionales. Su aplicación en la forma de una declaración unilateral de independencia (DUI) constituye un golpe de Estado.

2. Una secesión conlleva la merma del ámbito de la justicia distributiva, la partición del común y pone en riesgo un sinfín de lazos afectivos, vínculos personales, relaciones y flujos de todo tipo. Es, desde todos esos puntos de vista, un colosal fracaso

[1] La lista de firmantes de este manifiesto, entre los que se encuentra algún miembro de la FICP, puede localizarse en el siguiente enlace.

colectivo que hay que evitar salvo que con la secesión se estuviera poniendo remedio a una situación de injusticia grave, una situación que estamos convencidos de que no existe hoy. No creemos que la secesión de Cataluña sea el remedio a ninguno de los problemas cuya solución legítimamente reclaman sectores importantes de la sociedad catalana. Problemas que hay que atender en el marco constitucional del que nos dotamos en 1978, lo cual puede legítimamente incluir la reforma de ese mismo marco.

3. Como profesores/as y como ciudadanos/as debemos mantener firme nuestro compromiso con la defensa de la libertad académica, de opinión y expresión, unos derechos que muchos de nuestros colegas y conciudadanos en Cataluña, que no participan del anhelo independentista, ejercen bajo presiones inaceptables. Este acoso debe cesar inmediatamente.

4. En las actuales circunstancias, reafirmamos nuestra defensa de la Constitución y del Estatuto de Autonomía como los pilares institucionales desde los que encarar el diálogo político que permita recuperar la concordia civil tan severamente quebrada. No todo Estado es Estado de derecho y no hay Derecho sin fuerza. El mantenimiento de nuestro orden constitucional y de nuestros derechos requiere el uso de la fuerza, pero nos preocupa que —a la vista de lo acontecido durante la jornada en la que, pese a todos los pronunciamientos judiciales en contra y en ausencia de garantías, se pretendió celebrar el referéndum de secesión— se olvide que la proporcionalidad en el uso de la fuerza es una exigencia ética y jurídica a la que no podemos ni debemos renunciar.

* * * * * *

Prof. Dr. Francisco Javier Álvarez García
Catedrático de Derecho Penal. Univ. Carlos III de Madrid. Socio de la FICP.

Prof. Dra. M.ª Luisa Maqueda Abreu
Catedrática de Derecho Penal. Univ. de Granada. Socia de la FICP.

~Legalidad penal y proceso independentista[1]~

Los abajo firmantes, más de 100 profesores de Derecho Penal de las Universidades españolas, ante la crisis política más grave vivida por nuestro país desde el golpe de estado de 1981, se entienden obligados a manifestar su experta opinión ante toda una serie de calificaciones jurídicas que llevadas a cabo por la Fiscalía General del Estado y la titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional, han originado general repulsa y seria preocupación en los medios jurídicos españoles.

De la conducta observada por diversos integrantes del Parlamento y el Gobierno catalán puede desprenderse, con alta probabilidad, la comisión de múltiples delitos, que deben ser investigados y, en su caso, sancionados conforme a lo que exige nuestro Ordenamiento Penal.

Mas ha de decirse que la exigencia de responsabilidades penales por lo ocurrido tiene que realizarse con observancia estricta de nuestras leyes penales y procesales y respetando en forma exigente el principio de legalidad, de obligatorio cumplimiento en este ámbito.

A ese respecto debe señalarse que en nuestra opinión es gravemente equivocado considerar los hechos como constitutivos de un delito de rebelión del artículo 474 del CP, y ello por la poderosísima razón de que está ausente un elemento estructural de ese ilícito cual es la violencia; requisito que tras una viva discusión en el Senado se decidió incorporar a la tipificación para, precisamente, constreñir su aplicación, en exclusiva, a supuestos de la máxima gravedad que no se dan en este caso: sólo conculcando muy gravemente el principio de legalidad penal puede llegar a afirmarse que los imputados, a la vista de los hechos que se les han atribuido, pudieron realizar este delito, o el de conspiración para la rebelión que requiere un acuerdo conjunto de llevarlo a cabo con esa misma violencia.

[1] La lista de firmantes de este manifiesto, entre los que se encuentran miembros de la FICP, puede localizarse en el siguiente enlace.

Tampoco creemos que concurra en este caso el delito de sedición del artículo 544 del CP, debido a que en ningún momento se ha aportado indicio alguno de que los imputados hayan inducido, provocado o protagonizado ningún alzamiento tumultuario tal y como exige la ley, y no pueden atribuirse a aquéllos sucesos ocurridos con anterioridad o realizados por otras personas distintas, ya que en Derecho Penal rige el principio de responsabilidad personal y sólo cabe juzgar a alguien por sus propios hechos.

De igual forma debe decirse con rotundidad que la Audiencia Nacional no es competente para conocer de los delitos de rebelión o sedición, y que tal entendimiento corresponde a la Audiencia Provincial de Barcelona. En efecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 65.1 se refiere a los derogados "delitos contra la forma de Gobierno" como objeto de la competencia de la Audiencia Nacional, y en ningún momento alude a los delitos de rebelión o sedición.

En ese sentido la argumentación esgrimida por la titular del Juzgado Central de Instrucción para reclamar su competencia constituye una manipulación pocas veces vista en el ámbito forense. Más aún si tenemos en cuenta que en el Auto de 2 de diciembre de 2008 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, este órgano jurisdiccional expresó con rotundidad que la Audiencia Nacional nunca ha sido competente para el conocimiento del delito de rebelión; y lo mismo puede decirse, añadimos nosotros, en relación al delito de sedición. Abundando en esta idea debe recordarse que la propia Fiscalía, en el mismo procedimiento al que nos acabamos de referir, afirmó que el delito de rebelión *"nunca ha formado parte de los delitos contra la forma de Gobierno … por lo que es totalmente injustificado concluir … que la Audiencia Nacional posee competencia para su investigación y enjuiciamiento"*.

Resulta preciso, por otra parte, denunciar la falta de mesura de la titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 tanto en la fijación de fechas para prestar declaración (sobre todo si tenemos en cuenta la decisión tomada al respecto por el Instructor del Tribunal Supremo), como en el dictado de las prisiones preventivas que, sin duda, han sido gravemente desproporcionadas y carentes de suficiente justificación, más allá de abstractas manifestaciones.

En conclusión: desde una perspectiva estrictamente jurídica reclamamos a las instancias fiscales y judiciales que se atengan al Derecho, a la Ley, que investiguen y, en su caso, castiguen todo lo que el Estado de Derecho autoriza y obliga, pero

exclusivamente eso, porque sólo dentro de esos márgenes puede haber oportunidad, proporción y Justicia.

* * * * * *

3. Estudios

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Oviedo. Patrono de la FICP.

~Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP): comentario sobre el caso *"Aturem el parlament"*~

Sumario.- I. Excurso: problemas de prueba y garantías procesales en el Derecho Penal político. II. La ponderación de derechos e intereses constitucionales como causa de justificación. III. Cinco problemas de tipicidad e imputación. IV. Tipos aplicables: coacción a parlamentarios (art. 498 CP) y atentado (art. 550 CP). V. El delito de coacción a parlamentarios: estructura típica. VI. *"Violencia"* e *"intimidación"* como modalidades típicas. VII. Conclusión (1): atipicidad de las conductas de siete acusados. VIII. El caso de José María Vázquez Moreno. IX. ¿*"Intimidación ambiental"*? X. Conclusión (2): para qué no sirve la ponderación de derechos e intereses.

Este trabajo tiene por objeto analizar la forma en la que dos de nuestros principales tribunales en el orden penal (sendas secciones de las salas de lo penal de la Audiencia Nacional[1] y del Tribunal Supremo)[2] han razonado la solución y los fundamentos de la misma en relación con un caso paradigmático del Derecho Penal político no antiterrorista, cual es el de los incidentes acaecidos con motivo de la manifestación que, el día 15 de junio de 2011, fue convocada delante del Parlamento de Catalunya bajo el lema de *"Aturem el Parlament, no dexiarem que aprovin retallades"*. Y, muy particularmente, examinar críticamente y poner de manifiesto en dónde estriban verdaderamente las diferencias en dicha forma de razonar de cada uno de ellos, diferencias que han llevado a que cada uno de los dos tribunales, partiendo de idénticos hechos probados, llegue, sin embargo, a conclusiones radicalmente contrarias a la hora de calificar dichos hechos.

Mi trabajo versará, pues, principalmente sobre cuestiones de índole dogmática, de interpretación del ordenamiento. Bien es cierto, no obstante, que, dada la naturaleza de las cuestiones de Derecho suscitadas (tan preñadas de implicaciones morales y políticas), más que nunca se demuestra la corrección de la concepción de la

* Este artículo ha sido publicado previamente en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BALDASÚA (coords.), Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo, Edt. Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 1233-1256 y en Cuerda Arnau/García Amado, (dirs.): Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 171-191.

[1] Sentencia nº 31/2014, de 7 de julio de 2014, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

[2] Sentencia nº 161/2015, de 17 de marzo de 2015, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

interpretación dogmática –que aquí también se sostiene- que propugna que la mejor forma de interpretar el Derecho Penal es, aunque respetando en todo caso los límites que impone el principio de legalidad penal, dejarse guiar en lo demás principalmente por consideraciones de orden político-criminal. Resulta, pues, inevitable que la política criminal rezume en todos y cada uno de los análisis dogmáticos que se presentan a continuación.

I. EXCURSO: PROBLEMAS DE PRUEBA Y GARANTÍAS PROCESALES EN EL DERECHO PENAL POLÍTICO

Permítaseme, sin embargo, que, antes de entrar en las cuestiones dogmáticas que han de ocuparnos a continuación, diga un par de palabras sobre otros dos asuntos que las sentencias comentadas vienen también a colocar sobre el tapete, y de los que raras veces se habla entre los técnicos, cuando se discute sobre resoluciones penales. Y es que especialmente la sentencia de primera instancia, la de la Audiencia Nacional, al ser particularmente puntillosa, garantista, viene a presentar un vívido retrato de dos malas prácticas de nuestra justicia penal, particularmente en materia de Derecho Penal político, que merecen ser destacadas:

1. La tendencia al abuso policial en el curso de la investigación de estos delitos: sin llegar a lo que ha ocurrido con demasiada frecuencia durante la persecución de delitos de terrorismo (en donde la tortura policial, al decir de todas las evidencias, ha sido algo más que mera anécdota), en este caso también se aprecian comportamientos policiales notoriamente irregulares. Ejemplo palmario es la detención inmotivada de algunos de los luego acusados, cuando se habían presentado voluntariamente en el juzgado a declarar, obligándoles a someterse contra su voluntad a pruebas (identificaciones, sesiones fotográficas, etc.) que luego se reveló que carecían de las garantías suficientes.

2. La tendencia a acusar sobre la base únicamente de testimonios policiales y/o de pruebas elaboradas *ad hoc* por la policía[3]: en este caso, lo más espeluznante es leer cómo la policía construyó, y el Ministerio Fiscal empleó como base casi exclusiva de sus acusaciones, un conjunto de pruebas notoriamente manipuladas (el caso del montaje policial de imágenes, con fines incriminatorios, es sangrante), que sólo el meritorio

[3] Me he ocupado de esta cuestión también (en relación con los delitos de terrorismo) en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007 ("Caso EKIN"), LL 2008-II, pp. 1733-174.

esfuerzo de un tribunal muy preocupado por preservar las garantías, analizando una a una cada una de las pretendidas pruebas, permitió desmontar, en su mayor parte. Pero aterra sospechar (o más que sospechar: en materia de terrorismo el empleo de pruebas de origen exclusivamente policial como base de las sentencias condenatorias es completamente habitual) qué es lo que puede estar ocurriendo en otros muchos juicios en los que el tribunal no se toma –porque no puede o porque no quiere- tantas molestias…

Nada más diré sobre estos temas, importantísimos, aunque no de naturaleza dogmática. No me puedo resistir, no obstante, a recordar que esta cultura de la excepcionalidad en relación con la delincuencia política (gravísima, puesto que amenaza no sólo a las garantías propias del Estado de Derecho, sino también al mismo pluralismo político, valor constitucional esencial, en la medida en que la frontera entre conducta de disidencia legítima y conducta ilegal de delincuencia política es fijada, en buena medida, por las decisiones judiciales, la mayoría de las veces con tan insuficiente fundamento probatorio) tiene su asiento, en nuestra justicia penal, particularmente en el entramado de policía, fiscalía, (la mayoría de los) jueces centrales de instrucción y (la mayoría de las) secciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Y que, precisamente por ello, sería esencial acabar con esa cultura y –para ello- con la organización que la sustenta: la Audiencia Nacional, en tanto que tribunal con competencias exclusivas y especializadas en materia de (buena parte de la) delincuencia política[4].

II. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS E INTERESES CONSTITUCIONALES COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Volviendo, ahora ya sí, a las cuestiones de índole dogmática suscitadas en la dos sentencias, la de instancia y la de casación, sobre el caso *"Aturem el Parlament"* (o que debieran haberlo sido), lo que, a partir de la comparación de las dos resoluciones judiciales, llama poderosamente la atención es el lugar en donde se ha localizado el objeto de la discusión jurídica, y de la discrepancia, entre los dos tribunales; y dónde, en cambio, no. En efecto, la sentencia de instancia concentra el debate acerca de la calificación jurídica que los hechos probados en la misma merecen casi exclusivamente

[4] A este respecto se ha manifestado, entre otros, el Grupo de Estudios de Política Criminal: GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 59-61.

en torno al efecto (justificante) que el ejercicio legítimo (art. 20,7º CP) del derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE, y disposiciones concordantes del Derecho internacional de los derechos humanos vigentes en España) debería producir sobre las acciones demostradas de los acusados. Y, por su parte, el Tribunal Supremo, en su puesta en cuestión de los fundamentos jurídicos de la resolución de instancia, se detiene principalmente a discutir la preeminencia del derecho fundamental de reunión, preeminencia que, en su opinión, debería ponderarse en contraposición con otros derechos e intereses de rango constitucional. Y, luego, una vez rechazado que pueda existir un efecto justificante generalizado del derecho fundamental sobre todas y cada una de las acciones enjuiciadas, argumenta que varias de ellas, puestas en contexto, sí que resultan típicas, a tenor de lo dispuesto en el art. 498 CP (y, en conexión con él, también de lo dispuesto por el art. 550 CP), por lo que deben ser castigadas.

Lo que llama poderosamente la atención en las argumentaciones que acabo de sintetizar es, precisamente, su alcance extremadamente limitado, que difícilmente puede abarcar todas las complejidades en verdad suscitadas en el caso. Así, cabe ciertamente adoptar diferentes posiciones dogmáticas acerca de cómo ha de interpretarse (a la luz de lo dispuesto en el texto constitucional y en los tratados internacionales de derechos humanos) el alcance del derecho fundamental de reunión. Como también cabe adoptarlas en relación con el modo en el que debe ponderarse el valor de la libertad de acción otorgada por dicho derecho, en comparación con las necesidades de protección de otros derechos fundamentales (del derecho de participación política) y de otros intereses constitucionalmente reconocidos (como el principio democrático de la representación de la soberanía popular por el parlamento). En este sentido, soy de la opinión de que cualquiera de las dos posiciones adoptadas por las sentencias en liza resultan perfectamente defendibles, en pura teoría dogmática constitucional. Pudiendo optarse por la una o por la otra en función de lecturas morales y políticas diferentes, y aun contradictorias (simplificando: más progresista o más conservadora), mas ambas compatibles con el tenor literal del texto constitucional y, por consiguiente, no arbitrarias[5].

[5] Por supuesto, la cuestión de la interpretación de la constitución y de sus consecuencias para la interpretación de la ley resulta en extremo discutible. Yo, por mi parte, mantengo (aunque no es éste el lugar para intentar argumentarlo en detalle) que es preciso distinguir entre, de una parte, las implicaciones propiamente jurídicas de la constitución (que son las únicas que le corresponde señalar y hacer valer a la jurisdicción constitucional, y las únicas en virtud de las cuales puede predicarse justificadamente que una ley, o una sentencia que aplica una ley, por haber ignorado tales implicaciones, son nulas de pleno

Si todo terminase aquí, esto es, si lo único que pudiésemos decir acerca de casos penales tan políticamente cargados como el que comento es que cabe hacer una ponderación de derechos más sesgada hacia la derecha y también una más sesgada hacia la izquierda, y que ambas tienen cabida –dentro de ciertos límites- en el espacio de lo constitucionalmente interpretable, entonces tendrían sin más razón los defensores de aquella teoría crítica acerca del Derecho y de la dogmática jurídica (los *critical legal studies* norteamericanos constituyen acaso el ejemplo más conocido de la misma) que sostiene que, en realidad, no existe argumentación puramente racional posible en el universo del Derecho, sino mero encubrimiento retórico de posiciones de poder. En suma, todo se reduciría, entonces, en que la resolución dictada por un tribunal de primera instancia más bien izquierdista fue corregida por la dictada por otro tribunal, jerárquicamente superior, de tintes más conservadores.

Qué duda cabe de que algo de esto –o mucho- hay, en el caso de marras (y en otros tantos). Sin embargo, me resisto a aceptar que, entonces, no quepa diálogo racional alguno acerca de la justificación y alcance de las decisiones judiciales que pretenden estar interpretando el Derecho. Y me resisto a aceptarlo, primero, por razones políticas: la obligación de motivar las resoluciones judiciales, garantía esencial del proceso, exige, si es tomada en serio, que la argumentación contenida en las sentencias no sea mera retórica, sino (también) una argumentación racionalmente coherente, susceptible de discusión y de refutación mediante métodos (si no objetivos, sí, cuando menos) intersubjetivamente aceptables.

Pero es que, además, desde el punto de vista teórico, ocurre que solamente una concepción extremadamente chata, poco plausible, de los contenidos de la dogmática jurídica, obliga a conclusión tan desconsoladora. Por el contrario, un análisis dogmático más rico de los problemas de calificación y de subsunción suscitados por los casos penales permite hallar numerosos aspectos de los mismos que, si no objetivables, sí que,

---

Derecho); y, de otra parte, las implicaciones que pueden derivarse de las posibles lecturas (interpretaciones) moral y políticamente sesgadas de la constitución. Esto último es competencia primordial del legislador, pero también de los jueces, cuando interpretan las leyes a la luz de la (lectura moral y política suya de la) constitución. Que estemos ante lo uno o ante lo otro depende de que la implicación normativa en cuestión se pueda deducir directamente del tenor literal de las normas constitucionales (conforme al canon de interpretación de normas jurídicas generalmente aceptado), o bien, por el contrario, tan sólo añadiendo al significado de dicho tenor literal, además, normas morales o restricciones políticas adicionales. Y, en cuanto a las consecuencias, la diferencia entre ambas hipótesis estriba en que dos lecturas morales o políticas distintas, y aun contradictorias, de la misma constitución resultan ambas (hasta un cierto límite: justamente el marcado por las implicaciones jurídicas que las normas constitucionales poseen) en principio conforme a Derecho. Cosa que no sucede cuando existe contradicción normativa directa entre ley o sentencia y el significado (directo) de la norma constitucional.

cuando menos, pueden ser discutidos racionalmente y con (relativa) independencia de las posiciones morales y políticas de las que se parta. Dicho de otro modo: aunque ciertamente nada en el ámbito de la interpretación jurídica puede ser aislado por completo de los problemas morales y políticos (ya que, en el fondo, interpretar la ley es también un problema moral y político), lo que sí que resulta posible, en mi opinión, es quebrar, y diversificar, los frentes de la discusión, de manera que no todo se reduzca a si el intérprete es políticamente "progresista" o "conservador", sino que el debate ha de resultar más plural y matizado.

Aplicando lo acabado de exponer a nuestro caso: en mi opinión, si sólo se tratase de que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo mantienen lecturas diferentes desde el punto de vista político acerca del alcance del art. 21 CE, entonces habría que reconocer que tan conforme a Derecho era la interpretación de la Audiencia sobre el alcance justificante del precepto, como la del Tribunal Supremo sobre los límites de dicho efecto. Personalmente, comparto al cien por cien la posición de la Audiencia, bastante más progresista. Pero esa no es la cuestión que hay que resolver: la cuestión es, más bien, si no es cierto –como pienso que lo es- que el Tribunal Supremo no sólo interpretó de otro modo, posible, el ordenamiento, sino que más bien lo infringió. A demostrar esto irán dirigidas las páginas que siguen.

III. CINCO PROBLEMAS DE TIPICIDAD Y DE IMPUTACIÓN

La toma de posición metodológica que acabo de exponer sintéticamente viene a cuento porque, según creo, precisamente lo que falla en el debate jurisprudencial suscitado al hilo del caso *"Aturem el Parlament"* es esa capacidad para rechazar alineamientos simplistas y para aceptar, con todas sus consecuencias, la complejidad de la discusión dogmática sobre el caso.

En efecto, como he señalado, la discusión judicial acerca del caso se ha concentrado de manera casi exclusiva sobre la cuestión del alcance y efecto justificante en el ámbito penal del derecho fundamental de reunión. Y ello, además, a partir de dos lecturas, contradictorias entre sí, pero las dos políticamente cargadas, de dicho alcance y de dicho efecto. Creo, sin embargo, que en realidad los problemas suscitados por el caso son más diversos y complejos. Y que, por consiguiente, la solución más correcta al mismo no puede depender únicamente de cómo se interprete el derecho fundamental a la libertad de expresión (desde qué perspectiva política se haga), aunque también dependa de ello.

Así, en concreto, identifico al menos cinco problemas más de calificación jurídica que podían y debían haber sido discutidos en el caso. Son los siguientes:

— El problema de la tipicidad: ¿resultaban las conductas (algunas o todas) probadas de los acusados subsumibles en los tipos penales invocados por la acusación?

— El problema de la lesividad (de la antijuridicidad material): aun en el supuesto de que dichas conductas fuesen subsumibles, desde un punto de vista lingüístico, en el tenor literal de los tipos, ¿afectaron efectivamente a los bienes jurídicos protegidos en los mismos? Esto es, ¿eran efectivamente conductas merecedoras de pena?

— El problema del grado de antijuridicidad y de la eventual insignificancia: aun en el supuesto de que las conductas objeto de enjuiciamiento fuesen materialmente antijurídicas, ¿en qué grado, con qué nivel de gravedad? ¿Influiría en dicha gravedad el hecho de que tales conductas, aun si no pudiesen ser consideradas como justificadas en virtud de la aplicación del art. 20,7º CP, constituirían, en todo caso, supuestos evidentes de ejercicio -abusivo, sí, pero ejercicio- de un derecho fundamental?

— El problema del dolo, de los elementos subjetivos del injusto y de la conciencia de la prohibición: ¿es suficiente con saber que se está participando en una manifestación y (supongámoslo, a efectos argumentativos) impidiendo el paso a un parlamentario para realizar la conducta típica del art. 498 CP o, por el contrario, es preciso además poseer una cierta intención, efectivamente comprobable? Y, por lo demás, ¿puede afirmarse sin duda alguna que un individuo que participa en dicha actividad tiene perfecta conciencia de que está cometiendo un hecho delictivo, o más bien tenderá a pensar que está ejerciendo su derecho?

— El problema de la responsabilidad individual: ¿cómo determinar la parte del desvalor del evento (aquí, el hecho de verse dificultado el acceso de algunos diputados a la sede del Parlamento) que resulta imputable, a título de autoría o de cooperación, a la conducta de cada uno de los acusados?

Como se verá, mi tesis es que el caso (los problemas de calificación jurídica del caso) es más complejo de cómo ha sido presentado por nuestros tribunales. Y que, por

consiguiente, también debería haberlo sido, más compleja y más completa, la motivación de las resoluciones judiciales al respecto. Veámoslo a continuación.

IV. TIPOS APLICABLES: COACCIÓN A PARLAMENTARIOS (ART. 498 CP) Y ATENTADO (ART. 550 CP)

Comenzando por la primera de las cuestiones, la de la tipicidad, no puede dejar de resultar muy llamativo que nuestros tribunales (y, muy especialmente, el Tribunal Supremo, que optó por afirmarla) no hayan entrado a discutir en detalle los requisitos exigidos para la aplicación tanto del art. 498 CP como del art. 551 CP.

En efecto, respetando los hechos dados por probados en la sentencia de instancia, en absoluto resulta evidente que cualquiera de las conductas de los acusados resulten subsumibles en el tenor literal de los mencionados tipos penales. Así, en primer lugar, el tipo del art. 498 CP sanciona a *"los que emplearen fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma asistir a sus reuniones, o, por los mismos medios, coartaren la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto"*. Y, en un sentido similar, el tipo del delito de atentado (art. 550 CP), en la redacción del mismo –hoy ya reformada- que estaba vigente en el momento de los hechos, castigaba a *"los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ella"*.

Dos son, en concreto, las cuestiones de tipicidad que suscitan dudas y que, por ello mismo, deberían haber sido objeto de una discusión detallada en las resoluciones judiciales comentadas[6]. La primera es la de la estructura general del tipo del art. 498 CP: ¿delito de lesión o delito de peligro? ¿Delito de resultado (con modalidades limitadas de acción) o delito de mera actividad (con elementos subjetivos del injusto)? Y la segunda, la de interpretación que debe darse a las modalidades de la acción típica (*"emplearen fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave"*/ *"acometan a la*

[6] Particularmente, como he señalado, en la condenatoria del Tribunal Supremo, por obvias razones de mayor exigencia en la motivación de la sentencia. Pero también en la sentencia de instancia, absolutoria, habría sido conveniente que se hubiese acometido tal discusión: justamente, para evitar que, al final, el debate jurídico se viera reducido –como efectivamente se vio- a un enfrentamiento entre una interpretación progresista y otra conservadora del alcance del derecho de reunión.

autoridad (…) *o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave"*), francamente similares en los dos tipos invocados.

V. EL DELITO DE COACCIÓN A PARLAMENTARIOS: ESTRUCTURA TÍPICA

El tipo penal del art. 498 CP contiene dos modalidades alternativas de conducta típica: 1ª) *"emplear fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma asistir a sus reuniones"*; y 2ª) *"por los mismos medios, coartar la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto"*. En principio, el tenor literal de las dos modalidades admitiría, me parece, tanto su interpretación como delitos de resultado cuanto su interpretación como delitos de mera actividad. Es cierto que el tenor literal de la primera (*"emplear… para…"*), en una primera lectura desapasionada, parece apuntar inicialmente hacia el delito de mera actividad. Y, en cambio, el tenor literal de la segunda parece indicar más bien un delito de resultado (*"coartar"* parece que equivale mejor a *"lograr coartar"*, que no a *"intentar coartar"*). Con lo que, en definitiva, la interpretación sistemática del precepto permitiría inclinar la balanza tanto en un sentido como en el otro: puesto que parece absurdo (al no haber razón alguna para ello) sostener que cada una de las dos modalidades típicas deba ser interpretada de manera diferente; así las cosas, desde un punto de vista puramente lingüístico, cabría defender que ambas modalidades lo son de mera actividad[7], aunque ciertamente la interpretación de ambas como delitos de resultado parecería preferible, ya sólo por razones sistemáticas. Pues, si para la consumación del delito, en la segunda modalidad típica, es preciso que se coarte efectivamente la libertad de expresión o de voto del parlamentario, con mayor razón debería exigirse un resultado efectivo también en la primera modalidad; esto es, que se logre impedir que el parlamentario asista a la sesión de la cámara.

[7] Aunque, como acabo de señalar, la segunda de las modalidades parece avenirse mejor con su interpretación como delito de resultado, es cierto que, en términos puramente lingüísticos, su interpretación como delito de mera actividad resultaría posible (menos plausible, es cierto, pero no radicalmente contraria al uso ordinario del lenguaje –y, por lo tanto, tampoco violatoria del principio de legalidad penal): puesto que el diccionario (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 3ª ed., Espasa, Madrid, 2014) define el término *"coartar"* como *"limitar, restringir, no conceder enteramente algo"*, y reconoce al término *"limitar"* dos acepciones distintas (*"poner límites a algo"* y *"acortar, ceñir"*), podría optarse por la primera, y entender que lo que describe el tipo penal como delito consumado es únicamente la acción de poner límites (en vez de optar por la segunda, e interpretar que para que exista delito consumado hace falta que se produzca el resultado de un acortamiento en la libertad de decisión del parlamentario).

En todo caso, y como suele suceder, el argumento decisivo para optar definitivamente por una u otra de las dos posibilidades de interpretación ha de ser de naturaleza valorativa. De este modo, en mi opinión, existen argumentos valorativos que (aunque, desde luego, no de manera absolutamente abrumadora, pero sí con el peso suficiente) deben llevarnos a interpretar el delito del art. 498 CP como un delito de mera actividad[8], y no como uno de resultado. Dos argumentos, en concreto: de una parte, la particular importancia del bien jurídico protegido (el funcionamiento de los órganos constitucionales con respeto a las garantías institucionales orientadas a asegurar la vigencia del principio democrático y del pluralismo político)[9], que justifica una intervención anticipada (antes de que se haya logrado impedir la actuación del parlamentario) más contundente (con la pena del delito consumado), en virtud del mayor merecimiento de pena derivado del desvalor del evento; y, de otra, el argumento –valorativo, pero también sistemático- de la comparación con los delitos de amenazas (a los que la estructura de este tipo penal se asemeja bastante), en los que no cabe ninguna duda de que es suficiente, para la consumación, con que el mensaje amenazante haya sido recibido por el destinatario, sin que haya necesidad alguna de que éste modifique su conducta a resultas del mensaje recibido[10].

[8] LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dtor.): Comentarios al Código Penal, Civitas, Madrid, 1997, p. 1259; REBOLLO VARGAS, Rafael, en CÓRDOBA RODA, Juan/ GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.): Comentarios al Código Penal. Parte Especial, II, Marcial Pons, Madrid, p. 2401; POLAINO NAVARRETE, Miguel, en el mismo (dir.): Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Tecnos, Madrid, 2011, p. 471; SERRANO GÓMEZ, Alfonso/ SERRANO MAÍLLO, Alfonso: Derecho Penal. Parte Especial, 16ª ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. 953; TAMARIT SUMALLA, Josep María/ RODRÍGUEZ PUERTA, María José, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.): Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 9ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 2022. Por su parte, COBO DEL ROSAL, Manuel/ QUINTANAR DÍEZ, Manuel: Delitos contra la Constitución (III): delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.): Derecho Penal español. Parte Especial, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 1032, sostiene que cada una de las dos conductas típicas contenidas en el art. 498 CP poseen diferente naturaleza jurídica (la primera sería un delito de mera actividad y la segunda un delito de resultado). No se comprende, no obstante, por qué resultaría preciso hacer tal diferenciación, ya que no se aprecia que exista ninguna razón valorativa o teleológica que la fundamente (en todo caso, puestos a diferenciar, los argumentos de esta índole deberían llevar más bien a interpretar como delito de resultado la primera conducta típica, menos grave, y como delito de mera actividad la segunda, más grave) y, desde el punto de vista lingüístico, el único argumento posible, el empleo del término *"coartar"* para describir la segunda conducta típica, resulta notoriamente insuficiente (como más debajo se explica, y he argumentado en otro lugar con mayor detenimiento, se coarta ya la libertad de acción de la víctima cuando se interfiere en su proceso de toma de decisiones, incluso cuando no se logra –en este supuesto- cambiar el sentido de su voto).

[9] TAMARIT SUMALLA/ RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), Comentarios, 2011, p. 2022.

[10] Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: Libertad, seguridad y delitos de amenazas, en EPCr XXIX (2010), p. 383. Es cierto que este segundo argumento, por sí solo, no sería suficiente si no estuviese completado con el primero, pues siempre se podría aducir, *a contrario*, que el delito de coacciones sí que es un delito de resultado, por lo que, por analogía, al menos las dos primeras clases de conductas típica (la de *"emplear fuerza"* y la de *"emplear violencia"*) del art. 498 CP deberían interpretarse también así. Sin

Obsérvese que, en todo caso, las consecuencias de una y de otra solución tampoco son tan radicalmente diferentes. Pues, por una parte, tanto en la interpretación como delito de mera actividad cuanto en la interpretación como delito de resultado, es claro que nos hallamos ante un delito de lesión: es decir, que no basta con que un sujeto obre (con violencia, intimidación, etc.) contra un parlamentario, sino que es preciso además que dicha actuación afecte a la libertad de acción de éste (aun cuando no es necesario que llegue a constreñírsela por completo)[11]. La cuestión dista de ser baladí: si, en el caso de autos (o en cualquier otro), se llegase a demostrar que una determinada acción, aun resultando subsumible, desde un punto de vista lingüístico, en el tenor literal del tipo penal, no tuvo capacidad para afectar a la libertad de decisión del parlamentario, entonces habría que considerarla (en virtud de una razonable interpretación valorativa restrictiva del tipo) atípica.

Precisamente, ello podría haber ocurrido en relación con alguna de las acciones enjuiciadas en este caso. Así, según los hechos probados, hubo un acusado (José María Vázquez Moreno) que, aproximándose por detrás, pintó con un espray el abrigo y el bolso de una diputada. En este caso, debido a la existencia de una acción de contacto físico entre el autor y el cuerpo de la víctima, es evidente, a mi entender, que existe la *"fuerza"* o *"violencia"* que el tipo penal del art. 498 CP exige en principio para la

---

embargo, una vez puestos los dos argumentos valorativos en relación, creo que su combinación permite argumentar convincentemente en favor de la interpretación más extensiva del tipo.

[11] De otra opinión se manifiesta el Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, en su voto particular, manteniendo que nos hallamos ante un delito de peligro abstracto. En mi opinión, sin embargo, la discrepancia obedece a un mal entendimiento de cuál es el bien jurídico protegido; y, más en general, de la naturaleza de los bienes jurídicos supraindividuales. En efecto, el argumento fundamental para sostener que estamos ante un delito de peligro abstracto parece ser que el tipo resulta *"aplicable ya solo con que se dé el empleo —de alguna de aquellas— para el fin contemplado, con independencia del resultado"*. Pero esto, en realidad, lo único que indica es que se trata de un delito de mera actividad. Pero no prejuzga si, además, es un delito de lesión o es un delito de peligro (la equiparación entre delito de mera actividad y delito de peligro es un error manifiesto: vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 168-169): es decir, si hace falta o no que la acción típica llegue a privar efectivamente al parlamentario de su libertad de acción. Así, en mi opinión, para la tipicidad basta con que exista una acción violenta o intimidatoria sobre el parlamentario, no es necesario que la misma logre impedir a éste actuar en ejercicio de su posición (delito de mera actividad, por lo tanto). Y, sin embargo, lo que sí que es preciso, a mi entender, es que la acción violenta o intimidatoria realizada afecte efectivamente al proceso de toma de decisiones del parlamentario: no que le impida actuar como tal, pero sí que interfiera en sus decisiones (delito de lesión, no de mero peligro). (Por lo demás, es evidente también –lo he argumentado con detalle en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho Penal económico: bases político-criminales, en RDPC 11 (2003), pp. 135-137- que no existe ninguna razón para interpretar todos los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales como delitos de peligro, puesto que aquellos pueden ser perfectamente lesionados. Siempre, claro está, que se tenga claro que la lesión del bien jurídico no tiene por qué equivaler a la destrucción física del objeto material de la acción. Así, hay lesión del bien jurídico cuando la conducta subsumible en el art. 498 CP interfiere con el proceso de toma de decisiones de, al menos, un parlamentario; pero, por supuesto, ello no conlleva necesariamente la necesidad de que se paralice efectivamente el funcionamiento de toda la Cámara.)

tipicidad. Y, sin embargo, como la sentencia de instancia destaca con acierto (aunque no lo argumente adecuadamente), pese a ello, el hecho de que la diputada ni siquiera se enterase de lo que estaba sucediendo, hasta mucho después, implica que la conducta del acusado, fuese cual fuese su intención, de hecho no pudo afectar en absoluto a la libertad de decisión de aquella. Por consiguiente, parece claro que condenarle –como hace el Tribunal Supremo- por un delito consumado de coacción a parlamentarios puede que no viole el tenor literal del tipo (y, por lo tanto, tampoco el principio de legalidad penal), pero, desde luego, constituye una aplicación extensiva del mismo totalmente carente de fundamento. Pues la conducta enjuiciada carecía del suficiente grado de antijuridicidad material para merecer la pena del delito consumado: no hubo lesión del bien jurídico (la protección de la libertad de la diputada objeto de la acción no se vio disminuida). De manera que, a lo sumo, podría haberse calificado su conducta como una de tentativa (por ausencia del desvalor del evento)[12]: idónea (con una pena, pues, reducida en uno o dos grados), si se comprobase que sólo la suerte hizo que la diputada no se percatase de lo que estaba ocurriendo; o, más plausiblemente (porque fue eso lo que ocurrió, o bien, a falta de certidumbre al respecto, por aplicación de la regla probatoria *"in dubio pro reo"*), como una tentativa inidónea, por tratarse de una acción que, incluso si fue realizada con mala intención, objetivamente no podía, ya *ex ante*, llegar a afectar a la libertad de la diputada.

Por otra parte, la interpretación de este delito como delito de lesión, y no de mero peligro, resulta relevante también a la hora de determinar el contenido que se ha de exigir a los elementos subjetivos del tipo penal. Pues, en efecto, si el contenido de antijuridicidad material de este delito se sustenta sobre la afectación a la libertad de decisión del parlamentario, entonces, parece imprescindible exigir no sólo que el autor sea consciente de que está actuando con *"fuerza"*, *"violencia"*, etc., sino que además habrá que exigir que sea consciente de la potencialidad lesiva de su acción para el bien jurídico protegido. Ello, por supuesto, muchas veces irá de suyo. Pero no siempre: así, resulta perfectamente imaginable (especialmente en un ámbito, como es el de la confrontación política, en el que casi todas las acciones –y también las violentas- poseen

[12] SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO, PE, 2011, p. 953, rechazan la posibilidad de castigar la tentativa en este delito, pero, en realidad, no se comprende –ni ellos explican- por qué razón: no lo es, desde luego, el hecho de que se trate de un delito de mera actividad, pues en ellos es perfectamente imaginable, y también merecedora de pena, la tentativa (en la agresión sexual, por ejemplo); y tampoco la posibilidad de interpretar este delito como uno de peligro, una interpretación poco convincente, que ya he discutido y criticado más arriba.

siempre algún aspecto puramente expresivo) un supuesto en el que el autor aplique violencia sobre un parlamentario (le golpee, por ejemplo) únicamente con la finalidad de expresar su desacuerdo, su desprecio,… hacia quien es, hacia su comportamiento o hacia lo que representa, pero sin darse cuenta de que con ello está afectando también a la libertad del diputado para ejercer sus funciones[13].

VI. *"VIOLENCIA"* E *"INTIMIDACIÓN"* COMO MODALIDADES TÍPICAS

La segunda cuestión de tipicidad objetiva que es preciso aclarar es la relativa a las modalidades de la acción típica. Y es que, como resulta evidente, únicamente determinadas formas de comportamiento, de entre las que son lesivas para el bien jurídico protegido (de entre las que afectan a la libertad de actuación del parlamentario), resultan penalmente típicas, no todas. En concreto, el art. 498 CP exige que el autor o autores *"emplearen fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave"*. Es decir (reduciendo la hinchazón retórica en la redacción del precepto), es preciso que la acción del autor o autores pueda ser subsumida bajo las categorías –tradicionales en nuestro Derecho Penal- de violencia (puesto que la *"fuerza"* a la que se refiere el precepto no puede ser sino violencia)[14] o de intimidación (puesto que, por definición, una *"amenaza grave"* es una intimidación)[15] [16].

En uno y otro caso, tanto por *"violencia"* como por *"intimidación"* hay que entender lo que es habitual en la parte especial del Derecho Penal español: violencia

[13] Sobre los problemas que suscita la parte subjetiva del tipo, vid. infra VIII-IX.

[14] En efecto, aunque desde el punto de vista lingüístico cabría defender que el término *"fuerza"* se refiere a la fuerza en las cosas (dando así sentido que se hace en el tenor literal entre *"fuerza"* y *"violencia"*), sin embargo, el sentido teleológico del tipo veda, a mi entender, dicha posibilidad de interpretación: al tratarse, en el fondo, de un delito contra la libertad (claro que no contra la libertad entendida como bien jurídico individual, sino contra la libertad en tanto que garantía institucional creada en beneficio de un correcto funcionamiento del parlamento), la mera fuerza en las cosas no puede ser, por sí misma, nunca suficiente para poder apreciar lesividad. De manera que sólo si se convierte en violencia (ejemplo: se bloquean las puertas de entrada o de salida del edificio de la cámara), o bien en intimidación (ejemplo: se golpea el automóvil con el que el parlamentario intenta acceder al parlamento), la fuerza en las cosas resultará típica, mas no en otros casos.

[15] Conceptualmente, sería posible distinguir la intimidación de la amenaza –tal y como ha hecho la jurisprudencia en otros ámbitos- en atención al grado de inmediatez temporal que existe entre la acción de emitir el mensaje amenazante y el momento posterior para el que se compromete el cumplimiento de la amenaza: habría intimidación si la distancia temporal entre ambos momentos es muy corta y amenaza, en cambio, cuando la distancia fuera mayor. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, hacer esta distinción carece de sentido, dado que el tratamiento de ambas formas de comportamiento es idéntica. Bastará, pues, con aceptar (lo que creo que no es dudoso) que cualquier clase de acción amenazante, para ya mismo o para cualquier momento del futuro, resulta subsumible en el tipo del art. 498 CP (tanto da que la califiquemos como "intimidación" o como "amenaza").

[16] En el mismo sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F.: Delitos contra la Constitución (III): delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.): Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2011, p. 1087.

física, en un caso[17], y amenaza condicional, dirigida a lograr una alteración en la conducta del destinatario, en el otro.

A este respecto, no puedo sino manifestar mi pleno acuerdo con el contenido del voto particular que el Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez formuló a la sentencia de casación, condenatoria, del Tribunal Supremo. Y, más aún, mi sorpresa y escándalo ante la desidia que el tribunal de casación manifiesta hacia las limitaciones que el principio de legalidad penal impone a la interpretación extensiva de los tipos penales: no sólo por lo discutibles que son, desde este punto de vista, las conclusiones a las que llega, sino también, además, por la carencia de cualquier argumentación sólida al respecto.

En efecto, las conductas que estaban siendo enjuiciadas (a tenor de los hechos probados) eran las siguientes:

— Interponerse con los brazos en cruz ante unos diputados y seguirles gritando las consignas de la reunión.

— Seguir en algún momento a un diputado con los brazos en alto, moviendo las manos, coreando consignas de la manifestación.

— Al tiempo que desplegaba una pancarta para exhibir una leyenda, pedir que no dejaran pasar a dos parlamentarios, dirigiéndose a varios manifestantes.

— Rodear a un parlamentario, coreando lemas.

— Recriminar a un parlamentario las políticas de recortes de gasto y decirle que no los representaba.

— Pintar con un espray, ensuciándolos, la espalda de la chaqueta y el bolso de una diputada, aproximándose a ella por detrás, mientras caminaba.

Pues bien, de todas estas conductas sólo la última es, como hemos dicho, evidentemente violenta. Algunas de las restantes podrían llegar a serlo también, desde luego, o intimidatorias, si se diesen las características en las mismas adecuadas para

[17] Como es sabido, sin embargo, la jurisprudencia española viene, no obstante, aplicando al delito de coacciones una interpretación bastante confusa, a tenor de la cual también la intimidación resultaría subsumible bajo el término violencia en dicho delito. En mi opinión, dicha interpretación es errónea: político-criminalmente equivocada y –lo que es más grave- contraria al tenor literal del tipo legal y, por consiguiente, un ejemplo palmario de analogía *in malam partem*, constitucionalmente prohibida. Sea como sea, en relación con el delito del art. 498 CP, la cuestión carece de interés, puesto que en este tipo la violencia y la intimidación aparecen equiparadas, en cuanto a sus condiciones de imputación como en cuanto a la pena a imponer.

ello. Pero que lo sean en absoluto resulta evidente por principio, ni puede ser dado por supuesto:

— Rodear a un diputado o ponerse ante él puede llegar a ser violencia. Pero solamente cuando se cree un obstáculo físico prácticamente infranqueable para la libertad de movimientos de dicho diputado (impidiéndole efectivamente pasar o transitar), y no en otro caso.

— Rodear a un diputado, seguirle o interponerse en su camino puede llegar a ser también intimidación. Pero solamente si la actitud de quien le rodea, le sigue o se interpone es de tal índole que el diputado en cuestión puede, racionalmente, temer por su vida, integridad física, libertad, etc. (puede temer, en suma, que quien le rodea, le sigue o se interpone le está anunciando, con su actitud, la probabilidad de un mal grave e inminente) si sigue adelante, si no ceja en su propósito. No en otro caso.

El problema, claro está, es que en la sentencia condenatoria de casación apenas existen datos (¡ni pruebas!) para poder apreciar que tales condiciones concurrieran en alguna de las conductas enjuiciadas. Por lo que la condena resultante aparece como notoriamente carente de motivación, especialmente en el plano probatorio (pero también en el de la interpretación del alcance del tipo penal aplicado). Una sentencia, en suma, que, debido a ello, viola la presunción de inocencia de los acusados.

Ocurre además que, en el caso concreto de dos de las conductas enjuiciadas, incluso si prescindiésemos (¡que ya es prescindir!) de la falta de pruebas, no hay manera razonable de argumentar que las mismas resulten subsumibles en las modalidades típicas –violenta e intimidatoria- de autoría del art. 498 CP. En efecto, recriminar a un diputado (aunque sea a voces, aunque sea de malas maneras) o decirle que no nos representa es una conducta directamente atípica[18], por cuanto que dicha conducta verbal no puede ser considerada en ningún caso como intimidatoria (menos aún como violenta). Y, por otra parte, pedir, a personas indeterminadas, que no se permita pasar a dos parlamentarios, podría llegar a constituir, a lo sumo, un caso de provocación pública al delito[19]; y esto, únicamente en el caso de que la incitación fuese a emplear la

[18] Y ejercicio además –todo lo vociferante o maleducado que se quiera, pero real- del derecho fundamental a la libertad de expresión.

[19] No hay inducción, puesto que la incitación no fue seguida de acto violento por parte de los incitados. Y, por supuesto, no existe autoría del delito, ya que el acusado se limitó a pedir a otros que actuasen, sin hacerlo él mismo.

violencia para impedir el paso. Sea como sea, la provocación al delito del art. 498 CP es atípica en nuestro Derecho. Resulta particularmente sorprendente, por ello, que el Tribunal Supremo no tenga reparo alguno en condenar a estas personas, en violación flagrante (aún más que en los casos anteriores) del principio de legalidad penal, por conductas perfectamente atípicas en Derecho español.

VII. CONCLUSIÓN (1): ATIPICIDAD DE LAS CONDUCTAS DE SIETE ACUSADOS

Resumiendo: para que exista responsabilidad por delito consumado en virtud del tipo penal del art. 498 CP es preciso demostrar que se ha llevado a cabo una acción de naturaleza violenta o intimidatoria que objetivamente ha interferido en el proceso de toma de decisiones de algún parlamentario. En concreto, en el caso comentado, era preciso demostrar dos cosas: primero, que las actuaciones de los acusados interfirieron efectivamente en el plan de algún diputado o diputados, de acudir a la sesión del Parlamento catalán el día 15 de junio de 2011; y, segundo, que dicha interferencia no fue una cualquiera, sino, precisamente, una de naturaleza violenta o intimidatoria (definida en los términos, estrictos, que más arriba se han expuesto). En mi opinión, en el caso de siete de los ocho acusados, no se ha demostrado ni lo uno ni lo otro: en absoluto queda claro que lo que se ha demostrado que hicieron los acusados interfiriese efectivamente en los proyectos de los diputados; y, desde luego, menos todavía se ha establecido que alguna de dichas conductas fuese violenta o intimidatoria. Dos de ellas, como he argumentado, no podían serlo en ningún caso. Las otras cinco, sí. Pero, por supuesto, no basta con suponerlo, sino que habría que haberlo demostrado, cosa que el tribunal de casación no se esfuerza en hacer.

Y, por cierto, todo lo acabado de exponer es aplicable de forma inmediata también a la acusación por delito de atentado, puesto que el tipo penal del atentado exigía también –en el momento de los hechos- la concurrencia de fuerza o intimidación en la conducta típica. Fuerza o intimidación que, como he señalado, no se demostró que concurriese, en siete de las ocho conductas enjuiciadas.

Así, en ausencia de pruebas de que hubiese violencia o intimidación (en sentido estricto), y en ausencia de cualquier argumentación –digna de tal nombre- que pudiera fundamentar una interpretación extensiva del tipo penal del art. 498 CP, que extendiese

su ámbito de aplicación a conductas no violentas ni intimidatorias[20], lo cierto es que la condena penal que, en el proceso de casación, ha sido impuesta a siete de los ocho acusados, resulta ser notoriamente infundada: o viola la presunción de inocencia de los acusados (condena sin pruebas: art. 24.2 CE), o viola su derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), o viola ambos derechos fundamentales al tiempo. En todo caso, la nulidad de la resolución, a través del correspondiente proceso de amparo, debería ser la conclusión jurídicamente obligada[21].

VIII. EL CASO DE JOSÉ MARÍA VÁZQUEZ MORENO

Como se puede comprobar, en realidad no hacía falta empeñarse en sesudas (y discutibles) disquisiciones, ni en uno o ni en otro sentido, acerca del alcance del derecho fundamental de reunión y manifestación, o sobre su ponderación frente a otros derechos o intereses constitucionales. Simplemente, en el caso de siete de los ocho acusados, en realidad no hacía falta recurrir a este argumento: con manifestación o sin ella, lo cierto es que las conductas que se probó que había cometido y que eran objeto de enjuiciamiento no eran penalmente típicas, no podían ser subsumidas en el tenor literal del tipo del art. 498 CP respetando el significado ordinario de las palabras empleadas en él, sin realizar una extensión desusada del mismo (y, por consiguiente, una aplicación analógica *in malam partem*, inconstitucional, del tipo). Su conducta no estaba, pues,

[20] Por lo demás, esta interpretación extensiva sería difícilmente compatible con las exigencias del principio de legalidad penal, a la vista de lo terminante de la formulación del tenor literal del tipo. No obstante, entre una resolución judicial que –como la sentencia del Tribunal Supremo que critica- condena sin aportar motivación sustancial alguna de la decisión y una que la aportase, aunque fuese errónea (e inconstitucional), todavía es preciso preferir esta última posibilidad, como menos mala…

[21] Sorprendentemente, sin embargo, la noticia que nos llega es que el Tribunal Constitucional no ha admitido a trámite los recursos de amparo presentados, argumentando, al parecer, que carecerían de la *"especial trascendencia constitucional"* que exige el art. 50.1.b) LOTC que concurra en la materia objeto de la demanda de amparo. (En el momento de escribir estas líneas aún no ha sido publicado el auto de inadmisión, por lo que me baso exclusivamente en la noticia de prensa: vid. *El Constitucional rechaza estudiar las condenas de Aturem el Parlament*, Diagonal, 24-9-2015.) Y resulta sorprendente, porque, aun dejando a un lado las consideraciones de índole política (creo que no completamente irrelevantes en este caso: al fin y al cabo, se trata de un supuesto particularmente decisivo, como manifestación del enfrentamiento entre formas diferentes -simplificando, la del movimiento 15-M y la de los "partidos de gobierno"- de concebir la democracia y la participación democrática, dentro del régimen constitucional español), y ciñéndonos exclusivamente a los problemas de dogmática jurídico-constitucional suscitados en el caso, lo cierto es que uno de los puntos clave, desde un punto de vista jurídico, de la discrepancia interpretativa entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo a la hora de resolver el caso ha versado, precisamente, sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales y sobre el modo en que hay que resolver los conflictos entre ellos. Y, en concreto, sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la libertad de reunión y manifestación, de una parte, y sobre la configuración e implicaciones del derecho fundamental a la participación política de otra (derecho éste que el Tribunal Supremo tiende a mezclar -y aun a confundir- con el principio democrático), de otra. Y sobre la manera de afrontar conflictos entre ambos derechos. Si tales cuestiones no poseen trascendencia constitucional…

prohibida por el Derecho Penal español (no, al menos, por los delitos de atentado o de coacción a parlamentarios)[22].

Cuestión distinta es la de la responsabilidad del sexto de los acusados (José María Vázquez Moreno), quien, según los hechos probados, pintó con un espray, ensuciándolos, la espalda de la chaqueta y el bolso de una diputada, aproximándose a ella por detrás, mientras caminaba. Como más arriba se ha señalado, es evidente que esta conducta sí que es una de naturaleza violenta. Como consecuencia, para empezar, resulta subsumible en el tipo penal del delito de atentado (que en el momento de los hechos castigaba a *"los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ella"*).

Por lo que hace a la subsunción de esta conducta en el delito de coacción a parlamentarios del art. 498 CP (que hay que reconocer que no vulneraría el principio de legalidad penal), más arriba ya se ha señalado, sin embargo, cuál es la razón principal para ponerla en cuestión: que –como acertadamente señala el tribunal de instancia- el hecho de que la diputada ni siquiera se enterase de lo que estaba sucediendo, hasta mucho después, implica que la conducta del acusado, fuese cual fuese su intención, de hecho no pudo afectar en absoluto a la libertad de decisión de aquella. Es decir, la

[22] Digo esto porque, tal vez, las conductas en cuestión sí que pudieran parecer –en principio, al menos- subsumibles en otros tipos penales. Como, por ejemplo, en alguno de los de desórdenes públicos. Justamente, si –lo que no fue el caso- la acusación hubiese sido por este delito, entonces sí que habría sido preciso recurrir principalmente a argumentaciones atinentes a la antijuridicidad material (a interpretaciones valorativas) para discutir si las conductas enjuiciadas debían ser o no consideradas como penalmente típicas: en efecto, dada la notoria vaguedad del tenor literal de los tipos de los delitos de desórdenes públicos, habría que haber discutido acerca de cómo se ha de definir la lesividad contra el bien jurídico orden público (de esta cuestión me he ocupado extensamente en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo), en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (dtor.): Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, La Ley, Madrid, 2010, pp. 911 ss., passim), para excluir del ámbito típico algunas conductas, sin embargo, formalmente subsumibles; y también, por cierto, habría que haber discutido detalladamente –aquí sí- acerca del efecto justificante del derecho fundamental de reunión sobre dichas conductas. Pero no fue esta la opción del Ministerio Fiscal: seguramente por razones políticas (para engolar la voz, para intentar lograr un efecto "ejemplarizante" –de desaliento de la protesta- ya con el inicio de las actuaciones… o porque pensaba que los jueces y magistrados de la Audiencia Nacional están más acostumbrados a dar por buenos meros informes policiales como base de una acusación por delitos políticos), se decidió proceder contra los acusados por un delito contra el orden constitucional, competencia de la Audiencia Nacional. Delito que –como se ha argumentado en el texto- no se pudo demostrar. Que el Tribunal Supremo, a través de una sentencia sin fundamento jurídico serio y que vulnera las garantías más esenciales (presunción de inocencia, principio de legalidad penal) del proceso penal, haya venido a "salvarle la cara" a una fiscalía enredada en sus propias maniobras (políticas) dice mucho, y malo, acerca de cómo opera –con honrosas excepciones, es cierto- la justicia penal española cuando de aplicar el Derecho Penal político se trata…

conducta (sin duda, objetivamente disvaliosa)[23] no llegó a producir el desvalor del evento propio de este tipo penal, porque la acción –formalmente típica- no llegó a afectar, sin embargo, al bien jurídico protegido (a la libertad del parlamentario). Por lo que condenarle –como hace el Tribunal Supremo- por un delito consumado resulta (no contrario al principio de legalidad penal, pero sí) erróneo: una aplicación extensiva del tipo carente de cualquier fundamentación material.

En mi opinión, por lo tanto, la conducta en cuestión sólo podía ser subsumida con corrección, a lo sumo, en el tipo penal de la tentativa del delito del art. 498 CP (además de en el delito consumado de atentado)[24]. Una tentativa que, como más arriba indiqué, es dudoso que fuese objetivamente idónea: en efecto, independientemente de cuál fuese la intención del autor, lo cierto es que manchar con un espray la espalda de una chaqueta de alguien que va caminando (en pleno bullicio) no parece una conducta objetivamente idónea para lograr el efecto de afectar al proceso de toma de decisiones de la parlamentaria afectada.

La cuestión es que, si esto es así, entonces surge la duda de si tal tentativa inidónea resulta punible en nuestro Derecho. Como es sabido, el asunto es discutido, y discutible, tanto en términos político-criminales como por lo que se refiere a la interpretación del Derecho positivo, del tenor literal del art. 16.1 CP. En cualquier caso, como mínimo, la pena debería ser la inferior en uno o dos grados a la del delito consumado (art. 62 CP). Y, por tratarse de una tentativa inidónea, más bien la inferior en dos grados. Si es que, como digo, no se considera directamente atípico tal comportamiento, por falta de idoneidad objetiva. Sea como sea, la calificación jurídica del Tribunal Supremo ha de ser considerada, en cualquier caso, errónea, contraria a Derecho.

Más aún, incluso si diéramos por buena –siquiera fuese a efectos argumentativos- la tesis de que la conducta en cuestión resulta en principio objetivamente típica conforme al art. 498 CP (en todo caso, como tentativa, nunca como delito consumado), cabría aportar dos argumentos adicionales que conducirían igualmente a poner en cuestión la tipicidad efectiva o, cuando menos, a matizarla significativamente. Así, en

[23] Que, además, fuese subjetivamente disvaliosa, en relación con el tipo del art. 498 CP, resulta mucho más dudoso. Me referiré a esta cuestión a continuación.

[24] Y, por supuesto, en el de daños (en grado de falta, dada la cuantía de la lesión patrimonial ocasionada). No obstante, de los daños no hablaré aquí, puesto que, en relación con esta calificación, no se suscitó en el proceso ningún problema de interpretación dogmática (ni de prueba).

primer lugar, hasta ahora he estado dando por supuesto que el autor de la acción de ensuciar la chaqueta de la diputada pretendía coaccionarla o intimidarla, lo que pasa es que lo hizo mal. Pero, en realidad, mucho más plausible parece ser lo contrario: en efecto, a partir de los hechos probados, parecería que la conducta del autor se aproxima más a una conducta meramente expresiva (de manifestación de desagrado hacia la figura de la diputada o hacia lo que representa) que a una conducta instrumental, dirigida a afectar al comportamiento de la diputada. De hecho, si el sujeto hubiera querido coaccionar a la diputada, impedirle el paso, tenía a su disposición medios mucho más eficaces: echarle alguna sustancia encima, sobre la cabeza, empujarla, impedirle el paso, etc.

Por supuesto, la solución de esta duda depende de la valoración de las pruebas existentes. Pero, en todo caso, hay que decir que la impresión que uno tiene al leer los hechos probados de la sentencia sobre este particular conducen a compartir la valoración que hizo el tribunal de instancia: que la conducta no sólo era objetivamente inidónea para coaccionar a la diputada, sino que, además, en absoluto está claro que llevase tal intención. Sea como sea, la cuestión decisiva es que el Tribunal Supremo, al alterar la calificación jurídica de los hechos, y convertirlos en un delito doloso (¡y consumado!) de coacciones a parlamentarios está dando por supuesto, sin pruebas, que el autor creía, al pintarrajear la chaqueta de la diputada, estar afectando a su proceso de decisiones (dolo). Y que, además, al actuar así, tenía la intención de impedir que la diputada llegase a entrar en la Cámara (elemento subjetivo del injusto)[25]. Todo ello, sin prueba alguna, difícilmente puede ser compatible con la presunción de inocencia del acusado[26].

Por fin, incluso si se hubiese podido comprobar –que no se comprobó- que el autor tenía dolo e intención de impedir a la diputada que llegase a la Cámara, y aun si, además, se hubiese logrado argumentar de forma convincente –lo que tampoco ocurrió- que su conducta era objetivamente idónea para producir un efecto coactivo (o que,

[25] Se trata, a mi entender, de un elemento subjetivo del injusto de resultado cortado (en el mismo sentido, POLAINO NAVARRETE, en el mismo (dir.), PE, 2011, p. 470): se exige que el autor, al actuar, no sólo sepa que está coaccionando al parlamentario (esto sería el dolo típico), sino que además ha de tener con ello la intención de producir un resultado; precisamente, el de *"impedir* (…) *asistir a sus reuniones"*.

[26] Por lo demás, hay una pregunta adicional que tampoco surge en el caso (tal vez, porque no fue planteada tampoco en los escritos de las defensas) y que podría, sin embargo, resultar relevante: la pregunta por la conciencia de la prohibición. Y es que, cuando –como ocurre aquí- se está ejercitando un derecho fundamental, no parece descabellado imaginar que buena parte de los intervinientes en los hechos puedan no ser conscientes de estarse excediendo en su ejercicio, y menos aún de estar delinquiendo. Otra vez, la cuestión es de plausibilidad de la hipótesis: esto es, de prueba.

siendo inidónea, pese a ello, resulta también penalmente típica), sería posible, y se debería, tomar en consideración –ahora sí- el efecto justificante del ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación reconocido por el art. 21 CE (y normas internacionales concordantes) sobre la conducta en principio subsumible en el tipo penal. Y es que, como en otro lugar he argumentado con mayor detenimiento[27], el hecho de que una conducta constituya un ejercicio, aun excesivo (y, por consiguiente, ilegal), de un derecho fundamental debe cobrar alguna relevancia, a la hora de determinar la responsabilidad penal de su autor por la conducta típica que –eventualmente- haya realizado en el marco de dicho ejercicio[28]. Pues, al fin y al cabo, no debería tener la misma consideración una conducta penalmente típica cualquiera y otra que, en cambio, formó parte del proceso de ejercicio de un derecho fundamental[29]. Así, por ejemplo, en el caso concreto del ejercicio del derecho de manifestación, la luna de un escaparate fracturada por la muchedumbre que, enfebrecida, avanza por la calle en marcha hacia el palacio no debe tener, en democracia, idéntica consideración que cuando esa misma muchedumbre que rompe el cristal es una simple pandilla de gamberros, en la fiesta de fin de curso (¡pero –para preservar la equivalencia de los dos casos- todavía sobrios!). Y ello, porque la primera muchedumbre está ejerciendo un derecho fundamental (aunque se exceda al hacerlo), no así la segunda. Diferencia que debe tener su efecto sobre la responsabilidad. En concreto, dicho efecto es el de reducir el desvalor objetivo de la primera acción, en comparación con el de la segunda: a igual grado de lesión del bien jurídico protegido, el ejercicio excesivo –y penalmente típico- de un derecho fundamental es, por decirlo así, menos negligente (menos distante del modelo de conducta debida) que la misma acción, también lesiva, cuando es realizada fuera de

[27] Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales, en ADPCP 1990, pp. 653-655.

[28] El fundamento está, precisamente, en la exigencia de proporcionalidad en toda coerción estatal que afecte a derechos fundamentales, y en el consiguiente deber de evitar el "efecto desaliento" que una intervención coercitiva excesiva produciría: vid., al respecto, la argumentación de la propia sentencia de la Audiencia Nacional (aunque, como he argumentado, en este caso concreto apenas tuviese relevancia); y, con detalle, MARTÍNEZ GARAY, Lucía/ MIRA BENAVENT, Javier: Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 25 ss., con ulteriores referencias.

[29] Por supuesto, la cuestión problemática es determinar cuándo nos hallamos ante el primero o ante el segundo caso. Para hacerlo, es preciso atender a la significación social de la acción. Por emplear un ejemplo claro (PAREDES CASTAÑÓN, ADPCP 1990, pp. 653-655): una patada que un futbolista da, durante una entrada durísima, a un jugador del equipo contrario, provocándole una lesión, no posee la misma significación social (la acción no es, en efecto, interpretada del mismo modo) que esa misma patada dada por ese mismo futbolista a ese mismo contrincante, con idénticos efectos, durante el descanso.

dicho contexto. Y, por consiguiente, el grado de antijuridicidad de la acción es, globalmente, también menor.

Esta relevancia del ejercicio del derecho fundamental para el grado de antijuridicidad de la acción penalmente típica, en el caso del Derecho español, puede y debe ser hecha valer a través del concreto mecanismo legal de las eximentes (causas de justificación) incompletas: es decir, a través de la estimación de una atenuante del art. 21,1º CP, en relación con el art. 20,7º CP. Con el efecto conocido (art. 68 CP) de rebajar la pena a la inferior en uno o dos grados.

En resumen: en el único caso en el que existen pruebas indudables de una conducta violenta por parte de uno de los acusados (José María Vázquez Moreno), la misma debía calificada, sin duda alguna, como un delito consumado de atentado[30], así como una falta de daños (en ambos casos, con pena reducida en uno o dos grados). Sin embargo, por lo que hace al delito de coacción a parlamentarios del art. 498 CP, existen muchas razones para dudar de que pueda sostenerse tal calificación. Desde luego, de ningún modo puede aceptarse la calificación –que es la del Tribunal Supremo- de que se trate de un delito consumado. Más aún, para poder castigarla como tentativa de dicho delito, sería preciso (además, por supuesto, de partir de la pena inferior en dos grados a la del delito consumado): 1º) demostrar la existencia de dolo y de intención de impedir el paso a la diputada; 2º) argumentar acerca de la idoneidad de la acción de pintarrajear la chaqueta para impedirle el paso o, si no, acerca de la tipicidad de una acción completamente inidónea como la realizada; y 3º) en fin, rebajar en todo caso la pena, en uno o dos grados más, en aplicación de una eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho. (Atenuación de la pena que, por cierto, también sería de aplicación a los otros dos delitos cometidos.) Puesto que nada de lo anterior se probó ni se argumentó, la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo resulta, en este caso, contraria a Derecho, y aun inconstitucional (por vulnerar la presunción de inocencia del acusado).

IX. ¿*"INTIMIDACIÓN AMBIENTAL"*?

Para acabar con el análisis de la calificación jurídica de los hechos, tan sólo haré un par de observaciones sobre un curioso, y lamentable, argumento empleado por el Tribunal Supremo, para defender la tipicidad de las conductas enjuiciadas (en realidad, es prácticamente el único que aduce): el argumento de la "intimidación ambiental".

[30] Sin duda alguna, siempre que (como parece razonable interpretar, a tenor de los hechos probados) el autor fuese consciente de que la persona a cuya espalda estaba pintarrajeando era una diputada.

Argumenta, en efecto, el Tribunal Supremo en su sentencia que *"en ese clima coactivo, en esa atmósfera intimidatoria descrita en el hecho probado, en el que se desarrollan varios intentos frustrados por acceder en condiciones de normalidad a la sede parlamentaria, entre ellos el del President de la Generalitat y varios Diputados. Y es en ese contexto en el que las acciones protagonizadas por algunos de los acusados adquieren significación penal"*.

La verdad sea dicha, da un poco de vergüenza tener que recordar aquí (para reprochar, ¡al Tribunal Supremo!, que las haya ignorado por completo) algunas reglas básicas que rigen la imputación de responsabilidad en nuestro Derecho Penal:

— En primer lugar, ocurre que eso que el tribunal denomina "intimidación ambiental" era, en sí mismo considerado, pura y simplemente el ejercicio de un derecho fundamental por parte de un grupo numeroso e innominado de personas: una conducta lícita (y particularmente valorada, además), por lo tanto. Así pues, no es aceptable partir de la base, como hace el Tribunal Supremo, de que las acciones realizadas en el marco de la manifestación posean, por ese mismo hecho, carácter intimidatorio. Antes al contrario, precisamente, el hecho de que se trate de acciones realizadas en el transcurso del ejercicio de un derecho fundamental, obliga a ser especialmente cuidadosos a la hora de determinar cuáles de entre ellas constituyen ya un exceso en el ejercicio del derecho: en nuestro caso, cuáles son violentas o intimidatorias. De manera que (y en esto sí que tiene razón el tribunal de instancia, al mencionar el "efecto desaliento" como parámetro interpretativo) sólo aquellas acciones que resulten inequívocamente violentas, o intimidatorias, *aun dentro del marco del comportamiento propio de una manifestación* (que conduce a los manifestantes a hacer cosas que, en otro contexto, serían consideradas como acciones violentas, y no permitidas), podrán ser consideradas típicas[31].

¿Qué relevancia ha de tener, entonces, en este caso el hecho de que las conductas de los acusados se produjesen durante el transcurso de una manifestación, ejercicio de un derecho fundamental? Justamente, el contrario del que pretende otorgarle el Tribunal

[31] Ejemplo simple: si yo y mis amigos, caprichosamente, nos ponemos en medio de la calzada y cortamos el tráfico durante un largo período de tiempo, ello constituye, sin duda alguna, una conducta subsumible (al menos, desde el punto de vista objetivo) en el tipo penal de las coacciones. Y, sin embargo, esta misma conducta, en el transcurso de una manifestación, no debería ser considerada como tal, sino una forma normal de ejercicio del derecho. Diferente, por supuesto, es la cuestión si los manifestantes, además de cortar el tráfico, impiden, por la fuerza o con amenazas, que los conductores salgan de los coches: tal coacción ya no quedaría justificada por la eximente del art. 20,7º CP (en relación con el art. 21 CE), pues se trata de una acción que no forma parte ya del ejercicio normal del derecho.

Supremo: no para convertir en violentas o intimidatorias, en virtud de las "características ambientales", acciones que en sí mismo resulta dudoso que lo sean (o, en todo caso, respecto de las cuales no hay pruebas de que lo sean). Sino, al contrario, para hacer obligada una interpretación restrictiva de los conceptos de violencia y de intimidación en el caso de actos llevados a cabo en el contexto de manifestaciones: primero, porque, como acabo de señalar, es cierto que en dicho contexto no se observa como violento lo mismo que sí que se ve como tal en otros contextos diferentes; y, en segundo lugar, porque la interpretación restrictiva resulta obligada, además, por razones valorativas, para preservar al máximo el espacio de libertad de acción que el derecho fundamental de manifestación establece. Con ello, no se quiere decir, por supuesto, que no pueda haber actos violentos o intimidatorios en manifestaciones: sí, en cambio, que sólo los que resulten evidentes, inequívocos y suficientemente lesivos para la libertad de las personas deberían ser considerados –en su caso- penalmente típicos. Que el "ambiente de manifestación" –por seguir empleando la infumable jerga del Tribunal Supremo- no constituye una razón para extender el ámbito de la tipicidad penal, sino, en todo caso, para restringirla.

— En segundo lugar, hay que tomar en consideración las exigencias derivadas del principio de responsabilidad individual y personal: nadie debe responder por hechos ajenos, sino exclusivamente por los propios. De acuerdo con este principio, el hecho de que existiese una manifestación, y aun una manifestación dirigida (admitámoslo, aunque resulte dudoso, siquiera sea a efectos argumentativos) a coaccionar a los diputados, todavía no es condición suficiente para afirmar la tipicidad de una conducta individual: es necesario, por el contrario, que se demuestre que tal conducta ha contribuido, desde el punto de vista objetivo, al efecto coactivo. Algo que, como más arriba, se argumentó, es claro que no ocurrió en el caso de dos de los acusados, no está comprobado en el caso de otros tres y resulta, cuando menos, dudoso (y, de cualquier forma, no se argumenta) en el caso de uno.

A tenor de este principio de responsabilidad personal e individual, habría sido preciso asegurar que cada una de las acciones enjuiciadas contribuyó objetivamente, y de un modo previsible *ex ante*, al efecto intimidatorio conjunto que la manifestación tuvo sobre los parlamentarios.

— En tercer lugar, en virtud de las exigencias del principio de lesividad (y de imputación objetiva, individual, de dicha lesividad), no bastaría siquiera con que

existiese contribución objetiva demostrada –lo que no es el caso- a la coacción a los parlamentarios, sino que sería necesario además, que cada acción realizada por cada uno de los acusados tuviese, en sí misma, suficiente carga de lesividad. Porque, sin duda, cuando tiene lugar una actuación colectiva de un grupo numeroso de personas, no cabe descartar *a priori* la posibilidad de que el efecto intimidatorio final –aun en el caso de que exista- deba ser atribuido a la actuación colectiva, pero no pueda serlo, en una medida suficiente, a ninguna de las acciones individuales[32]. Pero es justamente esta posibilidad la que hay que demostrar que, en el caso concreto, resulta descartable, para que pueda darse por rebasada la presunción de inocencia de los acusados. Algo que en este caso no se demostró; es más, ni siquiera se llegó a considerar.

— Por fin, en cuarto lugar, hay que tomar en consideración también las exigencias del principio de responsabilidad subjetiva: puesto que nos estamos refiriendo a delitos dolosos (y, en el caso del art. 498 CP, además, con un elemento subjetivo del injusto), habría sido necesario que se hubiera demostrado que los autores eran conscientes de que lo que hacían constituía una contribución a un plan colectivo para coaccionar a los diputados e impedirles entrar en el Parlamento. Tal cosa podría haber sucedido en dos casos: 1º) si se hubiese demostrado la existencia de un plan común, con reparto de tareas entre los manifestantes (supuesto de coautoría); o 2º) si se hubiese demostrado, por el contrario, que, aunque no hubo un plan conjunto, cada acusado contaba (con base razonable) con la actuación de otros que, con toda seguridad, iban a coadyuvar a lograr el resultado, coactivo, final (supuesto de autoría accesoria)[33]. La cuestión es que, obviamente, nada de todo ello quedó acreditado en este caso.

---

[32] Un ejemplo sencillo: si muchas personas, atraídas por una oferta de entradas baratas para un concierto, taponan la puerta de entrada al teatro, el efecto colectivo es de coacción, y aun de detención ilegal. Pero, pese a ello, lo más probable es que (no sólo no exista mala intención –dolo- por parte de nadie, sino que además) no pueda atribuirse dicho efecto a nadie en concreto. Cada individuo se puso, o intentó ponerse, en la cola, su actuación individual fue correcta, aunque el resultado final (colectivo) sea malo. Me he ocupado de analizar este problema, y los requisitos necesarios para la imputación de responsabilidad en estos supuestos (en relación con los *"Klimadelikte"* –delitos de creación de un clima peligroso para bien jurídico), en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: "Efecto social" del hecho y merecimiento de pena: para una crítica de la política criminal de la seguridad, en MUÑAGORRI, Ignacio/ PEGORARO, Juan S. (coords.): Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 235-239.

[33] La diferencia entre uno y otro supuesto es que, en el primero, toda la lesión del bien jurídico (el efecto coactivo sobre el conjunto de los diputados afectados) resultaría imputable a cada uno de los manifestantes que hubiesen participado (intencionadamente) en el plan conjunto. Esto es, habría que apreciar, para cada uno de los intervinientes, un concurso de delitos (tantos como parlamentarios se viesen afectados por la coacción). Mientras que, en el segundo supuesto, cada manifestante (que contase con que otros muchos más iban a realizar también, por su parte, actos coactivos de similar naturaleza y entidad) respondería únicamente de las coacciones que él hubiese realizado.

En virtud de todo lo que se acaba de exponer, a la vista de que el Tribunal ni argumenta ni comprueba nada de lo que se ha señalado, hay que decir que el argumento de la "intimidación ambiental" es puro humo: carece por completo de valor alguno, a los efectos de determinar la existencia o no de tipicidad penal en las conductas enjuiciadas. Y uno, como jurista, no sabe qué es peor: si que el Tribunal Supremo no haya sido consciente de ello (y aceptar tamaña ignorancia en materia dogmática) o, peor todavía, que lo haya sido y, entonces, haya estado el argumento como mero trampantojo, para encubrir una sentencia política sin fundamento jurídico digno de tal nombre…

X. CONCLUSIÓN (2): PARA QUÉ NO SIRVE LA PONDERACIÓN DE DERECHOS E INTERESES

Hasta aquí he argumentado por qué, con independencia de qué concepción –conservadora o progresista- se mantenga del contenido y alcance del derecho fundamental de reunión y manifestación, así como de su relación con otros derechos e intereses constitucionales, la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo en este caso resulta notoriamente equivocada, tanto en sus conclusiones como en sus fundamentos. Y cómo, en realidad, se trata de una sentencia tan defectuosa que llama la atención, por su extraordinaria falta de rigor en el examen de los hechos probados (en este sentido la sentencia de instancia posee muchísima mayor calidad) y por la carencia de una argumentación dogmática mínimamente elaborada (de interpretación de los tipos penales), que justifique una resolución condenatoria. Ciertamente, por todas estas razones, puede ser calificada justamente de "sentencia de excepción": sin pruebas, sin respetar las exigencias del principio de legalidad penal y apenas sin argumentación interpretativa alguna, se condena (en el trámite casacional, además) a los acusados. Existen muchas razones para considerar que dicha condena no reúne los requisitos, ni procesales ni sustantivos, para ser considerada conforme a Derecho.

Por su parte, ya se ha señalado también que la sentencia de instancia, absolutoria, posee como principal mérito su cuidadosa atención (por desgracia, infrecuente en nuestra justicia penal) a las garantías en materia de prueba, atención que le lleva a concluir que no existe base probatoria suficiente para condenar. Con razón, a mi entender, por lo que hace a las cuestiones de hecho. Aunque, en el aspecto propiamente dogmático, esta sentencia deja también que desear, por cuanto que resulta incapaz de analizar, con el rigor que hubiera sido deseable, los problemas de tipicidad suscitados.

De hecho, me atrevo a afirmar que, si la sentencia absolutoria de instancia hubiera estado más atenta a los problemas de tipicidad, hubiese sido mucho más difícil para el Tribunal Supremo llegar a una condena tan escandalosamente carente de fundamento como la que finalmente dictó. Y es que la carencia de argumentación suficiente para justificar la absolución "se lo puso fácil" al tribunal de casación: se limitó, en efecto, a contradecir, mediante imprecisos argumentos de ponderación, la ponderación, también imprecisa, que el tribunal de instancia había realizado anteriormente.

Así, en medio de dos alambicadas y vagas argumentaciones contrapuestas acerca de la ponderación de derechos e intereses constitucionales (argumentaciones que, además, ya he intentado explicar por qué resultaban en realidad irrelevantes para la resolución del caso concreto), se perdió de vista la cuestión central que había que decidir, y motivar: si los acusados habían o no cometido algún hecho delictivo. Algo que las acusaciones no fueron capaces de demostrar. Por ello, si como teórico puedo reprochar a ambos tribunales la imperfección de las motivaciones de sus sentencias, como ciudadano me siento sinceramente escandalizado de que, sin base probatoria suficiente y sin apenas argumentos jurídicos, se haya condenado a ocho personas (y el asunto es especialmente sangrante en el caso de siete de ellas) a penas de prisión, únicamente por haber ejercido (con sumo desparpajo, seguro, pero lícitamente) un derecho fundamental.

* * * * * *

Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales

Catedrática de Derecho Penal, Univ. Pública de Navarra. Patrona de la FICP.

~"Medidas de regeneración democrática". La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España[34]~

Resumen.- La financiación de los partidos políticos es todavía hoy un problema sin resolver en nuestro país. Dentro de las medidas de regeneración democrática lanzadas por el gobierno se incluye la reforma de la regulación sobre la financiación de los partidos políticos. Concretamente, la reforma se concreta en dos normas relacionadas con nuestro modelo de financiación. Una de ellas de carácter administrativo y otra de carácter penal. En este trabajo trato de analizar ambas regulaciones y valoro las ventajas e inconvenientes, que desde mi punto de vista, tienen de cada una de ellas.

Palabras clave.- Partidos políticos, financiación, corrupción, norma administrativa, norma penal.

Sumario.- I. Introducción. II. Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo de control de la actividad financiera de los partidos políticos (LOFPP). 1. Regulación de la transparencia y del control en la LOFPP. Régimen de infracciones y sanciones en la LOFPP. 3. Conclusiones sobre la LOFPP. III. Los nuevos delitos de financiación ilegal introducidos por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de Código Penal. 1. Consideraciones previas. 2. Bien jurídico protegido y aclaración de conceptos. a) Bien jurídico. b) Aclaración de conceptos: financiación irregular, financiación ilegal y financiación corrupta. 3. Preceptos concretos y valoración crítica. 4. Propuesta personal de regulación penal. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El control de la financiación de los partidos políticos en España es una cuestión sin resolver a pesar de haber sido el origen de muchos y variados escándalos de corrupción y haber afectado a casi todas las formaciones políticas[35]. Así lo afirma con

[34] El trabajo se inserta en el Proyecto de investigación financiado por MINECO DER2013-47511-R, dirigido por el prof. Miguel Díaz y García Conlledo, de cuyo equipo investigador formo parte. Ha sido publicado previamente en la Revista de Estudios Deusto, 63, 2015, pp. 327-358.

[35] Septiembre de 1984: adjudicaciones irregulares de contratas de limpieza por parte de ayuntamientos del PSOE a empresas desde donde se recaudaban importantes cantidades de fondos para el partido; Noviembre de 1984: Escándalo Flick en el que se acusaba al PSOE de haber recibido dinero negro procedente de fundaciones alemanas; Diciembre 1989: desvío de unos 3.000 millones de pesetas de la recaudación de casinos en Cataluña, de los que aproximadamente unos mil habrían ido a la financiación de CIU; Marzo de 1990: caso de las tragaperras en el que se concedían licencias de máquinas tragaperras sin seguir los cauces legales a cambio de comisiones que presuntamente en parte sirvieron para la financiación del PNV; Abril de 1990: caso Naseiro en el que se descubren indicios de que desde el PP se fuerza a empresas inmobiliarias a pagar al PP para poder construir; Mayo 1991: caso Filesa en este caso tres empresas cobraron importantes cantidades de dinero en concepto de asesoramiento para destacadas empresas y bancos que nunca llegaron a realizarse, el dinero servía para financiar al PSOE; mayo 1992: caso AVE desglosado del caso Filesa donde se investigaron presuntas comisiones pagadas en la construcción de la línea de alta velocidad Madrid-Sevilla, estas comisiones sirvieron para la financiación del PSOE; Mayo de 1995: caso Sóller en el que hubo presuntos cobros de comisiones a la empresa adjudicataria del contrato de construcción del túnel Sóller, comisiones que se dedicaron a la financiación del PP. 2003: caso del 3%, en un debate en el Parlamento Catalán, el entonces Presidente de la Generalitat, Pasqual Maragall insinuó que el anterior gobierno de CIU cobraba comisiones del 3% a las empresas adjudicatarias de contratos de construcción; 2009: caso Gürtel, actualmente en proceso de investigación, se prevé que sea uno de los casos más importantes de corrupción de los relacionados con la financiación ilegal . Se trata básicamente de una trama de cobro de comisiones ilegales a empresas a cambio de adjudicaciones para la financiación del PP. 2013: caso Bárcenas es un derivado del caso Gürtel

contundencia el GRECO en el informe adoptado en la 42ª Reunión Plenaria (15 de mayo de 2009) y hecho público el 28 de mayo de 2009 y se vuelve a poner de relevancia como problema en el Informe de la Comisión Europea de 3 de febrero de 2014[36].

En el presente trabajo trataré de analizar las últimas reformas legislativas relacionadas con la financiación de los partidos políticos. Concretamente LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos (LOFPP) así como la LO 1/2015, de 30 de marzo –con entrada en vigor el 1 de julio-, por la que se modifica el CP, e incorpora la tipificación autónoma del delito de financiación ilegal de los partidos políticos.

Como consideración previa en la que no me extenderé, porque ya la he analizado en otro trabajo[37], puedo afirmar que el modelo de financiación público, privado o mixto, este último es el modelo español, no influye decisivamente en una mayor o menor corrupción. Lo que sí creo necesario es la articulación de requisitos y de límites, para evitar riesgos cualquiera que sea el modelo. Todos los modelos de financiación tienen unas ventajas y algunos inconvenientes. Así, por ejemplo, la financiación pública tiene la ventaja de que permite a todos los partidos políticos acceder a la arena del juego político, pero tiene la desventaja de que una financiación pública excesiva puede alejar a los partidos de los ciudadanos, puesto que no les necesitan y puede llevar a una importante oligarquización de los partidos. Al contrario, la financiación privada tiene como ventaja la mayor conexión entre los partidos y los ciudadanos, puesto que son ellos quienes les financian, pero se ve el peligro de que las formaciones políticas queden atrapadas por determinados intereses privados (grupos empresariales). En el informe de la Comisión Europea de 3 de febrero de 2014 se reconoce que, si bien en España se han realizado pocos estudios sobre los riesgos asociados a los grupos de presión, los recientes casos de corrupción indican la influencia potencial en la toma de decisiones a nivel local y regional de determinados grupos de interés relacionados con los sectores

en el que el tesorero del PP pagaba presuntamente sobresueldos a altos cargos del PP que provenían a su vez de comisiones pagadas por empresas que resultaban adjudicatarias de contratos con la Administración. De dichas comisiones Bárcenas se fue quedando presuntamente con cantidades importantes; 2013: el denominado caso Pallerols por financiación ilegal de Convergencia de Cataluña en el que presuntamente se cobraron más de seis millones de euros de comisiones de distintas empresas.

[36] Informe del GRECO de Evaluación sobre transparencia en la Financiación de partidos políticos en España. Informe de lucha contra la corrupción de la UE de 3 de febrero de 2014.

[37] OLAIZOLA NOGALES, La financiación ilegal de los partidos políticos, 2014, 91 ss.

del urbanismo y de la construcción[38]. Es importante, por tanto establecer los límites tanto para un modelo como para el otro, para evitar los riesgos asociados a ellos.

En mi opinión, no obstante, son otras las causas que facilitan las conductas corruptas en este ámbito[39]. Así, el elevado y descontrolado gasto de los partidos políticos, tanto gastos electorales como gastos ordinarios, que, por cierto, se entremezclan haciendo difusa la frontera entre unos y otros, pero estando sin embargo regulados por diferente normativa. Otra posible causa es el bajo índice de afiliados. Según el informe del GRECO de 2009 somos el país de Europa con menor índice de afiliados, lo que, además de reflejar el importante desapego entre los ciudadanos y los grupos políticos, lleva aparejado un escaso nivel de esta fuente de financiación. La tercera causa sería la falta de transparencia en la financiación de los partidos, derivada de las dificultades de fiscalización y de control de sus cuentas. Sobre este tema volveré más adelante cuando analice las mejoras introducidas por la LOFPP en este aspecto. Como cuarta causa se puede señalar la excesiva discrecionalidad y ausencia de controles en algunos ámbitos de la actividad administrativa, concretamente en el sector urbanístico y en la contratación pública.

II. LA LO 3/2015, DE 30 DE MARZO, DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS (LOFPP)

La LO 3/2015 modifica la LO 8/2007 de financiación de partidos políticos, que ya había sido modificada parcialmente por la LO 5/2012.

Esta LOFPP trata fundamentalmente de dar respuesta a algunas recomendaciones efectuadas por el GRECO en su informe de 2009, así como a las indicaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas en la moción aprobada por el 30 de octubre de 2001, a las que la LO 8/2007 y su reforma la LO 5/2012 no dieron respuesta.

Sin embargo, lo más comentado de esta LO ha sido la prohibición que se prevé para las donaciones de las personas jurídicas a los partidos políticos. Esta prohibición precisamente no ha sido recomendada ni por el Tribunal de Cuentas ni por el GRECO y a mi modo de ver, más allá de que genere un titular políticamente rentable, no es una

[38] Informe de lucha contra la corrupción de la UE (Anexo España), de 3 de febrero de 2014. En el informe se hace especial referencia a las investigaciones en las que están implicados un ex tesorero de un partido político y casi noventa destacados políticos, empresarios y banqueros acusados de prácticas corruptas relacionadas con la contratación pública y la financiación ilegal de los partidos –clara alusión al caso Gürtel-.

[39] Ampliamente, OLAIZOLA NOGALES, La financiación ilegal de los partidos políticos, 2014, 102 ss.

buena decisión. Si bien es cierto que las donaciones provenientes de empresas pueden beneficiar a aquellos partidos con mayores conexiones ideológicas con los grupos empresariales y también puede existir el peligro de que se produzca lo que se denomina la captura del legislador, también es verdad que prohibir estas donaciones no las eliminará y únicamente las ocultará. Yo creo que estos peligros pueden neutralizarse si se adoptan algunas precauciones[40]. Así, las donaciones deben ser publicitadas para que los ciudadanos puedan hacer un seguimiento continuo del comportamiento de los partidos con sus donantes; es muy importante evitar las donaciones finalistas, para ello parece imprescindible modificar alguna normativa relacionada con la contratación pública y reducir el nivel de discrecionalidad de este ámbito; deben prohibirse también las donaciones de empresas públicas, las donaciones de contratistas de de obras y servicios públicos que tengan contrato vigente con la Administración, así como de empresas de sectores regulados especialmente dependientes de decisiones político-administrativas, empresas promotoras de suelo y vivienda respecto de las autoridades urbanísticas; también deben controlarse los préstamos concedidos por las entidades de crédito a los partidos y se deben prohibir las condonaciones; por último debe limitarse la cuantía máxima de las donaciones para que ninguna empresa o grupo empresarial pueda ejercer una influencia excesiva sobre un partido político. Considero que con estos límites las donaciones de empresas serán más transparentes y controlables y se conjurarán los posibles peligros. Al contrario, prohibiéndolas lo que se generarán serán donaciones ocultas y fuera de control.

Más allá de esta prohibición, la LO 3/2015 presenta más novedades y se puede dividir su análisis en dos partes. Por un lado, aquellos preceptos que están relacionados con el fomento de la transparencia y del control y por otro lado, los que recogen el régimen sancionador.

1. Regulación de la transparencia y del control en la LOFPP

La LO 5/2012 mejoró, en cuanto a transparencia se refiere, la anterior LO 8/2007. Así, en concreto se indica que las donaciones privadas deben abonarse en cuentas de entidades de crédito abiertas exclusivamente para dicho fin. Además, debe señalarse la fecha de imposición, el importe de la donación y la identidad del donante; las donaciones superiores a 50.000 euros y en todo caso las donaciones de bienes inmuebles deben ser notificadas al Tribunal de Cuentas en un plazo máximo de tres

[40] Extensamente, OLAIZOLA NOGALES, La financiación ilegal de los partidos políticos, 2014, 95 ss.

meses[41]. También las cuotas y aportaciones de los afiliados o simpatizante deberán abonarse en cuentas de entidades de crédito abiertas exclusivamente para dicho fin y también deberá constar la fecha, el importe y la identidad del donante. Los partidos políticos deben llevar libros de contabilidad detallados. Deben presentar las cuentas anuales correspondientes a cada ejercicio económico ante el Tribunal de Cuentas y una vez emitido el informe por el Tribunal de Cuentas, los partidos políticos están obligados a hacer públicas, preferentemente a través de su página web, el balance y la cuenta de resultados, la cuantía de los créditos concedidos, el tipo de entidad concedente y las condonaciones de deuda correspondientes al ejercicio. Esta publicación debe ser de acceso gratuito y fácil para los ciudadanos. Los partidos políticos deben dar cuenta al Tribunal de Cuentas y al Banco de España de los acuerdos que lleguen con las entidades de crédito sobre las condiciones de la deuda que mantengan con ellas. Los partidos políticos deben prever un sistema de control interno y deben rendir cuentas externamente ante el Tribunal de Cuentas[42]. También se incorporan algunas medidas de transparencia relacionadas con las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos. Así, igual que los partidos políticos, las fundaciones y asociaciones deberán, una vez emitido el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, hacer públicas, preferentemente a través de su página web, el balance y la cuenta de resultados. Además, están obligadas a informar anualmente al Ministerio de Hacienda de todas las donaciones y aportaciones recibidas y deberán informar en un plazo de tres meses al Tribunal de Cuentas de todas las donaciones provenientes de personas jurídicas.

A pesar de estas medidas, tanto el Tribunal de Cuentas, como el informe del GRECO de 2009 observaban carencias algunas de las cuales no fueron resueltas por la LO 5/2012.

a) Se recomendaba, a efectos de control de la financiación, que el partido político se concibiera como una unidad territorial e institucional, debiendo incluirse en sus estados financieros las cuentas de toda la organización –a nivel estatal, autonómico,

[41] En las donaciones en especie se acreditará también la entrega del bien donado haciendo mención expresa al carácter irrevocable de la donación.

[42] Por lo que se refiere a la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General también requiere una contabilidad detallada de las campañas electorales. Los partidos políticos tendrán que contratar un "administrador electoral" para que gestione las finanzas relacionadas con la campaña. Hay que abrir una cuenta específica para la campaña a través de la que se canalizan todas las donaciones. Las donaciones tendrán que tener la identificación del donante. Una vez terminada la campaña electoral los administradores electorales presentarán en los 100-125 días siguientes un informe económico detallado de ingresos y gastos ante el Tribunal de Cuentas.

regional y local- como, en su caso, las cuentas de las fundaciones vinculadas a los partidos. Debe tenerse en cuenta que las cuentas locales de los partidos políticos no se consolidan con las cuentas estatales, autonómicas y regionales, quedando fuera de control. Esto, como es lógico genera un enorme peligro de corrupción, máxime si se tiene en cuenta las competencias que en materia de urbanismo tienen los entes locales. Por otro lado, también existe un importante riesgo de que las entidades vinculadas a los partidos (fundaciones) asumieran sus gastos, a través de un trasvase ilegal de dinero.

Esta recomendación no fue atendida por la LO 5/2012, pero sí es tenida en cuenta parcialmente por la LO 3/2015. Así, en su art. 14.5 se reconoce que las cuentas consolidadas de los partidos políticos se extenderán a los ámbitos estatal, autonómico y provincial y añade que las cuentas correspondientes al ámbito local y comarcal, si existiese, se integrarán en las cuentas de nivel provincial[43].

Sin embargo respecto de las cuentas de las fundaciones no se menciona que dichas cuentas tengan que presentarse de manera conjunta con las de los partidos. Sí que se señala en la Disposición adicional séptima que las aportaciones que reciban las fundaciones y entidades vinculadas a los partidos estarán sometidas a los mecanismos de control y fiscalización y al régimen sancionador previsto en la ley. Sobre la regulación relativa a las fundaciones volveré más abajo.

b) Otra recomendación venía relacionada con el control de los préstamos otorgados a los partidos por las entidades bancarias. Por un lado se pedía control y límites sobre las condonaciones de los bancos a los partidos y por otro, que se tomaran las medidas adecuadas para controlar las condiciones en que se otorgaban los créditos, así como las cantidades prestadas, puesto que un excesivo nivel de endeudamiento podía hacer que los partidos se volvieran vulnerables/dependientes de las entidades de crédito. El Tribunal de Cuentas señaló en al año 2012 que la deuda total de los partidos políticos (de ámbito nacional y autonómico) con entidades financieras ascendía a 227 millones de euros en 2007[44]. Ya la LO 5/2012 limitó la posibilidad de condonación de deudas bancarias a 100.000 euros anuales. En el art. 4.4 LOFPP se aborda el tema de manera relevante. Por un lado, y de forma acertada a mi modo de ver, se prohíben todas

[43] Conforme a la Disposición transitoria tercera los partidos políticos dispondrán de un año desde la entrada en vigor del art. 14 de la LO 8/2007 en su nueva redacción para consolidar sus cuentas a nivel local. Este art. 14 entrará en vigor el 1 de enero de 2016.

[44] Tribunal de Cuentas, Informe de fiscalización de los estados contables de los partidos políticos y de las donaciones percibidas por las fundaciones vinculadas orgánicamente, ejercicio 2007, informe aprobado el 29 de marzo de 2012.

las condonaciones de las entidades de crédito a los partidos. Entiendo que es una prohibición positiva, porque no se entiende con qué fundamento pueden justificarse dichas condonaciones, mientras que con ellas se puede generar el peligro de que el partido quede "capturado" por la entidad bancaria. Por otro lado, el art. 4.4. señala que los partidos políticos podrán llegar a acuerdos respecto de las condiciones de la deuda que mantengan con las entidades de crédito, por lo que se mantiene la posibilidad de obtener créditos ventajosos, pero deberán informar de tales acuerdos al Tribunal de Cuentas y al Banco de España y además el tipo de interés acordado no podrá ser inferior al que corresponda según las condiciones de mercado. Además, el art. 14.3 de la LOFPP indica que las cuentas anuales deben acompañarse de una memoria explicativa del Balance y de la Cuenta de Resultados y se acompañará en todo caso de un anexo donde se especifiquen pormenorizadamente las condiciones contractuales estipuladas de los créditos de cualquier clase que el partido mantenga con las entidades de crédito. El incumplimiento de estos deberes supondrá una infracción muy grave del art. 17. Sobre el régimen de infracciones y sanciones volveré más abajo.

c) Otra recomendación tenía que ver con la falta de transparencia de los ingresos y gastos de las fundaciones vinculadas a los partidos políticos, en el sentido de que dichas entidades debían someterse a un mayor control. Conforme a la LO 8/2007 el régimen de financiación de las fundaciones vinculadas a los partidos políticos es un tanto especial. Por un lado, en los Presupuestos Generales del Estado se regula la posibilidad de conceder subvenciones a "las fundaciones de partidos políticos de ámbito estatal y con representación parlamentaria". Por otro lado, conforme a la Disposición adicional séptima de la LO 5/2012, no habrá límite cuantitativo para las donaciones privadas otorgadas a las fundaciones, esto es, no están sometidas al límite de los 100.000 euros al que están sometidos lo partidos. Únicamente se prevé que si la donación es superior a 120.000 euros deberán formalizarse en un documento público. También se permite que estas fundaciones reciban donaciones de empresas que tengan contrato vigente con la Administración, situación prohibida para los partidos políticos. En la Disposición adicional séptima de la LOFPP se define qué se entiende por fundaciones y entidades vinculadas a partidos políticos o dependientes de ellos lo que supone una aclaración de conceptos; se obliga a las fundaciones vinculadas a inscribirse en el Registro de Partidos como requisito para recibir subvenciones y se recoge la competencia del Tribunal de Cuentas para fiscalizar la actividad económica-financiera de las fundaciones. Sin

embargo sigue manteniéndose la ausencia de límites en cuanto a la cantidad de la donación y se permite la donación de persona jurídica. Se puede afirmar que el régimen financiero de las fundaciones sigue siendo muy especial[45].

d) Otra recomendación del Tribunal de Cuentas, refrendada por el GRECO iba en el sentido de introducir la obligación de que tanto los partidos como las fundaciones y asociaciones vinculadas hicieran públicas, a través de su página web, el balance, la cuenta de resultados, los créditos concedidos, la entidad concedente o las condonaciones. El art. 14.8 de la LO 5/2012 haciendo caso de esta recomendación introdujo la obligación de realizar esa publicación una vez emitido el informe del Tribunal de Cuentas. En la LOFPP se mejora esta previsión porque se exige que la publicación por parte de los partidos se produzca en el plazo máximo de un mes desde la fecha del envío al Tribunal de Cuentas. Esto supone una enorme mejora en cuanto a transparencia, porque, teniendo en cuenta el retraso con el que actúa el Tribunal de Cuentas, la publicación después de la emisión de su informe podía demorarse mucho y por tanto resultar bastante inútil para los ciudadanos. Se introduce además la exigencia de que en la página web se publique las donaciones recibidas por los partidos superiores a 25.000 euros con referencia concreta a la identidad del donante. Esta última previsión es muy importante para que los ciudadanos puedan saber quién o quiénes son los financiadores de un partido político. En el caso de las fundaciones, estas deberán publicar en su página web únicamente el balance y la cuenta de resultados, así como las conclusiones del informe de auditoría y dicha publicación se hará una vez emitido el informe del Tribunal de Cuentas.

e) Otra recomendación importante relacionada con la transparencia era la de la unificación del sistema de auditoría interna de los partidos, ya que se dejaba a criterio de cada partido cómo organizar su supervisión interna. La carencia se mantiene en el art. 15 LO 5/2012, donde se indica que el control interno debe articularse conforme a los Estatutos del partido. En la LOFPP no cambia el sistema, puesto que el art. 15 no se modifica. Ahora bien, el art. 14 de la LOFPP introduce una serie de obligaciones relativas a la contabilidad de los partidos políticos que desciende a un gran nivel de detalle en las indicaciones de lo que los partidos deben reflejar en sus libros de contabilidad de manera que estos libros permitan en todo momento conocer la situación financiera y patrimonial del partido. Estas obligaciones contables no se refieren, sin

[45] En el mismo sentido, SANDOVAL, RGDP 22 (2014), 33.

embargo, a las fundaciones. Por otra parte, en el art. 14 bis se recoge, como novedad, la figura del responsable de la gestión económica-financiera que será una persona con suficientes conocimientos y se responsabilizará de la regularidad de las cuentas anuales.

f) En cuanto al control externo de los partidos es importante destacar la incorporación en la LOFPP de un control parlamentario, recogido en el art. 16 bis, conforme al cual el responsable de la gestión económico-financiera deberá comunicar anualmente al presidente de la Comisión Mixta para la Relaciones con el Tribunal de Cuentas, la remisión de la documentación contable al Tribunal. Además, la Comisión Mixta podrá solicitar la comparecencia del responsable en el plazo de dos meses desde la aprobación del informe de fiscalización por el Tribunal de Cuentas para que informe sobre su contabilidad. La medida es positiva sin lugar a dudas, porque refuerza el control externo a través del Parlamento. El problema es el de siempre, el retraso tan grande con el que actúa el Tribunal de Cuentas y que puede hacer que la comparecencia del responsable del partido se demore en el tiempo.

g) Otras cuestiones relacionadas con la transparencia que incorpora la LOFPP tienen que ver con la claridad de las cuentas donde se ingresan las donaciones. Tanto las donaciones de particulares como las cuotas de los afiliados deberán ingresarse en cuentas específicas (hasta aquí igual que en la LO 5/2012), pero la novedad reside, en el caso de las donaciones, en que las entidades de crédito deberán informar anualmente al Tribunal de Cuentas sobre las donaciones que hayan sido ingresadas en dichas cuentas y en el caso de las cuotas de los afiliados, deberán se ingresadas mediante domiciliación bancaria de una cuenta de la cual sea titular el afiliado, o mediante ingreso nominativo en la cuenta que designe el partido.

2. Régimen de infracciones y sanciones en la LOFPP

Aunque la LO 8/2007 y posteriormente la LO 5/2012 supusieron una mejora clara respecto a la LO 3/1987, que no preveía ningún régimen sancionador, el Tribunal de Cuentas y el GRECO también hicieron varias recomendaciones relacionadas con la necesidad de estructurar y regular un régimen sancionador adecuado.

Una de las novedades básicas introducida por la LO 8/2007 fue la regulación en su Título VI del régimen sancionador. Los artículos 17 y 18, mejorados por la LO 5/2012 pretenden desarrollar un régimen sancionador completo. El art. 17 recoge las infracciones y sus correspondientes sanciones e indica un plazo de cuatro años para la

prescripción de las infracciones. El art.18 articula el procedimiento sancionador y de recursos y el art. 19 incorpora un deber de colaboración con el Tribunal de Cuentas tanto para los partidos políticos como para las entidades que hubieran tenido relaciones de naturaleza económica con los partidos.

En cuanto a las infracciones se catalogan todas como muy graves. La primera, recogida en la letra a) del art. 17.1, considera infracción la contravención de las limitaciones y requisitos establecidos en los arts. 5 y 7 de la Ley, esto es, los referidos a las donaciones anónimas, finalistas, revocables, las aportaciones de las personas extranjeras, así como los relacionados con los límites cuantitativos de la donación. Se equipara en cuanto a infracción y sanción la asunción, por terceras personas, de los gastos del partido en los términos indicados en la ley. La sanción correspondiente a esta infracción viene indicada a continuación y consiste en la imposición por el Tribunal de Cuentas de una sanción de cuantía equivalente al doble de la aportación ilegalmente percibida.

La segunda infracción se recoge en el art. 17.1 b) y consiste en no presentar las cuentas anuales ante el Tribunal de Cuentas o que se presenten de manera tan deficiente que el Tribunal no pueda realizar su labor fiscalizadora. La sanción consiste en la retención de la subvención anual hasta que se cumpla con el deber de rendición o se subsanen los defectos.

La tercera y última infracción tipificada consiste, sin perjuicio de lo establecido en la LOREG a la que luego haré referencia, en la superación de los límites de gastos electorales.

Entre las recomendaciones más importantes destacan:

a) El GRECO en su informe de 2009 recomendaba que las infracciones se tipificaran al menos según su gravedad y que las sanciones se graduaran según la gravedad de las infracciones. También recomendaba la introducción de eximentes, atenuantes y agravantes. En mi opinión, el catálogo de las infracciones recogidas en el art. 17 LO 5/2012 resulta poco detallado y escaso, dejando fuera algunas conductas graves, tales como la no apertura de cuentas específicas para las donaciones, la no publicación en la página web de las cuentas o la recepción de donaciones provenientes de empresas públicas, entre otras.

Esta situación mejora claramente en la LOFPP. El nuevo art. 17 diferencia entre infracciones muy graves, estas serán: a) las que contravengan los límites relacionados con las cantidades de las donaciones, su carácter anónimo, finalista o revocable, también la asunción por parte de un tercero de los gastos del partido. También constituirán infracciones muy graves la aceptación de donaciones que provengan de personas jurídicas o de gobiernos extranjeros o los acuerdos sobre condiciones de deuda que infrinjan la prohibición contenida en el art. 4.4. En estos casos la sanción será, conforme al art. 17 bis, una multa del doble al quíntuplo de la cantidad que exceda del límite, de la cantidad asumida por un tercero o de la cantidad condonada También será muy grave: b) la superación en un diez por ciento o más de los límites de los gastos electorales, en cuyo caso la sanción será una multa del duplo al quíntuplo del exceso producido. Y por último: c) el incumplimiento durante dos ejercicios consecutivos o tres alternos de la obligación de presentar las cuentas anuales en plazo o la presentación de cuentas incompletas o deficientes. En este caso la sanción será de un mínimo de cincuenta mil y un máximo de cien mil euros. Las infracciones graves serán cuatro. La primera consistirá en la realización de actividades mercantiles. En este caso la sanción será una multa entre veinticinco mil y cincuenta mil euros más una multa equivalente al cien por cien del beneficio obtenido. La segunda consistirá en la superación en más de un tres y menos de un diez por ciento de los límites de los gastos electorales, en cuyo caso la sanción será del doble al quíntuplo del exceso de gasto producido. La tercera viene conformada por el incumplimiento de presentar las cuentas anuales o de presentarlas de forma incompleta durante un ejercicio o el incumplimiento de cualquier otra obligación contable. La cuarta infracción grave será la falta de un sistema de auditoria o de control interno. Para la tercera y la cuarta infracción la sanción será de un mínimo de diez mil y un máximo de cincuenta mil euros. Las infracciones leves son dos. La primera consistirá en faltar al deber de colaboración que establece el art. 19, que consiste tanto en el deber de colaboración de los partidos con el Tribunal de Cuentas a efectos de remitirle la documentación requerida, como el deber de colaboración de las entidades que tienen relaciones de naturaleza económica con los partidos que también deberán enviar al Tribunal de Cuentas la documentación que les sea requerida, y la segunda será la superación por los partidos en más de un uno y hasta un tres por ciento de los límites de los gastos electorales. La sanción para el primer caso es de multa de entre cinco mil y diez mil euros y en el segundo caso la sanción irá del doble al quíntuplo del exceso de gasto producido.

b) Otra mejora que atiende a las recomendaciones del Tribunal de Cuentas es por tanto la consideración como infracción (leve) del incumplimiento del deber de colaboración. En la LO 5/2012 no sólo no se recoge como infracción tal conducta, sino que al contrario se hace referencia al deber de sigilo que respecto a esta información tienen los miembros del Tribunal de Cuentas y las responsabilidades administrativas o penales derivadas de su incumplimiento.

c) Otra recomendación del GRECO hacía referencia a la conveniencia de introducir como infracción, con la correspondiente sanción, la conducta del donante que realiza una donación ilegal. Esta recomendación no se recoge ni en la LO 5/2012, ni en la LOFPP.

d) Otras cuestiones que mejoran en la LOFPP relacionadas con el régimen sancionador, son la mayor pormenorización del procedimiento sancionador, mucho más detallado en el proyecto, y la diferencia de plazos de prescripción de las infracciones según sean muy graves –cinco años-, graves –tres años- y leves –dos años-.

3. Conclusiones sobre la LOFPP

En mi opinión el PLOFPP supone una mejora respecto de la ley anterior, la LO 8/2007, modificada por la LO 5/2012 de financiación de partidos políticos. Como se ha visto, atiende en gran medida a las recomendaciones del Tribunal de Cuentas y del GRECO y ello es positivo. Mejora tanto en el nivel de transparencia exigible como en el régimen de infracciones y sanciones. Así lo reconoce también el informe lucha contra la corrupción elaborado por la Comisión Europea de fecha 3 de febrero de 2014[46].

No obstante, se puede realizar todavía algunas críticas. La primera es que sigue sin regularse con claridad el régimen de financiación de las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos. Al no exigirse los mismos límites para la financiación de estos entes que para la financiación de los partidos (ni cuantitativos, ni de procedencia, ni de transparencia) se mantiene el peligro de que a través de estas fundaciones se proceda a un trasvase ilegal de dinero a los partidos políticos.

Como segunda crítica, que ya he explicado más arriba, se puede decir que la prohibición de donaciones de empresas a los partidos políticos no supondrá que esta se eliminen, sino que queden ocultas y exentas de controles. No me parece una medida

[46] También considera que la reforma va en la dirección acertada, SANDOVAL, RGDP 22 (2014), 25.

adecuada y tampoco responde a una recomendación ni del Tribunal de Cuentas ni del GRECO.

Como tercera objeción, esta más general, creo que es importante una propuesta de reforma de la LOREG. El Tribunal de Cuentas ha venido reclamando en sus informes que se regule adecuadamente el régimen de control en materia de financiación electoral, pero en las sucesivas reformas de la LOREG se ha hecho caso omiso a estas recomendaciones, por lo que las propuestas siguen teniendo plena vigencia. Es verdad, no obstante que en la Disposición final cuarta de la LOFPP se modifica la LOREG parcialmente y concretamente el art. 134.2 de dicha Ley. Se remite ahora dicho precepto –en los supuestos en los que se hayan superado los límites electorales- a la LO 8/2007, que habrá de entenderse en la nueva redacción dada en este punto al art. 17 por la LO 3/2015.

Convendría realizar una revisión íntegra de de la LOREG e incluso estudiar la posibilidad de incluir toda la regulación sobre la financiación de partidos políticos en una sola norma. También resultaría interesante el estudio sobre la necesidad de diferenciar entre financiación ordinaria y financiación electoral, teniendo en cuenta los límites difusos que separan en muchas ocasiones los gastos electorales de los gastos ordinarios y que en ocasiones los gastos ordinarios sirven para pagar gastos electorales encubiertos.

Entre otras cuestiones, el Tribunal de Cuentas ha propuesto que los partidos políticos tuvieran que rendir cuentas cuando fueran a intervenir en procesos electorales. Conforme a la LO8/2007 la obligación de rendir cuentas se limita únicamente a las formaciones que han obtenido un anticipo de subvenciones públicas en atención a los resultados obtenidos en anteriores elecciones. Es verdad que en el art. 16 LOFPP se añade la posibilidad de que el Tribunal fiscalice las cuentas de todos los partidos y no sólo de los que hubieran recibido subvenciones públicas.

Se considera necesaria también una armonización de las normas electorales, tanto entre las Comunidades Autónomas entre sí, como entre estas y la normativa estatal.

Se entiende imprescindible la aclaración del concepto de gasto electoral y la fijación del límite máximo de gasto autorizado. El Tribunal ha planteado la necesidad de reducir los gastos de propaganda electoral y propone su sustitución por otras técnicas de información.

III. LOS NUEVOS DELITOS DE FINANCIACIÓN ILEGAL INTRODUCIDOS POR LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO QUE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DE CÓDIGO PENAL.

1. Consideraciones previas

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, introduce los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos.

La primera consideración que es conveniente hacer está relacionada con la ubicación de los preceptos. Se incluyen en un nuevo Título XIII bis, justo detrás del Título XIII que contiene los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Se puede convenir en que el orden y la ubicación de los preceptos en el CP tienen un sentido a la hora de interpretarlos[47]. En mi opinión, un posible delito de financiación ilegal no guarda ninguna relación con valores de carácter económico. Como se analizará más abajo, si hay algún bien jurídico que merezca ser protegido frente a este tipo de conductas será un bien jurídico relacionado con las funciones constitucionales que cumplen los partidos políticos, por lo que la ubicación de estos preceptos debería ser entre los delitos contra la Constitución. En este sentido recuerda la STC 3/1981, de 2 de febrero que los partidos tienen un *status* privilegiado frente al resto de asociaciones privadas, gozan de derechos como los de obtener ayuda financiera del Estado o la utilización gratuita de medios públicos de comunicación, pero a cambio tienen la contrapartida de cumplir con su función constitucional de concurrir a la manifestación de la voluntad popular.

La segunda consideración es para recordar que la ausencia de la tipificación autónoma o específica de un delito de financiación ilegal de partidos políticos no implica que muchas de las conductas que se producen en este ámbito no puedan ser sancionables penalmente. Las razones aducidas por los autores para la defensa de una tipificación autónoma son, por un lado, la existencia de lagunas de punibilidad, ya que hay conductas que con los tipos penales actuales no serían punibles, en segundo lugar, la complejidad de los procesos penales al no estar lo suficientemente claro qué tipos penales son aplicables y por último la existencia de un bien jurídico autónomo[48].

Más allá de las posibles lagunas, que lo serán en la medida en que se considere que tales conductas deben estar tipificadas, y de la complejidad del proceso,

[47] LUZÓN PEÑA, Curso I, 1996, 168 s.

[48] NIETO MARTÍN, en: ARROYO/NIETO (coords.), 2006, 120 ss.; MAROTO CALATAYUD, *Corrupción y financiación de partidos políticos* 2012, 377 ss. (Tesis Doctoral inédita).

independientemente de que haya delitos que se puedan aplicar o no, la razón que me parece importante para valorar si la tipificación autónoma es o no necesaria es la tercera, esto es la verificación de si hay o no uno o varios bienes jurídicos específicos merecedores de protección penal.

Según NIETO MARTÍN, la financiación ilegal de partidos lesiona bienes jurídicos autónomos merecedores de protección penal, tales como la transparencia en la financiación, la igualdad de oportunidades entre las distintas fuerzas políticas y la democracia interna dentro de los partidos políticos. Afirma este autor que la igualdad de oportunidades entre las fuerzas políticas y la transparencia patrimonial son requisitos indispensables para que el voto pueda ser verdaderamente responsable y por tanto libre[49].

En sentido parecido se manifiesta MAROTO CALATAYUD, al afirmar que el injusto específico de la financiación ilegal abarca la alteración del funcionamiento del sistema de partidos, tanto en lo que se refiere a la igualdad de oportunidades entre partidos como a la quiebra de la democracia interna y la oligarquización de las organizaciones políticas que implica[50].

En mi opinión, el funcionamiento del sistema de partidos en si mismo no constituye un bien jurídico merecedor de protección penal. El criterio para decidir cuándo una conducta de financiación ilegal merece reproche penal y cuándo no, debe venir derivado de las propias funciones constitucionales que ejercen los partidos políticos hacia los ciudadanos. Dichas funciones se recogen en el art. 6 de la Constitución que indica que los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política.

Aunque volveré más adelante sobre ello, ya adelanto que el delito de financiación ilegal tendrá sentido sólo para proteger aquellas conductas que, no estando correctamente recogidas en los tipos actuales, perturben aquellas funciones de servicio a los ciudadanos que cumplen los partidos. Los partidos son los instrumentos necesarios para que los ciudadanos puedan participar en la vida política y canalizar a través de ellos sus intereses. Por tanto, no cualquier perturbación de la transparencia financiera de los partidos o de la igualdad entre las fuerzas políticas o de la democracia interna de los

[49] NIETO MARTÍN, en: ARROYO/NIETO (coords.), *Fraude y corrupción*, 2006, 123.

[50] MAROTO CALATAYUD, *corrupción y financiación de partidos políticos*, 2012, 378 (Tesis Doctoral inédita); GUTIÉRREZ RUBÍ, *Temas para el Debate 223* (2013), 46 s.

partidos será suficiente para ser tipificada penalmente a través de un tipo autónomo, sino que se sancionarán penalmente aquellas conductas que, trascendiendo del ámbito interno del partido, supongan una perturbación de la manifestación de la voluntad popular.

En mi opinión la posible tipificación autónoma del delito de financiación ilegal vendría justificada por las funciones que los partidos ejercen hacia los ciudadanos y que hace que los partidos políticos no tengan una naturaleza puramente privada y puedan obtener, por tanto, una protección reforzada.

2. Bien jurídico protegido y aclaración de conceptos

a) Bien jurídico

La cuestión más relevante por tanto es la de si se puede hablar de un bien jurídico penal merecedor de protección en las conductas de financiación ilegal de los partidos políticos[51].

Los partidos políticos cumplen una función básica para el funcionamiento democrático del Estado: concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, por ello son expresión del pluralismo político e instrumentos fundamentales de participación política –art. 6 CE- La principal función de los partidos será, por tanto aglutinar la voluntad popular para transformarla en voluntad del Estado a través de los órganos públicos representativos. Primero el partido político forma una voluntad programática unitaria. Posteriormente se concurre a expresar la voluntad popular definitiva en los órganos públicos representativos por medio de los representantes públicos seleccionados y presentados por los partidos políticos. Estas funciones pueden resumirse en una: la de ser los partidos los intermediarios entre la sociedad y el Estado[52]. Esa formación y manifestación de la voluntad popular es lo que debe producirse libre de injerencias extrañas que busquen favorecer intereses y voluntades particulares frente a la voluntad programática. Y este será el bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal. Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA la democracia exige objetividad. El criterio de objetividad rige como criterio rector del comportamiento de la Administración hasta tal punto que si decae, el Estado y su aparato administrativo dejarán de ser democráticos. La corrupción hace que los sectores económicos sean los

[51] Sobre el concepto de bien jurídico y de bien jurídico-penal, MIR PUIG, DPPG 9ª, 2011, 119.
[52] BAUTISTA PLAZA, La función constitucional del Estado 2006, 16 ss.

que impongan los reales programas políticos aunque no se publiciten[53]. De la misma manera, determinadas conductas de financiación ilegal pueden hacer que el real programa del partido político no sea el que verdaderamente se ofrece y al que los ciudadanos votan, produciéndose una perturbación grave de las funciones de formación y de manifestación popular.

¿Tiene este bien jurídico suficiente entidad para ser merecedor de protección penal? En mi opinión sí. Los partidos políticos son considerados hoy en día sujetos imprescindibles para el funcionamiento del Estado democrático representativo, denominado por buena parte de la doctrina e incluso por el TC como un "Estado de partidos"[54]. Aunque formalmente el art. 23.1 CE dispone que los ciudadanos tienen derecho a participar directamente en los asuntos públicos, en la práctica las fórmulas para la participación directa son poco operativas en España debido a los rigurosos requisitos que se exigen, por lo que se puede afirmar que en nuestro sistema los partidos constituyen el principal y casi único vehículo de expresión política ciudadana[55].

Es cierto que para que la formación y manifestación de la voluntad popular puedan configurarse correctamente son básicos dos elementos: la democracia interna dentro del partido y la transparencia. En cuanto al requisito de democracia interna, estoy de acuerdo con los que afirman que la profundización de la democracia pasa por democratizar el funcionamiento y organización interna de los partidos. La voluntad popular final no puede ser fruto de la concurrencia de voluntades de las oligarquías dominantes en los partidos, aunque sean ratificadas electoralmente. Los partidos deben elaborar democráticamente su voluntad programática para que la voluntad final pueda considerarse popular en su plenitud[56]. Además, estoy de acuerdo con que cuanto menor sea la democracia interna de los partidos, mayor será el riesgo de clientelismo, ya que cuanto menos democráticos sean los procesos internos del partido para la elección de cargos, confección de listas, etc. más dependerán los elegidos de los que ostentan el poder en el partido y mayor influencia podrán ejercer estos sobre aquellos[57].

---

[53] GARCÍA DE ENTERRÍA, Democracia, 5ª, 2000, 123 ss.

[5454] Ampliamente, NAVARRO MÉNDEZ, Partidos políticos, 1999, 238 ss. STC 3/1981, de 2 de febrero.

[55] Por todos, NAVARRO MÉNDEZ, Partidos políticos, 1999, 236 s.

[56] NAVARRO MÉNDEZ, Partidos políticos, 1999, 238 ss.; BAUTISTA PLAZA, La función constitucional de los partidos políticos, 2006, 26 ss.; FLORES GIMÉNEZ, en: NIETO/MAROTO (dirs.), Prevención de la corrupción, 2014, 188 ss.;

[57] URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005, 174 s.; MAROTO CALATAYUD, *Corrupción y financiación de partidos políticos*, 2012, 452 (Tesis Doctoral inédita); GUTIÉRREZ RUBÍ, *Temas para el Debate 223* (2013), 46; OLAIZOLA NOGALES, La financiación ilegal de los partidos políticos, 2014, 205.

Dicho todo lo anterior, sin embargo, considero que la democracia interna en si misma no tiene suficiente entidad para ser reconocida como un bien jurídico penal, al menos autónomo. No creo que la perturbación de los procesos internos de los partidos políticos tenga entidad suficiente para constituir un injusto específico. Se puede hacer una equiparación entre los partidos políticos, como instituciones básicas en un sistema democrático, y la Administración pública. Igual que en el Título XIX no se protege a la Administración como institución en si misma, sino como un ente prestacional de servicios a los ciudadanos, en el caso de los partidos políticos tampoco se protegerán en si mismos, sino como entes que prestan a los ciudadanos un servicio básico en una sociedad democrática, como es la representación de la voluntad popular, como instrumentos canalizadores de los intereses ciudadanos. Por tanto, si bien la democracia interna será un requisito funcional necesario para que la manifestación de la voluntad popular sea correcta, no considero que tenga la categoría de bien jurídico. Es decir, será necesario que la conducta para ser tipificada autónomamente vaya más allá de la lesión o puesta en peligro de la democracia interna.

Tampoco considero que la transparencia sea un bien jurídico digno de protección penal autónoma. La publicidad de los donantes y de las donaciones permite a los ciudadanos estar alerta acerca de las posibles desviaciones y abusos de poder que puedan presentarse en el futuro como contrapartida de las donaciones. Además la transparencia sirve para que los ciudadanos conozcan la opción política a la que votan y los intereses que puede representar y para proteger la democracia interna del partido, pues permite el control de las bases sobre sus dirigentes. Las medidas de transparencia son el mejor antídoto contra la financiación ilegal de los partidos políticos y contra la corrupción que se deriva de ella. Apuesto por una transparencia completa, continua y oportuna. Por supuesto tiene que haber mecanismos de vigilancia, de control y de sanción en caso de incumplimiento, ya hemos visto como la LOFPP mejora este aspecto.

Dicho esto, creo sin embargo que la transparencia en si misma no es un bien jurídico penal.

En mi opinión el auténtico peligro y la razón por la que la norma administrativa prohíbe las donaciones anónimas, exige además unos límites cuantitativos o prohíbe que las donaciones procedan de determinadas empresas es porque así se evita que los partidos políticos puedan, una vez alcanzada determinada cota de poder, favorecer los

intereses privados de los donantes. De hecho, si lo que se protegiera fuera la transparencia no habría, por ejemplo, límites cuantitativos o no se prohibirían las donaciones provenientes de empresas con contrato con la Administración, etc., puesto que bastaría, para proteger la transparencia, que el ciudadano lo supiera. En mi opinión, las normas de transparencia son un instrumento necesario para evitar que las formaciones políticas se desvíen de su función de satisfacer los intereses generales a favor de satisfacer los intereses "del que paga".

Si se conoce la identidad de los donantes será más fácil controlar si se le favorece especialmente, pero además, no basta con eso, sino que se impone un límite cuantitativo para que ninguna formación política sea dependiente en exceso de ningún interés particular, sea de una persona física o de una persona jurídica.

Teniendo en cuenta lo anterior y entendiendo que el peligro que se debe conjurar es que los partidos favorezcan intereses particulares a cambio de las donaciones, en vez de representar la voluntad popular, la pregunta será dónde debe comenzar a intervenir el Derecho penal. Considero que para que el Derecho penal intervenga será preciso que se constate al menos un peligro cercano de favorecimiento de intereses particulares, en detrimento de la voluntad programática y/o popular[58].

No cualquier conducta de financiación ilegal será merecedora de sanción penal, o al menos no cualquier conducta de financiación ilegal vendrá a integrar un posible delito autónomo de financiación ilegal.

b) Aclaración de conceptos: financiación irregular, financiación ilegal y financiación corrupta

Creo que es conveniente aclarar tres conceptos diferentes, que a veces se mezclan: financiación irregular, financiación ilegal y financiación corrupta.

En el trabajo que elaboré sobre la financiación ilegal de los partidos políticos explicaba ampliamente estos conceptos, asumiendo la definición que MALEM SEÑA hacía de ellos. Según este autor, por financiación irregular debe entenderse determinadas estrategias utilizadas por los partidos para conseguir apoyo económico de forma no ortodoxa, pero sin infringir ninguna ley. Suelen ser supuestos en los que los partidos se aprovechan de lagunas legislativas[59], así, por ejemplo, en la LO 8/2007

[58] Ampliamente, OLAIZOLA NOGALES, la financiación ilegal de los partidos políticos, 2014, 203 ss.
[59] MALEM SEÑA, *La corrupción*, 2002, 112 s.

podrían constituir lagunas las posibles condonaciones de las entidades de crédito a los partidos o la falta de límites de las donaciones a las fundaciones. La financiación ilegal vendría integrada por los supuestos en los que se transgrede la ley. Por último, la financiación corrupta es aquella en la que quien recibe la donación en nombre del partido se compromete a tomar una decisión o a influir para que otros tomen una decisión en el sentido querido por el donante. El elemento necesario para la financiación corrupta es el *quid pro quo*, esto es, el intercambio de prestaciones entre el donante y el que recibe la donación[60]. La mayoría de los escándalos de financiación ilegal de partidos políticos han estado relacionados con la adjudicación de contratos públicos, de diversa índole, a cambio de las donaciones. En estos momentos, en el escándalo *Gürtel*, diversas empresas están siendo objeto de investigación por haber sido beneficiarias de contratos públicos supuestamente a cambio de las donaciones. Esta clasificación, en mi opinión muy clara, sirve para graduar distintas posibles responsabilidades.

En principio la financiación irregular no podrá llevar aparejada responsabilidad jurídica, aunque sí responsabilidad moral y ética y, en último término, responsabilidad política. El hecho de que una determinada forma de financiación no sea ilegal, debido a una laguna, no quiere decir que sea correcta o éticamente aceptable. Creo que es importante deslindar las responsabilidades políticas de las jurídicas y/o penales[61].

En segundo lugar, la financiación ilegal podrá llevar aparejada, como ya se ha visto en la primera parte del trabajo, una sanción administrativa en aquellos casos en los que se infringe la LOFPP, también podrá llevar aparejada una responsabilidad penal porque se haya infringido algún precepto del CP, así, por ejemplo, porque se haya cometido un delito de falsedades, un delito contra la Hacienda Pública, un delito electoral, etc. e incluso algunos de estos supuestos con ciertos requisitos podrán constituir un delito autónomo de financiación ilegal.

[60] MALEM SEÑA, *La corrupción*, 2002, 114 s..

[61] Resulta interesante la reflexión que sobre este punto hace MARTÍNEZ COUSINOU *Documentos de Trabajo IESA 3* (2007), 17, n.19: "La exigencia de responsabilidades penales en lugar de políticas por los escándalos de corrupción fue la tendencia normal durante los años noventa. En teoría lo que se pretendía al enviar a la justicia penal los hechos de corrupción era evitar que se acusara sin gran fundamento, y evitar, por tanto, que se eliminara la presunción de inocencia, no obstante, en la práctica fue diferente: se terminó dejando la depuración de la responsabilidad política en manos de la Administración de Justicia. Con ello se dañaba la imagen de la judicatura como institución neutral en la lucha partidista y el funcionamiento de la democracia misma quedaba deteriorado" Esta autora se refiere a los años noventa, pero creo que se puede afirmar que la situación actual no dista en absoluto de aquella, lo que está generando un grado de decepción y de desconfianza cada vez mayor de los ciudadanos hacia la política.

Por último, la financiación corrupta será la que en mi opinión merezca siempre un reproche penal.

En mi opinión, la financiación corrupta se caracteriza por su carácter finalista, por lo que este tipo de financiación será en principio siempre ilegal, puesto que la LOFPP prohíbe en todo caso las donaciones finalistas.

Esta exigencia del *quid pro quo* es lo que puede perturbar la principal función de los partidos que es la representación de la voluntad popular. En primer lugar, porque la voluntad popular se sustituye por la voluntad del donante, quebrando así la posibilidad de que todos los ciudadanos puedan influir por igual en la actuación política a través de la regla de "una persona un voto", por valer más el voto del que "paga". En segundo lugar, porque las decisiones políticas no se tomarán atendiendo a las necesidades de los ciudadanos, sino atendiendo a en qué ámbitos de actuación puede haber más empresas dispuestas a pagar. Además, a la hora de tomar la decisión no se atenderá a criterios de competencia. En tercer lugar, porque estas decisiones no se explican a los ciudadanos ni a las bases del partido –quiebra de la democracia interna-, la corrupción hace que se oculten los verdaderos motivos por los que se toman aquellas –quiebra de la transparencia-. Debido al secreto que rodea a todo acto corrupto, dichas decisiones quedarán sustraídas del programa político que el partido publicite.

Ahora bien, en una propuesta de regulación penal, relacionada con la financiación ilegal entiendo que no sólo se deben tener en cuenta aquellos casos en los que haya un pacto ya consolidado con una contraprestación concreta, sino que se incluirán también aquellos casos en las que no habiendo un pacto concreto, sí que hay determinadas conductas anteriores (de engrasamiento) que tienen como finalidad última llegar a ese pacto.

Al hilo de estos conceptos es interesante añadir la definición que otros autores realizan de la financiación corrupta. Especialmente destaca la clasificación de VILLORIA MENDIETA[62], que dentro de la financiación corrupta incluye tres situaciones diferentes: La financiación de captura, en la que a través de la financiación, sea legal o ilegal[63], se capturan puestos relevantes o decisiones políticas o gubernamentales. Aquí, según

[62] VILLORIA MENDIETA, La corrupción política, 2006, 198 ss. En el mismo sentido, SANDOVAL, RGDP 22 (2014), 37 ss.

[63] En mi opinión esta financiación será siempre ilegal porque se tratará de donaciones finalistas y por tanto, sean del importe que sean, serán ilegales conforme a la LO 5/2012 de financiación de partidos políticos.

VILLORIA MENDIETA, la financiación supone un pago anticipado por la toma de decisiones que favorecerá al financiador. Es un acuerdo mutuo que beneficia tanto al financiador como al financiado. Entiendo que esta definición coincide con la financiación corrupta que indica MALEM SEÑA, el acuerdo mutuo que menciona VILLORIA MENDIETA, sería el pacto corrupto del que habla MALEM SEÑA[64]. En segundo lugar, la financiación ventajista sería aquella en la que el partido, aprovechando lagunas normativas o vulnerando la ley, trata de obtener ventajas sobre el resto de candidatos o de partidos. Según VILLORIA MENDIETA, en estos casos no habrá captura porque los intermediarios en la financiación pueden realizar promesas a los financiadores, pero si el gobierno no se compromete no habrá captura. Como variantes de esta financiación este autor incluye: 1. Actividades que desobedecen las normas existentes de financiación política; 2. La aceptación de fondos provenientes de un delito; 3. Gastos ilegales en campaña; 4. El abuso de recursos estatales[65]. Según SANDOVAL, esta financiación ventajista serán casos de financiación irregular o ilegal para MALEM SEÑA, ya que se obtiene un beneficio extraposicional para el partido, pero sin que sus dirigentes se obliguen, en virtud de un pacto corrupto a realizar una determinada contraprestación que suponga un incumplimiento de su deber posicional[66]. En mi opinión, estos casos serán supuestos de financiación ilegal o irregular, y en algunos de ellos podría ocurrir que, por la reiteración de la conducta o por la enorme cantidad de dinero donado, se pueda afirmar que, aunque no se ha producido el pacto para una concesión concreta, hay un peligro cierto de que dicho pacto se produzca y en este sentido se puedan incluir estas conductas en el delito autónomo de financiación ilegal. Por último, en tercer lugar, dentro de la financiación corrupta, incluye VILLORIA MENDIETA la financiación coercitiva que supone la obtención de dinero por parte del partido mediante el uso de la extorsión y de la amenaza[67]. En mi opinión estos casos, más allá de que puedan encajar en un posible delito autónomo de financiación ilegal, habrá que castigarlos también por los posibles delitos contra la libertad que se hubieran dado[68].

[64] VILLORIA MENDIETA, La corrupción política, 2006, 197 s; en el mismo sentido SANDOVAL, RGDP 22 (2014), 37.

[65] VILLORIA MENDIETA, La corrupción política, 2006, 199 s

[66] SANDOVAL, RGDP 22 (2014), 38.

[67] VILLORIA MENDIETA, La corrupción política, 2006, 200.

[68] Sería parecido a la diferencia entre el delito de cohecho y el delito de concusión. Sobre ello, OLAIZOLA NOGALES, El delito de cohecho, 1999, 243 ss.

Estas clasificaciones sirven para aclarar conceptos, para diferenciar distintas situaciones y para valorar la respuesta política, jurídica o jurídica-penal que hay que dar en cada caso.

Como ya he indicado más arriba, entiendo que en una propuesta de regulación penal sobre financiación ilegal no sólo deberán incluirse casos en los que haya un pacto concreto y determinado –financiación corrupta en la concepción de MALEM SEÑA-, en cuyo caso, como se verá más adelante, soy partidaria de incluirlos dentro de los delitos contra la Administración, sino también aquellas conductas que por sus características puedan favorecer claramente la obtención de ese pacto en un futuro, para los que propongo un tipo autónomo y específico de financiación ilegal -algunos supuestos de financiación ventajista en la concepción de VILLORIA MENDIETA. Otros supuestos de financiación ventajista, ilegal o coercitiva habrá que analizarlos casos por caso y la mayoría de ellos o bien supondrán una infracción administrativa o podrán ser integrados en otros tipos penales.

3. Preceptos concretos y valoración crítica

En la LO 1/2015, de 30 de marzo, se recoge un nuevo Título XIII bis que está integrado por los arts. 304 bis y 304 ter, con la siguiente rúbrica: "De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos".

Art. 304 bis: «**1**. Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos./ **2**. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando: **a)** Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.1, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido. **b)** Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros./ **3**. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado./ **4**. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones

destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores./ **5**. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.».

Art. 304 ter: **1**. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley./ **2**. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones./ **3**. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.»

Los preceptos son criticables tanto por razones de fondo como técnicas.

El primer párrafo del art. 304 bis recoge como conducta típica la pura infracción del art. 5.1 de la LO 8/2007. Habrá de entenderse que se trata del art. 5.1 modificado por la LO 3/2015[69] Por tanto eleva la infracción administrativa a delito sin exigir ningún elemento que dote de lesividad al precepto. Esto genera un doble problema. El primero de fondo, ya que el legislador se olvida de que entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal debe haber una diferencia, sino cualitativa, sí al menos cuantitativa que diferencie ambos tipos de infracciones. El segundo problema es de índole práctico. Es decir, se plantea la cuestión de qué precepto será aplicable cuando un sujeto reciba una donación infringiendo el art. 5.1 LO 8/2007. Esto es, la duda será si se deberá aplicar el art. 17 bis de la misma ley, que impone una sanción administrativa o el art. 304 bis CP. No se puede deducir cuál será el criterio de distinción para aplicar un precepto u otro porque no establece ninguno y ello es insostenible. Pero además se plantea un problema añadido. En el párrafo 4 del art. 304 bis se indica que se impondrán las mismas penas, en sus respectivos casos, a quien entregare las donaciones. Como ya se ha analizado más arriba la legislación

[69] Art. 5.1 LO 3/2015: "Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente: a) Donaciones anónimas, finalistas o revocables.
b) Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales.
c)Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.
Se exceptúan del límite previsto en la letra b) las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.2, letra e).

administrativa no sanciona al donante, por lo que éste responderá en todo caso por vía penal. Puede darse la paradoja de que el miembro del partido que recibe la donación sea sancionado por vía administrativa y el donante por vía penal. O que se considere que si el miembro del partido es sancionado por vía administrativa, la conducta del donante debe quedar impune.

En mi opinión el primer párrafo del art. 304 bis debe eliminarse y la conducta del donante en esos casos debe ser incluida como infracción administrativa.

En el segundo párrafo del art. 304 bis se incrementa la pena que será de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso, atendiendo básicamente a la cantidad donada o recibida. Es el importe de la donación lo que va a diferenciar en estos casos las infracciones administrativas del delito. En mi opinión, el criterio de la cantidad donada puede ser un criterio acertado para la diferenciación. Entiendo que una cantidad excesiva puede favorecer "la captura" del partido o el pacto corrupto, lo que me parece criticable es que sea el único criterio.

Sin embargo, considero que este párrafo adolece de algunos defectos. El primero es que apostando por la técnica de la ley penal en blanco, se refiere únicamente al art. 5.1 de la LO 8/2007. Habrá que entender que será el art. 5.1 modificado por la LO 3/2015. Lo importante es que al referirse expresamente al art. 5.1 se olvida de otras posibles donaciones ilegales, así, por ejemplo, las condonaciones de las entidades de crédito –art. 4.4 LO 8/2007- o por ejemplo las donaciones de personas físicas que tengan contrato en vigor con la Administración están prohibidas –art. 4.2 a) LO 8/2007 ¿será necesario que superen en 500.000 euros el límite fijado para el resto de personas físicas? Partiendo de que en algunos supuestos de tipificación de la financiación ilegal es necesario acudir a la técnica de la ley penal en blanco, me parece erróneo limitarse a citar un precepto de la ley administrativa. Probablemente hubiera sido mejor que en el precepto se hiciera una referencia general a la LO 8/2007. En la misma línea tampoco se entiende del todo por qué en el apartado b) del párrafo se incluyen las donaciones del art. 7.2 de la LO 8/2007, referidas a donaciones provenientes de gobiernos o empresas públicas extranjeros y de empresas relacionadas directa o indirectamente con ellos, pero no se incluye el art. 7.1 LO8/2007, que se refiere a las donaciones privadas provenientes de personas físicas extranjeras, que están sujetas a los mismos límites que los nacionales, pero que parece que si sobrepasan el límite de los 500.000 euros no cometerán el delito. Lo que quiero decir es que si el criterio, para la consideración de

estas conductas como delito, es el exceso de la donación, no se comprende por qué ese exceso sólo constituye delito en algunas ocasiones.

En todo caso lo que me parece más criticable de este precepto es que solo tiene en cuenta como criterio el exceso de la donación. En mi opinión una regulación completa sobre financiación ilegal debe empezar por distinguir los supuestos en los que se ve involucrada la Administración de los supuestos en los que no. Por ejemplo, el legislador se olvida de una cuestión trascendental y es, si tratándose de una cantidad que no llegue a los 500.000 euros, sin embargo sirve para pactar con el alcalde de una localidad una determinada adjudicación de una obra ¿bastará con la aplicación del delito de cohecho al alcalde y al donante? ¿Qué pasará con el miembro del partido que se limita a recibir la donación? ¿Bastará con la aplicación de un posible delito de blanqueo? ¿No se podrá aplicar un delito de financiación ilegal porque la cantidad no ha llegado a los 500.000 euros? Desde mi perspectiva, teniendo en cuenta que estos delitos no están pensados para proteger el orden socioeconómico, sino las funciones constitucionales de manifestación de la voluntad popular que tienen los partidos, el hecho de que esté o no involucrada la Administración debe ser un criterio decisivo para tener en cuenta en la regulación de estos comportamientos. En estos supuestos, como luego detallaré, no se debe acudir a la técnica de a ley penal en blanco, sino que en los delitos clásicos contra la Administración pública deberían preverse cláusulas que recogiesen aquellos supuestos en los que se ve favorecido un partido político a través de la conducta delictiva del funcionario público.

El párrafo tercero recoge una agravación**,** la pena se impondrá en su mitad superior, en los casos de especial gravedad. Dado que el único criterio tenido en cuenta para tipificar estas conductas es el de la cantidad, entiendo que la especial gravedad deberá referirse a que la cantidad sobrepase de manera muy importante las señaladas en el precepto.

El párrafo cuarto señala la responsabilidad penal del donante. El legislador considera que cualquier donación realizada, que vulnere el art. 5.1 de la LO 8/2007 de financiación de partidos, constituye delito para el donante. Esto es, la conducta del donante en ningún caso, como se ha visto, se considera infracción administrativa, tal y como venía siendo recomendado por el GRECO, y sin embargo prácticamente todas las donaciones efectuadas ilegalmente van a constituir infracción penal. Además el párrafo señala que el donante puede entregar la donación por sí o por persona interpuesta.

Probablemente el legislador esté pensando en los supuestos en los que para ocultar la donación se utilice a un tercero, queriendo sancionar de este modo conductas de ocultamiento, pero se olvida de otras formas de ocultamiento como, por ejemplo, el fraccionamiento de la donación.

El párrafo quinto recoge la posible responsabilidad de la persona jurídica. En este caso tanto la posible responsabilidad del partido político, puesto que a través de la reforma por LO 7/2102, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, se introdujo la responsabilidad de partidos políticos y sindicatos en el régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas, como también se aplicará este párrafo a la responsabilidad de la persona jurídica donante.

En cuanto al art. 304 ter se trata de un precepto muy indeterminado. En el primer párrafo se castiga la participación en estructuras u organizaciones de cualquier naturaleza cuya finalidad sea la financiación ilegal de partidos políticos. Debería acotarse qué se entiende por participar. El precepto eleva literalmente la participación a conducta de autoría sin ninguna restricción ¿qué entenderemos por participar? ¿A qué se refiere el precepto con estructuras u organizaciones? ¿Deben tener carácter estable? ¿Dará igual la relevancia de la participación? ¿Será indiferente que sea puntual o habitual?

Tampoco aclara el precepto si la finalidad de financiar ilegalmente a un partido político debe ser la única finalidad de la organización o puede tener más finalidades y además la de financiar ilegalmente a un partido. Entiendo que será más adecuada la primera opción, puesto que de esa manera se estará sancionando a aquellos que intervengan en empresas pantalla o falsas –caso Filesa- cuyo único propósito es conseguir financiación ilegal.

No queda claro tampoco la posible relación concursal entre ambos preceptos. Es decir cómo se resolverán los casos en los que el miembro del partido que recibe las donaciones ilegales participa también en una estructura con dicha finalidad. Por otro lado, para que la conducta del art. 304 bis sea delictiva deben sobrepasarse determinadas cantidades, mientras que no se exige esto en el 304 ter que sólo se exige la participación en una estructura que tenga por finalidad la consecución de donaciones ilegales.

Tampoco acabo de ver el fundamento por el que el art. 304 ter prevé una pena superior al 304 bis.

En el párrafo segundo se impone la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones y **en el párrafo tercero** se prevé otra agravación, pudiendo incluso llegarse a la pena superior en grado, cuando los hechos revistan especial gravedad. En este caso no resultará fácil averiguar cuándo estaremos ante hechos de especial gravedad porque no queda claro cuál es el fundamento del precepto. Probablemente dentro de los criterios posibles estará el de la mayor o menor relevancia de la organización: cantidad de personal, ámbito espacial de actuación, estabilidad de la organización, tiempo de funcionamiento, etc.

Como conclusión sobre estos preceptos se puede decir que adolecen de defectos tanto de carácter formal como de fondo. Creo que se han introducido sin tener una idea clara de lo que intenta proteger con ellos y de qué conductas se quieren evitar. Considero que es una reforma hecha sin la suficiente reflexión.

4. Propuesta personal de regulación penal

En otro trabajo, ya publicado, expliqué con detalle cuál era, a mi modo de ver, la mejor propuesta de regulación penal sobre la financiación ilegal de los partidos políticos[70]. Por ello, en este caso, me limitaré a dar las pautas generales que propongo.

a) Supuestos en los que se ve involucrada la Administración

El criterio rector de la legislación que se propone se basa en diferenciar los casos de financiación en los que se ve involucrada la Administración Pública de aquellos en los que no. En los supuestos en los que se ve involucrada la Administración pública, los tipos penales de cohecho y tráfico de influencias pueden ser adecuados para responder frente a algunos casos de financiación corrupta, entendida esta como aquella financiación de partidos políticos en la que el donante busca una contraprestación concreta. La inclusión de los partidos políticos como posibles personas jurídicas responsables penalmente, hace que en muchos de los supuestos de financiación corrupta puedan responder los partidos.

Se pueden destacar, no obstante, algunos problemas relativos a la aplicación de estos delitos. Así, cuando se trata del delito de cohecho nos encontramos con que cuando el partido es el mero receptor del beneficio, esto es, el destinatario de la

[70] OLAIZOLA NOGALES, La financiación ilegal de los partidos políticos, 2014, 197 ss.

donación, no se le puede responsabilizar penalmente por este delito, por lo que podrá responder el donante y el cargo público, pero no el cargo del partido ni el propio partido. En estos casos cabría la posibilidad de aplicar el delito de blanqueo de capitales, pero en mi opinión el delito de blanqueo no es suficiente para recoger todo el desvalor de la conducta. En la vida real el partido político no es un mero receptor de la dádiva, sino que desde las cúpulas de los partidos se deciden las listas electorales, de ellos dependen qué personas van a ocupar los cargos públicos. Cuando el cargo público solicita una comisión a una empresa a cambio de, por ejemplo, la adjudicación de un contrato público y dicha dádiva toda o en parte la ingresa en las cuentas del partido lo hace porque sabe que ello repercutirá a futuro en su carrera política, sabe que el partido "se lo agradecerá" a él y a la empresa que ha realizado la donación. A su vez, se produce un peligro para el correcto ejercicio de las funciones constitucionales que los partidos cumplen hacia los ciudadanos, el peligro de ser finalmente capturados por sus donantes. En mi opinión, este desvalor no queda recogido con la única aplicación del delito de blanqueo[71].

Tampoco se puede apreciar el delito de cohecho cuando se producen donaciones de "forraje" al partido político sin que se pueda demostrar que dicha donación llega a un cargo público, bien como cohecho de facilitación, o para una contraprestación concreta. Podrían ser supuestos de "financiación ventajista". Se trata de casos en los que no se produce la relación *quid pro quo*, que es básica en los delitos de cohecho y de tráfico de influencias. Son casos en los que las empresas van realizando donaciones al partido político –donaciones anónimas o que sobrepasan la cantidad legal permitida- con el fin de crear buen clima que permita a la empresa salir favorecida en un futuro. Estos casos, con algunos requisitos, podrán configurar un delito autónomo de financiación ilegal.

Cuando se trata del delito de tráfico de influencias el problema reside en que estos tipos no recogen la mera conducta de influir con prevalimiento, sino que esa influencia tiene que dirigirse a la consecución de una resolución injusta, por lo que aquellos casos en los que la influencia busque otra clase de actuación administrativa quedarán fuera de estos tipos penales.

Además, en los supuestos en los que se pueda aplicar el delito de tráfico de influencias nos encontramos con dificultades para hacer responder al donante, que en

[71] Desde luego el delito de blanqueo es un delito clave en los supuestos de financiación ilegal de partidos. No hay más que comprobar las investigaciones del caso Gürtel para ver la importancia del delito de blanqueo.

algunos casos sólo podrá responder como inductor y en otros no responderá. Así por ejemplo los supuestos en los que un cargo de un partido político solicita a una empresa una donación a cambio de interceder a su favor ante un cargo público[72].

En mi opinión, en los casos de financiación ilegal de partidos políticos en los que se ve involucrada la Administración, además de verse perturbado el correcto funcionamiento de la Administración pública, protegido en el Título XIX del CP, se pone en peligro el correcto ejercicio de la función constitucional de formación y manifestación de a voluntad popular, por ello abogo por añadir en los delitos de cohecho, de tráfico de influencias y de malversación cláusulas que agraven la pena y la eleven a su mitad superior[73]. Con la introducción de estas cláusulas en los delitos actualmente vigentes queda clara la tipicidad de la financiación ilegal, el carácter pluriofensivo de estas conductas y no habrá riesgo de que la tipificación autónoma lleve a una sanción penal inferior de estos supuestos.

Con esta propuesta quedan tipificadas las conductas de financiación ilegal más graves. Aquellas en las que se ve involucrada la Administración y que por tanto tienen un carácter pluriofensivo. En los supuestos de delitos de cohecho y de tráfico de influencias se trata de donaciones finalistas y constituyen por tanto supuestos de financiación corrupta.

b) Supuestos en los que no se ve involucrada la Administración

Para estos casos se propone un tipo penal específico de financiación ilegal de partidos políticos ubicado en el Título XXI entre los delitos contra la Constitución, puesto que se protege como bien jurídico protegido la función que ejercen los partidos

---

[72] Sobre estos problemas extensamente, OLAIZOLA NOGALES, La financiación ilegal de los partidos políticos, 2014, 142 ss.

[73] Ampliamente, OLAIZOLA NOGALES, La financiación ilegal de los partidos políticos, 2014, 197 ss. **Añadir en los arts. 419, 420, 421 y 422 –delitos de cohecho pasivo- las siguientes cláusulas**

"La pena se impondrá en su mitad superior cuando la dádiva, el regalo, o la retribución estén destinados total o parcialmente a favorecer a un partido político.

Con la misma pena será sancionado quien en nombre o por cuenta del partido reciba o acepte las ventajas a las que se refiere el apartado anterior".

Añadir en los arts. 429 y 430 –delitos de tráfico de influencias- las siguientes cláusulas

Art. 429: "La pena se impondrá en su mitad superior cuando el autor del delito sea un cargo de un partido político y busque con su conducta una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico al partido"

Art. 430: "La pena se impondrá en su mitad superior cuando la solicitud de la dádiva, del presente o de cualquier otra remuneración provenga de un cargo de un partido político y la dádiva, el presente o la remuneración tenga como destino total o parcialmente el partido político".

Añadir en los arts. 432 y 433 –delitos de malversación- la siguiente cláusula

"La pena se impondrá en su mitad superior cuando el destino de los caudales sustraídos sea un partido político. Con la misma pena responderá quien en nombre o por cuenta de un partido político reciba o acepte los caudales públicos sustraídos".

políticos hacia los ciudadanos, formando y representando la voluntad popular. Se trata de evitar las conductas que puedan suponer un peligro para este bien jurídico por acercar la posibilidad de un pacto corrupto, aunque dicho pacto no se llegue a producir efectivamente. La pena, que no he concretado deberá ser en todo caso inferior que las que sancionan los supuestos en los que se ve involucrada la Administración.

Sigo en parte las propuestas realizadas por NIETO MARTÍN Y POR MAROTO CALATAYUD[74], aunque con bastantes matices. La redacción concreta que se propone es:

1) "Será sancionado con…quien con el fin de ocultar su identidad, la cuantía de una donación o cualquier otro beneficio económico, de forma contraria a la regulación relativa a la financiación de partidos políticos y de manera reiterada (aquí cabría indicar el número de veces), a favor de una formación política:

a) fragmente la donación que efectúa o utilice una persona interpuesta

b) suministre datos falsos o incorrectos a la persona encargada legal o estatutariamente de llevar la contabilidad del partido político.

No se exigirá que la conducta sea reiterada, bastando con que se realice una única vez, cuando la cuantía de la donación supere de manera muy notable (aquí se puede dar una cantidad concreta de superación) la cantidad legal permitida.

2) Con la misma pena se sancionará a quien, en nombre o por cuenta del partido, solicite o acepte de forma reiterada (aquí se puede indicar el número de veces), de un mismo donante, donaciones que no cumplan la regulación relativa a la financiación de partidos políticos.

No se exigirá que la conducta sea reiterada, bastando con que se realice una única vez, cuando la donación solicitada o aceptada supere de manera muy notable (aquí se puede dar una cantidad concreta de superación) la cantidad legal permitida

3) Será sancionado con…el encargado legalmente de efectuar la contabilidad del partido político o cualquier otra documentación o comunicación que realice de forma reiterada (aquí cabría indicar el número de veces) anotaciones o comunicaciones incorrectas o fuera del plazo establecido, a favor de un mismo donante, con el fin de

[74] NETO MARTÍN, en: ARROYO/NIETO (coord.), Fraude y corrupción, 2006, 58, 128 ss.; MAROTO CALATAYUD, Corrupción y financiación de partidos políticos, 2012, 387 ss. (Tesis doctoral inédita). Ampliamente expongo y explico los matices a estas propuestas en: OLAIZOLA NOGALES, La financiación ilegal de los partidos políticos, 2014, 193 ss.

ocultar la existencia de una donación, su cuantía, la identidad del donante o cualquier otro beneficio económico, de forma contraria a la regulación relativa a la financiación de partidos políticos.

No se exigirá que la conducta sea reiterada, bastando con que se realice una única vez, cuando la donación supere de manera muy notable (aquí se puede dar una cantidad concreta de superación) la cantidad legal permitida.

4) Será sancionado con…el auditor de cuentas o cualquier otra persona encargada del control externo de la financiación o situación patrimonial del partido político que informe incorrectamente o silencie circunstancias relevantes con el fin de ocultar la existencia de una donación, su cuantía, la identidad de un donante o cualquier otro tipo de relación económica entre el partido y terceras personas.

En el primer párrafo se tipifican conductas de ocultamiento. El ocultamiento por sí solo puede constituir una infracción administrativa, pero la reiteración de estas conductas a favor de una misma formación política o la elevada cuantía de la donación suponen un mayor acercamiento del peligro de favorecimiento para dicho donante, en definitiva un mayor peligro de que la formación política se vea "atrapada" por dicho donante. Debe tenerse en cuenta que se elimina el *quid pro quo* que se exige, con carácter general en el delito de cohecho o en el tráfico de influencias, por ello, a cambio, se propone la inclusión del requisito de la reiteración o de la cuantía que acercan el peligro.

Propongo la introducción de un párrafo segundo en el que se sancione al miembro del partido que en nombre o por cuenta del partido acepte de forma reiterada las donaciones o cuando, aun siendo una única donación, esta sobrepase de manera muy importante el límite recogido en la Ley de financiación de partidos políticos.

Igual que en el supuesto anterior la lesividad penal de esta conducta provendrá de la reiteración o de la cuantía de la donación.

Debo advertir que a diferencia del primer párrafo, en el que se exigen conductas concretas de ocultamiento, esto es, no basta con que se efectúen, aunque sea reiteradamente, donaciones ilegales, en el segundo párrafo se sanciona la solicitud o la aceptación de la donación por el cargo del partido, sin que sean precisas conductas de ocultamiento. En mi opinión, ello es coherente con la mayor exigencia a los partidos (representados por sus cargos) que a los particulares donantes, porque son los primeros

los que tienen encomendadas directamente las funciones constitucionales de representación y manifestación de la voluntad popular. Por otra parte, el plus de lesividad que distingue a esta conducta, propuesta en el segundo párrafo, de la infracción administrativa correspondiente, radica en la exigencia de reiteración o en la cuantía.

En el tercer párrafo se tipifica una conducta de falsedad en la que el peligro proviene de nuevo de la reiteración de la conducta o de la cuantía de la donación. La falsedad tiene como finalidad las conductas de ocultamiento previstas en el primer párrafo. Probablemente estas conductas podrían constituir, en muchos casos, supuestos de participación de las conductas descritas en los párrafos primero y segundo, pero creo que no es incorrecta la tipificación expresa en un párrafo distinto por la importancia que tiene la tarea de los encargados del control interno del partido. Esta regulación expresa supone también incidir en la importancia que la transparencia tiene en este ámbito.

En el cuarto párrafo se incluye la sanción penal para el encargado del control externo que informa incorrectamente o silencie circunstancias relevantes. A diferencia de los casos anteriores, en este supuesto el autor es un sujeto ajeno a la formación política y goza por ello de una especial confianza por parte de las autoridades públicas de control, por ello no creo necesario introducir mayores requisitos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BAUTISTA PLAZA, DAVID: La función constitucional de los partidos políticos, Comares, Granada, 2006.

FLORES GIMÉNEZ, FERNANDO: Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control de la corrupción, en: NIETO/MAROTO (dirs.), Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, 179-192.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: Democracia, jueces y control de la Administración, 5ª, Civitas, Madrid, 2000.

GUTIÉRREZ RUBÍ, ANTONI: Combatir la corrupción, recuperar la política, en: Temas para el Debate 223 (2013), 46-48.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: Curso de Derecho Penal. Parte General I, Universitas, Madrid, 1996.

MALEM SEÑA, JORGE: La corrupción: aspectos éticos, económicos y jurídicos, Gedisa, Barcelona, 2002.

MAROTO CALATAYUD, MANUEL: Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político-criminal, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real-Toledo, 2012 (Tesis doctoral inédita dirigida por Adán Nieto Martín).

MARTÍNEZ COUSINOU: El control de la corrupción política. El fracaso de la reforma de la ley de financiación de partidos políticos en España, en: Documentos de trabajo Instituto de Estudios Sociales Avanzados Andalucía, Córdoba 3 (2007), 3-103.

MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal. Parte General, 9ª, Reppertor, Barcelona, 2011.

NAVARRO MÉNDEZ, JOSÉ IGNACIO: Partidos políticos y "democracia interna", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

NIETO MARTÍN, ADÁN: Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13), en: ARROYO/NIETO (coords.), Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, 117-138.

OLAIZOLA NOGALES, INÉS: El delito de cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

— La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

SANDOVAL, JUAN CARLOS: Aportación a una reflexión político criminal sobre la corrupción en la financiación de los partidos políticos, en: Revista General de Derecho 22 (2014), 1-49.

URQUIZA, JOSÉ MANUEL: Corrupción municipal. Por qué se produce y cómo evitarla, Almuzara, Córdoba, 2005.

VILLORIA MENDIETA, MANUEL: La corrupción política, Síntesis, Barcelona, 2006.

* * * * * *

Prof. Dra. María A. Trapero Barreales

Catedrática acred. de Derecho Penal, Univ. de León. Patrona de la FICP.

~La nueva regulación del art. 71.2 del Código Penal: o alternativas al cumplimiento de la pena de prisión inferior a tres meses~

Sumario[*].- I.- Introducción. II.- El sentido del término "sustitución" en el art. 71.2 CP. III.- El ámbito de aplicación del art. 71.2 CP. IV.- Las penas sustitutivas. V.- Consecuencias del incumplimiento de la pena sustitutiva. VI.- Supuestos no regulados en el art. 71.2 CP: ¿excluidos de la sustitución?

Resumen.- La reforma de 2015 ha dado una nueva redacción al art. 71.2 CP obviando el aspecto que hubiera sido más relevante: en qué límite temporal ha de fijarse la definición de la pena de prisión de muy corta duración. Pese a la regulación aparentemente clara, se presentan cuestiones sumamente controvertidas. Como si se ha querido o no excluir de la suspensión la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses resultado de la aplicación de las reglas de determinación de la pena. O el orden y criterios para la selección de las penas alternativas/sustitutivas. O el tratamiento del incumplimiento de la pena sustitutiva impuesta. O, finalmente, si conscientemente se ha pretendido limitar la institución de la sustitución a un único supuesto, el regulado de manera específica en el mentado art. 71.2 CP.

Palabras clave.- Sustitución, suspensión, prisión de corta duración, penas sustitutivas, incumplimiento

I. INTRODUCCIÓN

La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido importantes cambios en la institución de la sustitución de la pena de prisión. Los más relevantes se han traducido en dos ámbitos: el primero, con la modificación sustancial de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión de ciudadano extranjero, en el art. 89 CP; el segundo, con la derogación del art. 88, el antiguo precepto en el que se regulaba la sustitución de la pena de prisión no superior a un año o, excepcionalmente, a dos años. La derogación de este precepto trae causa de la reforma introducida en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 a 87 CP), en particular, porque en este ámbito se ha optado por la inclusión del supuesto de suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad/penas de prisión en los arts. 80.3, 84 y 85 CP.

En el Preámbulo de la citada LO 1/2015 encontramos argumentos para los cambios mencionados en primer lugar (en el punto IV). En la expulsión, la razón

[*] Este artículo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2013-47511-R (MINECO) y DER2016-76715-R (MINECO); en ambos proyectos el investigador principal es el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo. También se enmarca en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León, cuyo director es el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo. Ha sido publicado previamente en La Ley Penal, 126, 2017. Abreviaturas utilizadas: art./s.: artículo/s; BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial (citado por año y tomo); coord./s: coordinador/es; CF: Consejo Fiscal; CGPJ: Consejo General del Poder Judicial; CP: Código Penal; dir./s: director/es; FGE: Fiscalía General del Estado; JUR: Repertorio Jurisprudencia Base de datos de Aranzadi; LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LO: Ley Orgánica; LP: localización permanente; n.: nota; núm.: número; PG: parte general; RPS: responsabilidad personal subsidiaria; s., ss.: siguiente/s.; SAP: Sentencia Audiencia Provincial; TBC: trabajos en beneficio de la comunidad; v.: véase.

principal es la búsqueda de eficacia con el escrupuloso respeto de los derechos individuales. En la derogación de la sustitución regulada en el antiguo art. 88, la razón se vincula con el intento de lograr celeridad (y eficacia) en la fase inicial de ejecución de la pena[1].

Dejando aparte la regulación de la expulsión, con esta reforma se ha pretendido eliminar la autonomía de la sustitución de la pena de prisión. Tal intención explica los cambios producidos en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, desde la perspectiva que aquí interesa, como ya se ha indicado, introduciendo dos vías de aplicación de la suspensión-sustitución: la primera, a través de la denominada modalidad excepcional de suspensión, regulada en el art. 80.3 CP, la segunda, a través del régimen de suspensión-sustitución, regulado en los arts. 84 y 85 CP, aplicable a las restantes modalidades suspensivas: en la ordinaria (art. 80.2 CP), en la extraordinaria (art. 80.4 CP) y en la especial (art. 80.5 CP).

Pero la desaparición de la sustitución como alternativa autónoma a la ejecución de la pena de prisión no ha sido total, pues, al margen del régimen establecido en el art. 89 CP, para la expulsión como sustitutivo de la pena de prisión, se sigue previendo en el art. 71.2 CP la sustitución de la pena de prisión de muy corta duración, la inferior a 3 meses.

Y es que los cambios introducidos en los arts. 80 a 88 CP (este último derogado) en la reforma de 2015 ha tenido como efecto la necesaria reformulación del art. 71.2 CP: la antigua remisión al Capítulo regulador de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad (suspensión y sustitución) ha tenido que ser necesariamente modificada. La opción legislativa empleada en esta reforma ha sido el planteamiento de la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses por multa, o TBC, o LP.

Lejos de resultar una regulación clara y precisa, la previsión del art. 71.2 CP genera no pocas dudas desde su supuesta rotundidad sobre la decisión que ha de acordarse judicialmente, su ámbito o extensión aplicativa y el régimen aplicable en la

[1] En el Preámbulo LO 1/2015 se denuncia la manera como se está operando en la práctica como consecuencia de la existencia de dos formas sustitutivas de la ejecución de la pena de prisión: derivada de la autonomía regulativa se reconocen tres formas sustitutivas (en realidad habría más), a saber, la suspensión ordinaria, la suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y la sustitución. Esta circunstancia da lugar, en muchas ocasiones, a decisiones judiciales sucesivas sobre la ejecución o no de la pena impuesta, con sus consiguientes recursos, lo que retrasa considerablemente el comienzo de la fase inicial de la ejecución/no ejecución de la pena de prisión. La justificación ofrecida en este Preámbulo está referida a los cambios que se van a introducir en la redacción de los arts. 80 a 88 (este último con su derogación), no aluden a la previsión específica del art. 71.2 CP (ni la del antiguo ni la del actual).

sustitución. Porque la falta de regulación de este régimen en el art. 71.2 CP no puede ser subsanado recurriendo al Capítulo dedicado a las formas sustitutivas, sencillamente porque ya no existe un régimen general sobre la sustitución al que se pueda recurrir para salvar las posibles lagunas de la sucinta regulación del citado precepto.

El objetivo de este comentario es averiguar el sentido y alcance del art. 71.2 CP. Para ello será fundamental tener en cuenta su relación con la suspensión de la ejecución de la pena de prisión de los arts. 80 a 87 CP.

II. EL SENTIDO DEL TÉRMINO "SUSTITUCIÓN" EN EL ART. 71.2 CP

Como se acaba de indicar, el actual art. 71.2 CP ha sufrido un cambio que no resulta baladí.

En la antigua regulación, aunque con una redacción no exenta de dificultades interpretativas, se hacía una remisión al Capítulo relativo a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad para el caso de que el Juez o Tribunal impusiera una pena de prisión inferior a tres meses como consecuencia de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena. Y, como de una remisión normativa se trataba, esto significaba que era aplicable la regulación sobre las dos formas sustitutivas una vez acordada la no imposición/ejecución de la pena de prisión inferior a tres meses: la sustitución o la suspensión. Otra cosa es de qué manera se tenía que decidir en la elección entre ellas[2].

Pero la actual redacción del art. 71.2 CP es otra. En concreto, se dispone que la pena de prisión inferior a tres meses resultante de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena será en todo caso sustituida por multa, TBC o LP, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de LP.

Es decir, se ha optado por señalar cuál es la alternativa a la pena de prisión inferior a tres meses que resulta aplicable, la sustitución, descartando otras posibles opciones legislativas que se podrían haber formulado: por ejemplo, la remisión al

[2] Sobre la interpretación del antiguo art. 71.2, en particular sobre la relación entre suspensión y sustitución que se derivaba de este precepto (o, en su caso, de la regulación sobre la suspensión y la sustitución), v., entre otros, CERES MONTES, CDJ 2005-III, 319; GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, en: Gracia Martín (coord.), Tratado consecuencias jurídicas del delito, 2006, 298 s.; PUENTE SEGURA, Suspensión, 2009, 289 s.; MAGRO SERVET/SOLAZ SOLAZ, Manual práctico ejecución penal, 2ª, 2010, 120; GARCÍA ARÁN, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios CP. PG, 2011, 653, 723 s.; MAPELLI CAFFARENA, Consecuencias jurídicas del delito, 5ª, 2011, 143 s.

Capítulo regulador de las formas sustitutivas (concretamente, a las secciones primera y cuarta de este Capítulo, o a los arts. 80 a 87 y 94 a 94 bis), lo que no hubiera sido acertado, pues no hubiera resuelto el problema de fondo que justifica el art. 71.2 CP, esto es, buscar una alternativa al cumplimiento de la pena de prisión inferior a tres meses, o la previsión de dos alternativas a la ejecución de la pena de prisión: junto a la sustitución (de la forma como se ha regulado o con otro contenido) la suspensión (remitiendo a la sección primera del Capítulo III regulador de las formas sustitutivas)[3].

Comenzando por lo que dice, en lo sustancial pareciera que se ha mantenido el sentido del art. 71.2 CP desde que se introdujera por primera vez en el CP de 1995: se priorizan las razones y argumentos a favor de la no ejecución de la pena de prisión de muy corta duración, ahora la inferior a tres meses[4]. Para lograr este objetivo se sigue optando por la institución de la sustitución de la pena de prisión por una pena alternativa, ahora convertida en el único supuesto en el que tal forma sustitutiva tiene autonomía, con la excepción de la regulación de la expulsión.

Pero un análisis más detenido de este precepto nos lleva a vislumbrar dos interpretaciones posibles del mismo: una, continuista con la regulación anterior, la otra rupturista.

Desde la primera de las interpretaciones posibles se podría entender que el art. 71.2 CP tiene una finalidad inequívoca, que no es otra que impedir la ejecución de la

[3] Se prescinde de la valoración de si hubiera sido oportuno aprovechar la reforma de 2015 para modificar el sentido y/o alcance del art. 71.2 CP, bien porque para ampliar su ámbito aplicativo, bien para formular otro sistema de sustitutivos penales. Por ejemplo, el Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al sistema de sanciones*, 2012, 27, ha propuesto una nueva redacción del art. 71.2 CP: conectado con la introducción de una nueva pena en el sistema del CP, la pena de libertad vigilada, para la sustitución de una pena de prisión inferior a un año se plantea como pena sustitutiva la de libertad vigilada; la pena de prisión inferior a tres meses será sustituida por la pena de multa.

[4] Sobre las críticas a las penas de prisión de corta duración, v., para más detalles, GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, en: Gracia Martín (coord.), Tratado consecuencias jurídicas del delito, 2006, 293 ss., ofreciendo como definición de penas privativas de libertad de corta duración las inferiores a seis meses de cumplimiento continuado. Como es sabido, en la versión originaria del CP vigente se había utilizado este límite para establecer cuándo la pena de prisión no debería ser ejecutada en ningún caso (antiguo art. 71.2). En la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, esta previsión se modifica, estableciendo que la pena de prisión inferior a tres meses no será ejecutada. Para estos autores, esta rebaja en el límite de la pena de prisión ejecutable ha sido desacertada; MAPELLI CAFFARENA, Consecuencias jurídicas del delito, 5ª, 2011, 84 ss. Pero la tesis de que la pena de prisión de muy corta duración no ha de ejecutarse, porque no sirve para cumplir con los fines preventivos que se persiguen con ella, no es unánime; otra postura doctrinal sí aboga por la ejecución de la pena de prisión de muy corta duración, teniendo en cuenta que sí puede cumplir ciertos efectos preventivos, y no necesariamente va a generar los temidos efectos criminógenos. Sobre esta opinión, v., entre otros, CARDENAL MONTRAVETA, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.)/Gómez Martín (coord.), Nuevas tendencias en Política Criminal, 2006, 19 n. 6. DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 4ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 644 s., definiendo también como pena de prisión de corta duración la inferior a seis meses, recopila los argumentos a favor y en contra de la pena de prisión de (muy) corta duración.

pena de prisión inferior a tres meses resultante de la aplicación de las reglas de determinación de la pena previstas en el CP. Ahora bien, desde este planteamiento continuista, el principio que se deduciría de este precepto sería la prohibición del cumplimiento o ejecución de una pena de prisión inferior a tres meses, quedando abierta la cuestión de si procede la sustitución, tal como parece disponer literalmente el precepto que se comenta, o si procede la suspensión regulada en los arts. 80 a 87 CP.

En apoyo de esta tesis se podría alegar que del tenor literal del art. 71.2 CP solo cabe extraer un principio claro: en última instancia, la pena de prisión inferior a tres meses no debe ser ejecutada, por tal motivo procede su sustitución por otra pena diferente, incluida una privativa de libertad[5]. Desde esta perspectiva, la expresión "en todo caso" podría significar que, si no procede la suspensión porque no se cumplen los requisitos y condiciones establecidos en los arts. 80 a 87 CP, en tal caso habrá que recurrir a la sustitución[6].

[5] Como afirman CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, PG, 3ª, 2015, 284, el sentido del art. 71.2 CP es asegurar que el condenado a penas inferiores a tres meses nunca va a ingresar en prisión.

[6] Pese al tenor literal del actual art. 71.2 CP, la doctrina no descarta que, en la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses, el Juez o Tribunal aprecie el régimen de la suspensión, para los casos en los que concurran los requisitos legales para su concesión. V., en este sentido, entre otros, CARDENAL MONTRAVETA, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 326; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *PG*, 3ª, 2015, 284; TORRES ROSELL, en: Quintero Olivares (dir.), Reforma penal, 2015, 105. No comparte esta interpretación, entendiendo que el art. 71.2 CP se refiere a una única decisión que puede acordar el Juez, la sustitución, MARTÍNEZ GARCÍA, en: Gómez Tomillo (dir.), Comentarios CP I, 2015, 678; más claramente VEGAS AGUILAR/HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico 18 (2015), 242, criticando que no pueda aplicarse el régimen de la suspensión en las penas de prisión inferiores a tres meses, pues tal decisión legislativa es incongruente con el régimen de suspensión (donde se puede suspender la ejecución de penas que no superen el límite de los dos años); parece llegar a esta misma conclusión SANTANA VEGA, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 288. No se pronuncia BORJA JIMÉNEZ, en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), Reforma CP, 2ª, 2015, 286 s., limitándose a señalar que, debido a la derogación del art. 88 y a los cambios que se introducen en el precepto que ocuparía su lugar, el art. 84 CP, en el art. 71.2 CP no se puede hacer una remisión en bloque a la regulación de la sustitución, pero la institución continúa estableciendo los mismos parámetros. Parece que descartan la aplicación de la suspensión, MARTÍNEZ JIMÉNEZ, en: Roma Valdés (dir.), CP comentado, 2015, 144, porque en el art. 71.2 CP se establece la preceptiva sustitución; MANZANARES SAMANIEGO, Comentarios CP, 2016, 324 s.; QUINTERO OLIVARES, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios CP I, 7ª, 2016, 558, al comentar que, debido a los cambios operados en la reforma de 2015 en el régimen de sustitución, el legislador se ha visto forzado a fijar las posibilidades de sustitución en el propio art. 71.2 CP. Resulta poco clara la postura de SÁNCHEZ MELGAR, en: Sánchez Melgar (coord.), CP I, 4ª, 2016, 560, pues parece admitir la aplicación de la suspensión para las penas inferiores a tres meses de prisión, aunque la explicación es algo confusa, ya que inicialmente alude a la supresión del aserto referido a la suspensión para afirmar a continuación que, pese a este cambio, no hay obstáculo para que se aplique a la pena de localización permanente o a la de responsabilidad personal subsidiaria. Pero estas dos penas no son las que menciona el art. 71.2 CP, y, por otro lado, ambas están incluidas en el ámbito de la suspensión por tratarse de penas privativas de libertad. La cuestión que aquí nos interesa, si procede o no la suspensión de la pena inferior a tres meses resultante de la aplicación de las reglas de determinación de la pena, no tiene que ver con la posibilidad de suspender o no las penas de LP o de RPS.

Desde esta tesis se podría defender que entre la suspensión y la sustitución habría que plantearse en primer lugar la primera[7], porque además la reforma de 2015 ha querido eliminar la institución de la sustitución como forma autónoma alternativa a la ejecución de la pena de prisión; solo si la suspensión no resulta aplicable, porque no se cumple el presupuesto del art. 80.1 CP, y/o no se cumplen las condiciones establecidas para cada modalidad de suspensión, habrá que aplicar el art. 71.2 CP, porque en todo caso la pena de prisión inferior a tres meses no se debe ejecutar[8].

La tesis que se ha denominado continuista se puede encontrar ante un grave problema para que prospere, el tenor literal del art. 71.2 CP, en el que se prescinde claramente de la suspensión, desde luego en ningún momento se hace mención a la posibilidad de que se acuerde tal alternativa a la ejecución de la pena de prisión en lugar de la sustitución.

Pero también es posible plantear otra interpretación del art. 71.2 CP, que se ha denominado rupturista, y quizás es la que puede tener mayores visos de prosperar: en este precepto se ha regulado la cláusula general sobre la imposición de una pena alternativa a la pena de prisión inferior a tres meses, pena alternativa que resulta aplicable cuando se produzca la degradación de un delito grave o menos grave a delito leve como consecuencia de la apreciación de las reglas generales de determinación de la pena. La aplicación de estas reglas generales lleva al resultado de que resulta aplicable

[7] En la aplicación preferente de la suspensión quedaría descartada la imposición del régimen de suspensión-sustitución (desde luego si se piensa desde las legalmente denominadas prestaciones de multa o TBC), a salvo el que resulta de la posible aplicación del art. 80.3 CP (porque, acordada esta modalidad suspensiva, el régimen de suspensión-sustitución opera *ex lege*), pues no tendría sentido que se descartara la sustitución vía art. 71.2 CP y, a continuación, se acordara la suspensión con prestaciones o medidas del art. 84 CP, pues a fin de cuentas estas prestaciones son las penas sustitutivas del art.71.2 CP (al menos dos de ellas). La no aplicación del régimen de suspensión-sustitución (y se está pensando en las prestaciones de multa, TBC, que son las auténticas penas sustitutivas) se apoya en la forma como se entiende este régimen suspensivo: su apreciación se basa en razones de prevención especial, a favor de la suspensión -desde el presupuesto formulado en el art. 80.1 CP: no es necesario ejecutar la pena de prisión para evitar la reiteración delictiva-) y en razones de prevención general, a favor de la imposición de penas sustitutivas. Desde el momento en que se está ante una pena de prisión inferior a tres meses no parece que las eventuales razones de prevención general concurrentes sean de tal entidad como para que demanden el cumplimiento de una pena alternativa a la de prisión. En última instancia, porque si se aplica el régimen de suspensión-sustitución, por la vía del art. 84 CP se estarían imponiendo (en parte) las mismas penas sustitutivas previstas en el art. 71.2 CP, pero con reglas de cálculo diferentes. Para más detalles sobre esta interpretación, v. TRAPERO BARREALES, RDPC 16 (2017), en prensa.

[8] La previsión expresa del art. 71.2 CP impediría la otra alternativa que habría que aplicar en caso de que no se cumplan las condiciones y requisitos de la suspensión: desde el momento en que el art. 80.1 CP establece que la decisión sobre la suspensión o ejecución de la pena de prisión impuesta se basa en la necesidad o no de ejecutar dicha pena para evitar la reiteración delictiva, la denegación de la suspensión significa que la ejecución sí es necesaria, aun cuando se trate de una pena de prisión inferior a tres meses. Ante esta situación, solo la declaración del art. 71.2 CP puede evitar tal ejecución, procediendo a sustituir la pena de prisión inferior a tres meses por una de las tres penas sustitutivas.

una pena de prisión inferior a tres meses; como en el art. 33 CP, relativo a la clasificación de las penas en graves, menos graves o leves, se descarta la existencia de una pena de prisión inferior a tres meses[9], no habiendo por tanto una clasificación legal de la misma, es por ello que la pena de prisión no puede ser impuesta, ofreciendo el art. 71.2 CP la terna de penas alternativas aplicables en su lugar.

En apoyo de esta tesis rupturista se pueden alegar los siguientes argumentos. En primer lugar, literalmente el art. 71.2 CP se refiere a la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses, no a la ejecución de tal pena. Es decir, la finalidad del precepto es evitar que el Juez o Tribunal imponga una pena de prisión inferior a tres meses (no se trata de que decida si la pena que ha impuesto tiene que ser o no ejecutada)[10]; en su lugar, se ha de imponer una pena alternativa, enumerándose en el precepto las penas alternativas aplicables y la forma de calcular su duración temporal. En segundo lugar, el art. 71.1 CP ha eliminado la cláusula que impedía la degradación de un delito grave a menos grave, de un delito menos grave a falta, ahora a delito leve, como consecuencia de la aplicación de las reglas de determinación de la pena, cuando la pena resultante queda por debajo del mínimo establecido por la ley para el delito grave o menos grave. Con la actual redacción del art. 71.1 CP se está reconociendo que el delito grave puede convertirse en delito menos grave, y el delito menos grave puede convertirse en delito leve como consecuencia de la aplicación de las reglas de determinación de la pena[11]. Uniendo este apartado con el siguiente, esto significaría que

[9] Antes de la reforma de 2015, el antiguo art. 36.1 establecía la duración mínima y máxima (esta con excepciones) de la pena de prisión: de tres meses a veinte años. La reforma de 2015 ha modificado la redacción de este precepto, en lo que aquí interesa, se ha omitido la fijación de la duración mínima y máxima de la pena de prisión. ¿Acaso porque se pretende admitir que esta pena no tiene límite mínimo? (porque el límite máximo, en todo caso, se puede extraer del art. 70.3.1º CP). En el art. 33.3 a) CP sí se mantiene la clasificación de la pena de prisión como pena menos grave, cuando oscila entre tres meses a cinco años, no habiendo clasificación legal para la pena de prisión inferior a tres meses. Desde esta previsión sobre la clasificación de la pena de prisión se ha de descartar la hipótesis planteada, y tal conclusión se reafirma con lo dispuesto en el art. 71.2 CP.

[10] De hecho, en alguna sentencia recurrida en apelación se ha hecho esta lectura del art. 71.2 CP, en el sentido de que se reclama al Juez sentenciador que aplique lo dispuesto en este precepto cuando resulte la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses como consecuencia de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena, descartando que la aplicación de dicho precepto pueda posponerse a la fase de ejecución de la sentencia condenatoria. V., en este sentido, SAP Madrid núm. 273/2016, 17-5 (JUR 161337); SAP Madrid núm. 751/2016, 27-12 (JUR 2017/17434).

[11] Así lo ha admitido, entre otros, FARALDO CABANA, Delitos leves, 2016, 101 s., quien considera que la imposición de una pena leve con motivo de la reducción en un grado de una pena menos grave supone que la infracción es leve si tal rebaja de la pena es obligatoria para el Juez o Tribunal, pero si la rebaja es potestativa tal consecuencia no se debe producir, pues si así se defendiera también en este caso quedaría al arbitrio judicial la determinación de la naturaleza del delito y, consecuentemente, la elección del procedimiento a seguir para su enjuiciamiento. De otra opinión MARTÍNEZ JIMÉNEZ, en: Roma Valdés (dir.), CP comentado, 2015, 144, para quien la imposición de una pena por debajo de los límites mínimos fijados por la ley para el delito grave o menos grave no supone degradar su naturaleza. La supresión de la

un delito grave o menos grave castigado con pena de prisión puede acabar convertido en delito leve si la pena resultante de la aplicación de las reglas de determinación de la pena es prisión inferior a tres meses. Pero como tal pena no está reconocida en el CP, y porque no puede haber delitos leves castigados con pena de prisión (así se deduce claramente de lo dispuesto en los arts. 13.3 y 33.4 CP), es por ello que resulta obligada la imposición de una pena alternativa. Precisamente el sentido del art. 71.2 CP se ha de extraer de su relación o conexión con el art. 71.1 CP: en este apartado se establece expresamente que en la determinación de la pena inferior en grado se pueden sobrepasar los límites mínimos fijados legalmente para cada una de las penas en el art. 33 CP. Pero esta previsión tiene una excepción: no cabe sobrepasar el límite mínimo fijado para la pena de prisión, pues cuando se supere dicho límite mínimo procede la aplicación de una de las penas alternativas descritas en el precepto: o multa, o TBC o LP.

En definitiva, en el art. 71.2 CP no se está regulando un supuesto de sustitución de la pena de prisión, entendida en el sentido tradicional como sustitución de la ejecución de esta pena privativa de libertad; nos encontramos ante un precepto regulador de las penas principales alternativas a la pena de prisión que han de imponerse cuando, por aplicación de las reglas de determinación de la pena, la pena originaria de prisión no alcance el mínimo legal establecido en el art. 33.3 a) CP. Esta interpretación explicaría la regulación tan escueta del art. 71.2 CP, limitándose a mencionar cuales son las penas alternativas y la regla de cálculo, pero omitiendo cualquier referencia al tratamiento del incumplimiento de la pena alternativa. Porque para el incumplimiento de la pena alternativa habrá que recurrir a la regulación establecida para cada una de ellas: en el caso de incumplimiento de la multa, procede la responsabilidad personal subsidiaria (art. 53 CP); en el caso de la pena de TBC, o la pena de LP, se está ante un delito de quebrantamiento de condena (arts. 49.6ª último párrafo y 37.3 CP respectivamente).

Desde esta segunda interpretación nos encontramos con la imposición de penas alternativas que ocupan el lugar de la pena de prisión inferior a tres meses; la expresión legal en todo caso significa que, efectivamente, procede la imposición de la pena alternativa a la de prisión inferior a tres meses, cerrando el paso a la posibilidad de que se plantee la regulación sobre la suspensión prevista en los arts. 80 a 87 CP.

---

expresión "sin que ello suponga la degradación a falta" no tiene consecuencias, pues era una mención innecesaria.

Pero nos hemos de preguntar si con la nueva redacción del art. 71.2 CP se ha perseguido realmente esta finalidad. O, en todo caso, si tal conclusión resulta razonable.

Comenzando por la primera cuestión, de la actividad prelegislativa hasta llegar a la LO 1/2015 no se alcanza una respuesta absolutamente indubitada a la cuestión de si se quiere impedir la aplicación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad cuando la pena a imponer sea la de prisión inferior a tres meses resultante de la aplicación de las reglas de determinación de la pena[12]. La única conclusión inequívoca que se extrae de todo el proceso prelegislativo es el fin del precepto, esto es, se trata de impedir que se ejecute una pena de prisión de muy corta duración.

Por otro lado, tampoco parece razonable que se quiera excluir del ámbito de la suspensión a la pena de prisión inferior a tres meses resultante de la aplicación de las reglas de determinación de la pena. Porque si la finalidad última del art. 71.2 CP es impedir la ejecución de la pena de prisión inferior a tres meses, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad también tiene esta finalidad, evitar que una

[12] En el largo proceso prelegislativo se pueden diferenciar hasta tres Anteproyectos de LO (el de julio-2012, el de octubre-2012 y el de abril-2013) hasta llegar al Proyecto de LO presentado en el Congreso en octubre de 2013 (publicado en el BOCG el 4 de octubre de 2013) que, tras su tramitación parlamentaria, ha acabado convirtiéndose en la LO 1/2015. Desde el primer texto prelegislativo se ha planteado la reforma de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, básicamente modificando los arts. 80 a 87 y derogando el art. 88. Sin embargo, ni en el Anteproyecto-julio 2012 ni en el Anteproyecto-octubre 2012 se proponía cambio alguno para el art. 71.2, lo que significaba que para la pena de prisión inferior a tres meses se mantenía la aplicación de las dos formas sustitutivas, la suspensión y la sustitución. Obviamente, tal planteamiento era poco coherente desde el momento en que se pretendía eliminar la sustitución, con la derogación del art. 88. Así se ponía de relieve en el Informe CGPJ al Anteproyecto-octubre 2012, 57; y en el Informe CF al Anteproyecto-octubre 2012, 22, 61 s.; para resolver esta incoherencia, en el primero se proponía que se diera una nueva redacción al art. 71.2 para articular una fórmula de sustitución de las penas de prisión inferiores a tres meses, en el segundo se proponía la derogación del art. 71.2. Las observaciones elevadas en ambos informes parece que han sido atendidas en el Anteproyecto-abril 2013, pues en él ya se propone una nueva redacción del art. 71.2, que será la que se incorpore al Proyecto-octubre 2013 y la que finalmente ha acabado convirtiéndose en el vigente art. 71.2 CP. De este largo proceso prelegislativo se puede deducir inicialmente que del art. 71.2 CP se quiere eliminar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión inferior a tres meses, pues no hay ninguna referencia a tal forma sustitutiva; es más, de haberse querido mantener la aplicación de la suspensión tal decisión podía haberse adoptado de manera sencilla, con una simple adaptación del contenido del art. 71.2 CP a las dos formas sustitutivas: la sustitución, con la regulación que aparece en el texto, y la suspensión, a través de la remisión al Capítulo que la regula. Si no se ha optado por una redacción de este tenor es porque, efectivamente, se quiere eliminar la suspensión como forma sustitutiva de la pena de prisión inferior a tres meses. Pero también es posible hacer otra lectura de este proceso prelegislativo hasta llegar al vigente art. 71.2 CP: concretamente, la finalidad del art. 71.2 CP es resolver la situación fáctica de que la pena de prisión inferior a tres meses no se ha de ejecutar, y, dado que no siempre se podrá recurrir a la suspensión (pues su aplicación depende del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones) es imperativo que se dé una solución legal inequívoca que impida la ejecución de la pena de prisión inferior a tres meses: este es el sentido además de la fórmula "en todo caso" será sustituida por una de las penas alternativas mencionadas en el precepto. Desde esta perspectiva, en el art. 71.2 CP no se estaría formulando un sistema de alternativas a la pena de prisión que impida la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión cuando esta institución sea la que proceda.

pena de prisión sea ejecutada cuando no es necesaria para evitar la reiteración delictiva (finalidad proclamada expresamente en el actual art. 80.1 CP).

Porque, además, el régimen de suspensión no es necesariamente más gravoso en comparación con la sustitución, pues si bien el sujeto está sometido a un periodo de prueba, para la suspensión de la pena de prisión inferior a tres meses este plazo tendría que ser el que fija como máximo un año de duración (art. 81 CP)[13], en todo caso el periodo de prueba no tiene la carga aflictiva del cumplimiento efectivo de una pena. Ciertamente, la aplicación de la suspensión supone que el sujeto está sometido a un periodo de prueba y, además, puede resultar aplicable el régimen de reglas de conducta del art. 83 CP. Pero, en todo caso, desde el punto de vista del cumplimiento de la pena, en la suspensión no se produce tal efecto, lo que puede ser valorado como un "beneficio" para el sujeto (de hecho, la propia institución de la suspensión es planteada legalmente como un beneficio, art. 80.6 CP).

Ciertamente, de la redacción del actual art. 71.2 CP se podría deducir que la pena de prisión inferior a tres meses resultante de la aplicación de las reglas de determinación de la pena no puede ser suspendida, acordándose en su lugar la sustitución por una pena alternativa[14]. Pero una lectura como esta llevaría a las siguientes consecuencias: primera, inexplicablemente, la pena de prisión inferior a tres meses derivada de las reglas de determinación de la pena no sería susceptible de ser suspendida, sin que existiera una razón justificada para tal decisión legal, máxime si se tiene en cuenta que

[13] En el art. 81 CP se establecen varios plazos de suspensión, dependiendo de la pena que se suspende o de la modalidad aplicada. Desde la primera perspectiva se diferencia entre penas leves/penas privativas de libertad que no tengan esta consideración. La pena de prisión inferior a tres meses no es una pena leve, pues no aparece en el catálogo de penas leves del art. 33.4 CP. Pero tampoco puede ser una pena privativa de libertad que no tenga la consideración de pena leve, porque la duración mínima de la pena de prisión es de tres meses, y aquí estamos ante una pena de prisión de una duración menor, y porque el art. 71.2 CP pretende impedir que se imponga una pena de prisión inferior a tres meses (motivo por el que no aparece en el catálogo de penas). Desde estas dos consideraciones, fáctica o materialmente se puede calificar como pena leve a la de prisión inferior a tres meses, a efectos de poder aplicar el plazo de suspensión previsto para este tipo de penas si finalmente se admite que una pena con esta duración sí puede ser suspendida.

[14] Esta es, efectivamente, la lectura hecha en la práctica judicial, acordándose la aplicación de la sustitución en la forma como se regula en el art. 71.2 CP, descartándose, por tanto, la aplicación del régimen de suspensión. V., en este sentido, SAP Barcelona núm. 626/2015, 27-7 (JUR 231388); SAP Las Palmas núm. 162/2015, 17-9 (JUR 2016/4335); SAP Tarragona núm. 248/2015, 25-9 (JUR 265213); SAP Tarragona núm. 346/2015, 25-9 (JUR 265212); SAP Álava núm. 300/2015, 2-10 (JUR 298977); SAP Toledo núm. 123/2015, 8-10 (JUR 267580); SAP Almería núm. 34/2016, 20-1 (JUR 81851); SAP Madrid núm. 88/2016, 16-2 (JUR 74295); SAP Barcelona núm. 184/2016, 8-3 (JUR 99719), en la que de manera expresa se descarta la aplicación de la suspensión, acordando la sustitución, dada la imperatividad del art. 71.2 CP; SAP Tarragona núm. 122/2016, 30-3 (JUR 98738); SAP La Rioja núm. 44/2016, 25-4 (JUR 167895); SAP Madrid núm. 273/2016, 17-5 (JUR 161337); SAP Valencia núm. 700/2016, 7-11 (JUR 2017/12407); SAP Madrid núm. 751/2016, 27-12 (JUR 2017/17434).

la suspensión estaría eliminada, sí, pero solo para un supuesto muy concreto, cuando la pena de prisión inferior a tres meses deriva de la aplicación de reglas de determinación de la pena, pero no para otros supuestos en los que también puede llegarse a una pena de prisión inferior a tres meses (a los que se aludirá más adelante). Porque lo que no cabe deducir necesariamente es que si solo el supuesto regulado en el art. 71.2 CP da lugar a la sustitución, y en él se está eliminado también la suspensión, consecuentemente los demás supuestos en los que resulte la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses están excluidos de la sustitución y de la suspensión.

Segunda, si se acaba aceptando que en el art. 71.2 CP se están planteando las penas alternativas a la pena de prisión inferior a tres meses, eliminando la posibilidad de que se acuerde la suspensión, esta conclusión tendría el siguiente efecto. Ahora bien, entre las penas alternativas se ha incluido una pena privativa de libertad, la LP, o incluso dos penas privativas de libertad, si se acuerda la pena de multa y esta no es cumplida por el sujeto, procediéndose a decretar la RPS. Esto puede significar que se descarte la suspensión de la pena de prisión inferior a tres meses que resulte de la aplicación de las reglas de determinación de la pena, porque el art. 71.2 CP establece obligatoriamente su sustitución, pero impuesta la pena sustitutiva de LP, al ser esta privativa de libertad, se podría acordar su suspensión, cumpliéndose las condiciones y requisitos de los arts. 80 a 87 CP. Tal deducción literalmente es factible desde el momento en que la suspensión está referida a las penas privativas de libertad, sin hacer ninguna distinción ni aclaración. Y tampoco se ha establecido limitación alguna derivada del origen de la pena privativa de libertad, si es una pena originaria o es pena sustitutiva. De hecho, se ha establecido de manera expresa que una pena como la RPS, que materialmente actúa como una pena sustitutiva, sí es susceptible de ser suspendida[15].

[15] En la práctica, la forma de evitar la sucesión de decisiones judiciales sobre los sustitutivos penales, la primera sustituyendo la pena de prisión inferior a tres meses por LP, la segunda, una vez acordada esta pena sustitutiva, la suspensión de esta pena privativa de libertad, consiste en reducir al máximo la aplicación de la LP, optando por generalizar la aplicación de la pena sustitutiva de multa o de TBC (y se generalizará la imposición de la pena de multa si se cuenta con una elevada probabilidad de que va a ser cumplida, de que no se va a tener que acordar la RPS). De hecho, una de las finalidades de la reforma de 2015 ha sido la reducción a la mínima expresión la pena de LP como pena originaria, pues solo se ha utilizado en tres delitos leves (el motivo de su planteamiento como pena leve es para contar con una opción alternativa a la pena de TBC, descartada la pena de multa como alternativa por tratarse de delitos leves relacionados con el ámbito doméstico o familiar). ¿Significa esto que el criterio de selección entre las penas sustitutivas es el que evite la eventual aplicación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad? No parece que sea este un criterio correcto, pues la elección entre las penas

La única objeción es que no parece muy razonable que se impida la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses, porque así se ha establecido legalmente, optándose por la imposición de una pena sustitutiva, pero, a continuación, porque la pena sustitutiva acordada judicialmente puede ser privativa de libertad, ahora esta pena sustitutiva sí puede ser objeto de suspensión si se cumplen las condiciones legamente establecidas para ello. ¿Es razonable este efugio para llegar al resultado perseguido, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad?

Hasta ahora se han planteado dos posibles lecturas del art. 72.1 CP, una de ellas denominada continuista, pues permite seguir manteniendo la aplicación de las dos formas sustitutivas existentes en nuestra legislación (suspensión y sustitución), la otra denominada rupturista, pues supone abogar por la aplicación exclusivamente de la sustitución de la pena de prisión por una pena alternativa. Es momento de averiguar cuál de las dos posturas es la que resulta más ajustada al sentido de la reforma de 2015.

La respuesta a este interrogante pasa por conjugar las dos interpretaciones planteadas, desde las siguientes premisas. Por un lado, en la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no se ha incluido ninguna matización respecto de si resulta procedente o no la suspensión de la ejecución de la pena de prisión inferior a tres meses. La reforma de 2015 ha ido dirigida a flexibilizar este instituto, al tiempo que ha pretendido eliminar el régimen de la sustitución de la pena de prisión en aras de mayor celeridad en la tramitación de la primera fase del procedimiento relativo a la ejecución (o no) de la pena de prisión impuesta; en su lugar se ha propuesto una regulación de la suspensión en la que es posible apreciar el régimen de suspensión-sustitución. De la mencionada reforma, y de los principios que la han inspirado, se deduce que en ningún caso se ha pretendido impedir la suspensión de la ejecución de la pena de prisión inferior a tres meses. Si atendemos a la explicación ofrecida en el Preámbulo de la LO 1/2015, en ningún momento se encuentra una mínima alusión a esa hipotética decisión legal, un cambio que hubiera tenido una relevancia tal que hubiera merecido una aclaración o una mínima alusión o referencia. Precisamente la finalidad de la reforma no ha sido la eliminación del instituto de la suspensión, al contrario, la opción legislativa ha sido la de ampliar su ámbito aplicativo, hasta el punto de que la sustitución ha perdido prácticamente su autonomía (al margen del art. 89 CP) para pasar

sustitutivas tendría que estar orientado por otras pautas más adecuadas, como las referidas a los fines de la pena y la forma como las penas sustitutivas se adecuan a tales fines.

a formar parte del régimen de la suspensión-sustitución. Si este ha sido el resultado de los cambios operados en los arts. 80 a 87 CP, no puede ser que por la vía indirecta del art. 71.2 CP se haya querido recortar la aplicabilidad del instituto de la suspensión, aunque tal reducción afecte a un grupo muy reducido de casos: los afectados por el precepto acabado de citar.

En consecuencia, cuando concurran el presupuesto, condiciones y requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, esta será la aplicable aun en el supuesto de que se trate de una pena de prisión inferior a tres meses resultante de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena. Y como la pena de prisión inferior a tres meses que resulta de esta operación no puede ser calificada como pena menos grave, pues está por debajo del límite mínimo establecido por la ley para esta clase de pena (art. 33.3 a CP), en todo caso teóricamente tendría que ser calificada como pena leve, resultará aplicable el régimen de suspensión previsto para las penas leves/delitos leves.

Cuando la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad quede descartada, lo que sucederá cuando no se cumplan las condiciones y requisitos para ello enumerados en el art. 80 CP, procederá aplicar lo dispuesto en el art. 71.2 CP: en todo caso la pena de prisión inferior a tres meses resultante de la aplicación de las reglas de determinación de la pena será sustituida. Porque el precepto que nos ocupa regula las penas alternativas a la de prisión de muy corta duración cuando no procede su suspensión. El hecho de que se haya descartado la aplicación de la suspensión de la pena de prisión significa que tampoco respecto de la pena sustitutiva de LP podrá acordarse la forma suspensiva, porque las condiciones de los arts. 80 a 87 CP no se cumplirán en ningún caso, con independencia de la pena privativa de libertad que finalmente se imponga por el Juez o Tribunal.

Esta lectura del art. 71.2 CP, favorable a la aplicación de las dos formas sustitutivas, con preferencia de la suspensión sobre la sustitución, se encuentra con un inconveniente de tipo procesal. Porque la decisión en torno a la suspensión o no de la ejecución de la pena privativa de libertad no siempre se va a poder acordar en la sentencia condenatoria, pues tal decisión depende de que la sentencia alcance firmeza, y, como se reconoce en el propio art. 82 CP, la suspensión puede ser acordada en dos

fases procesales diferentes, en la sentencia condenatoria (firme)[16] o con posterioridad (en auto), mientras que la aplicación de lo dispuesto en el art. 71.2 CP sí ha de acordarse en la sentencia, porque el Juez o Magistrado ha de finalizar el procedimiento con la condena a una determinada pena, con una determinada duración temporal, la resultante de la constatación de que el sujeto ha cometido un determinado hecho delictivo y todas las circunstancias concurrentes. En la práctica esto puede significar que antes de que se valore la oportunidad o no de que se conceda la suspensión se ha tenido que proceder a la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses. Si efectivamente no se quiere cerrar el paso a la aplicación de la regulación de la suspensión a sujetos que van a ser condenados a pena de prisión inferior a tres meses será preciso arbitrar algún tipo de medida que no provoque este efecto.

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 71.2 CP

Explicado el significado del término "en todo caso", resulta oportuno que nos ocupemos del ámbito de aplicación de la sustitución derivado del art. 71.2 CP.

En primer lugar, su operatividad se limita a un determinado supuesto en el que va a ser impuesta una pena de prisión inferior a tres meses: cuando tal duración temporal de dicha pena resulte de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena previstas en los arts. 61 a 70 CP.

Dado que es factible que puedan ser aplicadas de manera acumulada varias reglas de determinación de la pena, el ámbito aplicativo del art. 71.2 CP puede alcanzar a delitos graves, conminados legalmente con una pena de prisión cuyo límite máximo supera los cinco años. Si bien resultará más frecuente que afecte a delitos menos graves, y, más concretamente, a delitos menos graves conminados legalmente con límites mínimos de tres meses o seis meses, en menor medida con un límite mínimo de un año de prisión[17].

[16] Ciertamente, para que se llegue a la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses, generalmente se estará ante hechos delictivos de poca gravedad, generalmente van a finalizar con sentencia condenatoria firme (claramente cuando hay conformidad del acusado y en el momento de dictar la sentencia condenatoria se renuncia a la presentación de recurso sobre la misma), por lo que en ese momento el Juez o Magistrado sí puede tomar una decisión entre las dos alternativas posibles, o la suspensión de la ejecución de la pena de prisión inferior a tres meses, porque se cumplen los requisitos y presupuestos regulados en los arts. 80 a 87 CP, o la sustitución de la pena de prisión por una pena alternativa de las mencionadas en el art. 71.2 CP.

[17] Salvo error u omisión, los delitos menos graves castigados con prisión cuyo límite mínimo es tres meses (o inferior) o seis meses son los siguientes: art. 152.1.3º, prisión de seis meses a dos años; art. 156 bis.2, en relación con órgano no principal, un año y seis meses a tres años menos un día o prisión nueve meses a un año y seis meses menos un día; art. 169.1º in fine, prisión seis meses a tres años; art. 169.2º,

prisión seis meses a dos años; art. 170.2, prisión seis meses a dos años; art. 171.2 in fine, prisión cuatro meses a dos años; art. 172 ter.1º segundo párrafo, prisión seis meses a dos años; art. 173.1, y párrafos segundo y tercero, prisión seis meses a dos años; art. 173.2, prisión seis meses a tres años; art. 175, prisión dos a cuatro años o prisión seis meses a dos años; art. 176, la pena del art. 175; art. 183 bis primer párrafo, prisión seis meses a dos años; art. 183 ter.2, prisión seis meses a dos años; art. 184.3, en relación con apartado 2, prisión seis meses a un año; art. 189.4, prisión seis meses a dos años; art. 195.3 primer inciso, prisión de seis a dieciocho meses; art. 195.3 segundo inciso, prisión de seis meses a cuatro años; art. 197 bis.1, prisión seis meses a dos años; art. 202.1, prisión de seis meses a dos años; art. 203.3, prisión de seis meses a tres años; art. 217, prisión de seis meses a un año; art. 218, prisión de seis meses a dos años; art. 219.1, prisión de seis meses a dos años; art. 220.1 y 2, prisión de seis meses a dos años; art. 220.5, prisión de seis meses a un año; art. 222, las penas del art. 220; arts. 223 y 224, prisión de seis meses a dos años; art. 224 bis.4 segundo párrafo, prisión de seis meses a dos años; art. 230, penas del art. 229 inferior en grado (por tanto, de tres a seis meses); art. 231.2, prisión seis meses a dos años; art. 232.2, prisión seis meses a un año; art. 234.1, prisión de seis meses a dieciocho meses; art. 249.1º, prisión de seis meses a tres años; art. 252.1, penas del art. 249; art. 253.1, penas del art. 249; art. 254.1 segundo inciso, prisión seis meses a dos años; art. 264.1, prisión de seis meses a tres años; art. 264 bis.1, prisión de seis meses a tres años; art. 270.4, prisión de seis meses a dos años; art. 270.5, prisión de seis meses a dos años; art. 270.6, prisión de seis meses a tres años; art. 274.2, prisión de seis meses a tres años; art. 274.3, prisión de seis meses a dos años; art. 275, mismas penas que art. anterior; art. 298.1, prisión de seis meses a dos años; art. 307 ter.1, prisión de seis meses a tres años; art. 307 ter.6, pena inferior en uno o dos grados a la anterior; art. 335.3, prisión de seis meses a dos años; art. 337.1, prisión tres meses y un día a un año; art. 337.2, prisión siete meses y dieciséis días a un año; art. 337.3, prisión de seis meses a dieciocho meses; art. 358 en relación con art. 357, prisión de seis meses a un año menos un día; art. 380, prisión de seis meses a dos años; art. 383, prisión de seis meses a un año; art. 385 ter, prisión de un mes y quince días a tres meses menos un día o prisión de tres a seis meses menos un día; art. 389 primer párrafo, prisión de seis meses a tres años; art. 394.1, prisión seis meses a tres años; art. 394.2, prisión de tres a seis meses menos un día; art. 395, prisión de seis meses a dos años; art. 396, prisión de tres a seis meses menos un día; art. 401, prisión de seis meses a tres años; art. 403.2, prisión de seis meses a dos años; art. 422, prisión de seis meses a un año; art. 425, prisión de seis meses a un año; art. 430, prisión de seis meses a un año; art. 468.2, prisión de seis meses a un año; art. 469, prisión de seis meses a cuatro años; art. 470.2, prisión de seis meses a cuatro años; art. 471 bis.1, prisión de seis meses a dos años; art. 471 bis.2, penas del apartado 1; art. 490.3, prisión de seis meses a dos años; art. 497.1, prisión de seis meses a un año; art. 505.1, prisión de seis meses a un año; art. 523, prisión de seis meses a seis años; art. 550.2 segundo inciso, prisión de seis meses a tres años; art. 557, prisión de seis meses a tres años; art. 564.1 segundo párrafo, prisión de seis meses a un año, art. 565, rebaja en un grado las penas de los arts. 563 y 564; art. 566.1 segundo párrafo, prisión de dos a cuatro años o prisión de seis meses a dos años; art. 570 ter.1 b), prisión de seis meses a dos años; art. 570 ter.1 c), prisión de tres meses a un año; art. 570 quater, penas inferiores en uno o dos grados a las previstas en los arts. 570 bis y ter; art. 594.1 y 2, prisión de seis meses a dos años; art. 600.1 y 2, prisión de seis meses a tres años; art. 601, prisión de seis meses a un año, art. 602, prisión de seis meses a tres años; art. 606.1, prisión de seis meses a tres años; art. 614, prisión de seis meses a dos años. Los delitos castigados con prisión y multa, y la primera su límite mínimo es tres o seis meses: art. 203.1, prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses; art. 204 en relación con art. 203.1, prisión nueve meses a un año y multa de ocho a diez meses; art. 270.1 y 2, prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses; art. 270.5, pena de los apartados anteriores; art. 273.1, 2 y 3, prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses; art. 277, prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses; art. 282, prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses; art. 283, prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses; art. 286.1 y 2, prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses; art. 286 bis.1 y 2, prisión de seis meses a cuatro años y multa de tanto al triple; art. 286 bis.3, prisión tres a seis meses menos un día y reducción de la multa al arbitrio judicial; art. 286 bis.4, mismas penas que apartados anteriores; art. 286 quater en relación con art. 286 bis.3, prisión de cuatro meses y quince días a seis meses menos un día y multa proporcional, que puede llegar a prisión de seis meses a nueve meses menos un día y multa proporcional; art. 301.1, prisión de seis meses a seis años y multa de tanto al triple; art. 301.2, mismas penas ¿párrafo uno?; art. 301.3, prisión de seis meses a dos años y multa de tanto al triple; art. 304 bis.2, prisión de seis meses a cuatro años y multa del triple al quíntuplo; art. 304 bis.4 mismas penas que apartado anterior; art. 305.6, pena inferior en uno o dos grados a las anteriores; art. 305 bis.2, pena inferior en grado; art. 307.5, pena inferior en uno o dos grados a las del apartado 1; art. 307 bis.2 (en relación con 307.5), pena inferior en uno o dos grados; art. 307 ter.6, pena inferior en uno o dos grados a la anterior; art. 308.7, pena inferior en uno o dos grados; art. 311.1, prisión de seis meses a seis años y

multa de seis a doce meses; art. 316, prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses; art. 317, prisión de tres meses a seis meses menos un día y multa de tres a seis meses menos un día; art. 321, prisión de seis meses a tres años y multa de doce a veinticuatro meses; art. 322.1 y 2, prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses; art. 325.1, prisión de seis meses a dos años y multa de diez a catorce meses; art. 329.1 y 2, prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a veinticuatro meses; art. 331, penas inferiores en grado a las previstas en los arts. 325 a 330; art. 345.3 en relación con apartado 1, prisión de seis meses a un año menos un día y multa de tres a seis meses menos un día; art. 348.1 y 2, prisión de seis meses a tres años y multa de doce a veinticuatro meses; art. 349, prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses; art. 350, prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses; art. 354.1, prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses; art. 356, prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses; art. 358, penas de los arts. 352 a 356 inferior en grado; art. 359, prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses; art. 361, prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses; art. 362.1 y 2, prisión de seis meses a cuatro años y multa de seis a dieciocho meses; art. 362 bis, prisión de seis meses a cuatro años y multa de seis a dieciocho meses; art. 362 ter, prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses; art. 362 quinquies.1, prisión de seis meses a dos años y multa de seis a dieciocho meses; art. 367 en relación con arts. 359-364, penas inferiores en grado; art. 368 segundo párrafo, prisión de un año y seis meses a tres años menos un día y multa proporcional o prisión de seis meses a un año menos un día y multa proporcional; art. 376 en relación con arts. 361 a 372, penas inferiores en uno o dos grados; art. 392.1 y 2, prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses; art. 392.2 segundo inciso, prisión seis meses a un año y multa de tres a seis meses; art. 393, pena inferior en grado a las de los arts. 390-392; art. 428, prisión de seis meses a dos años y multa de tanto al duplo; art. 429, prisión de seis meses a dos años y multa de tanto al duplo; art. 434, pena inferior en uno o dos grados a las de los arts. 432-433 bis; art. 439, prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses; art. 456.1 primer párrafo, prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses; art. 458.1, prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses; art. 458.3, mismas penas que art. 458.1; art. 461.1, mismas penas que arts. 458-460; art. 461.2, penas arts. 458-460 en su mitad superior; art. 462 segundo inciso, penas arts. 458-460 inferiores en grado; art. 465.1, prisión de seis meses a dos años y multa de siete a doce meses; art. 470.1, prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses; art. 471 bis.3, prisión de seis meses a dos años y multa de siete a doce meses; art. 507, prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses; art. 508.1, prisión de seis meses a un año y multa de tres a ocho meses; art. 510.2, prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses; art. 511.1 y 2, prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses; art 311.4, las penas de los apartados 1 a 3; art. 514.2, prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses, y posible pena inferior en un grado; art. 514.5, prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses; art. 577.3, prisión de seis a dieciocho meses y multa de seis a doce meses. Delitos castigados con penas de prisión multa, y la primera con un límite mínimo de tres o seis meses: art. 146, prisión de tres meses a cinco meses o multa de seis a diez meses; art. 147.1, prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses; art. 152.1.1º, prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses; art. 154, prisión tres meses a un año o multa seis a veinticuatro meses; art. 158, prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses; art. 171.1, prisión tres meses a un año o multa seis a veinticuatro meses; art. 171.1 in fine, prisión siete meses y quince días a un año o multa de quince a veinticuatro meses; art. 172.1, prisión seis meses a tres años o multa doce a veinticuatro meses; art, 172 bis.1 y 2, prisión seis meses a tres años y seis meses o multa doce a veinticuatro meses; art. 172 ter.1, prisión tres meses a dos años o multa seis a veinticuatro meses; art. 184.1, prisión tres a cinco meses o multa seis a diez meses; art. 184.2, prisión cinco a siete meses o multa diez a catorce meses; art. 184.3, en relación con apartado 1, prisión cinco a siete meses o multa diez a catorce meses; arts. 185 y 186, prisión seis meses a un año o multa doce a veinticuatro meses; art. 189.5, prisión tres meses a un año o multa seis meses a dos años; art. 189.6, prisión tres meses a seis meses o multa seis a doce meses; art. 197.7, prisión tres meses a un año o multa de seis a doce meses; art. 197 bis.2, prisión tres meses a dos años o multa tres a doce meses; art. 197 ter, prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses; art. 206 primer inciso, prisión seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses; art. 214 en relación con art. 206 primer inciso, prisión de tres meses a seis meses menos un día o multa de seis a doce meses menos un día; art. 225, prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses; art. 226.1, prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses; art. 227, prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses; art. 258.1 y 2, prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses; art. 258 bis, prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses; art. 259.3, prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses; art. 260.1, prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses; art. 264 ter, prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses; art. 284.1, prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses;

Siguiendo con el tenor literal del art. 71.2 CP, el precepto se refiere a la imposición de una pena de prisión, en singular.

Pareciera que nos encontramos ante el supuesto del sujeto que comete un hecho delictivo y que es condenado por ello a una única pena de prisión inferior a tres meses. O, a lo sumo, cabría plantearse la hipótesis de que el sujeto haya cometido varios hechos delictivos, pero solo uno de ellos está sancionado con pena de prisión, resultando que va imponerse esta pena por debajo del límite de tres meses.

---

art. 289, prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses; arts. 291 y 292, prisión de seis meses a tres años o multa de tanto al triple; art. 294, prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses; art. 305.3 segundo párrafo, prisión de tres meses a un año o multa de tanto al triple; art. 305.6, pena inferior en uno o dos grados a la anterior; art. 305 bis.2, aplicación art. 305.3 segundo párrafo y 305.6; art. 306 segundo párrafo, prisión de tres meses a un año o multa de tanto al triple; art. 311 bis, prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses; art. 314, prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses; art. 315.1, prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses; art. 318 bis.1, prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses; art. 318 bis.2, prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses; art. 318 bis.6, pena inferior en grado a las previstas en apartados anteriores; art. 323.1, prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses; art. 326.2, prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses; art. 331 en relación con art. 326.2, prisión de un mes y quince días a tres meses menos un día o multa de tres a seis meses menos un día; art. 331 en relación con art. 327-326.2, prisión de seis meses a un año o multa de nueve meses a dieciocho meses; art. 332.1 y segundo párrafo, prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses; art. 332.3, prisión de tres meses a un año o multa de cuatro a ocho meses; art. 333, prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses; art. 334.1, prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, art. 334.3, prisión de tres meses a un año o multa de cuatro a ocho meses; art. 336, prisión cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses; art. 386.3, prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses; art. 389 segundo párrafo, prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses; art. 414.1, prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses; art. 416, penas arts. 414 y 415 inferiores en grado; art. 463.1, prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses; art. 463.2, prisión de cuatro meses y quince días a seis meses o multa de quince a veinticuatro meses; art. 463.3, prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses; art. 494, prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses; art. 502.1, prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses; art. 502.2, prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses; art. 503, prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses; art. 514.4 segundo inciso, prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses; art. 524, prisión seis meses a un año o multa doce a veinticuatro meses; art. 526, prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses; art. 556.1, prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses; art. 557 ter.1, prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses; art. 557 ter.2, prisión de seis meses y un día a nueve meses o multa de doce meses y un día a dieciocho meses; art. 558, prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses; art. 559, prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses; art. 561, prisión de tres meses y un día a un año o multa de tres a dieciocho meses. Delitos castigados con prisión o TBC y la primera tiene un límite mínimo de tres o seis meses: art. 153.1, prisión seis meses a un año, o trabajos de treinta y uno a ochenta días; art. 153.2, prisión de tres meses a un año o trabajos de treinta y uno a ochenta días; art. 153.3, penas anteriores en su mitad superior; art. 153.4, penas apartados anteriores inferiores en grado; art. 171.4, prisión seis meses a un año o trabajos treinta y uno a ochenta días; art. 171.5, prisión tres meses a un año o trabajos treinta y uno a ochenta días; art. 171.5.2º, penas apartados 4 y 5 en su mitad superior; art. 171.6, penas apartados 4 y 5 inferiores en grado; art. 172.2, prisión seis meses a un año o trabajos treinta y uno a ochenta días; art. 172.2 segundo párrafo, penas en su mitad superior; art. 172.2.3º, penas inferiores en grado. Delitos castigados con prisión o multa o TBC y la primera tiene un límite mínimo de tres o seis meses: art. 379, prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses o trabajos de treinta y uno a noventa días; art. 384, prisión de tres a seis meses o multa de doce a veinticuatro meses o trabajos de treinta y uno a noventa días; art. 385, prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses y trabajos de diez a cuarenta días.

Pero ¿significa entonces que nos encontramos ante la imposición de una única pena de prisión? Porque pueden plantearse como hipótesis tres supuestos diferentes: primero, cuando al sujeto solo se le va a imponer una pena de prisión inferior a tres meses (aunque haya cometido varios hechos delictivos solo uno de ellos se castiga con aquella pena); segundo, si bien no será frecuente, cuando al sujeto se le van a imponer varias penas de prisión, pero sumadas todas ellas no se supera el límite de los tres meses; tercero, cuando al sujeto se le van a imponer varias penas de prisión, cada una de ellas individualmente no superan el límite de tres meses. Las hipótesis segunda y tercera se plantean desde la consideración de que todos los hechos delictivos cometidos por el sujeto van a ser juzgados en el mismo procedimiento, pero tal circunstancia perfectamente podría haber variado. Esto es, cada hecho delictivo podría haber sido enjuiciado en un procedimiento diferente (lo que hubiera supuesto indiscutiblemente la aplicación del art. 71.2 CP en cada supuesto, si previamente se ha descartado la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad).

Tanto en la hipótesis primera como en la segunda no hay ningún inconveniente para que proceda la aplicación de la sustitución prevista en el precepto que nos ocupa. También en el caso de que se condene a varias penas de prisión, sumadas todas ellas no se supera el límite de tres meses, pues tal supuesto está claramente en la órbita operativa del precepto en cuestión. En este caso se podría plantear la duda, totalmente secundaria, de si procede la sustitución de cada una de las penas de prisión individualmente considerada o si se lleva a cabo este procedimiento sobre la suma total. Porque cada pena ha de mantener su individualidad, ya que tendrá consecuencias en el cumplimiento de las penas sustitutivas, parece conveniente que se proceda a aplicar la sustitución de cada una de las penas de prisión inferiores a tres meses impuestas en la sentencia condenatoria. Porque no se debe olvidar que se está ante una fase posterior a la individualización judicial de la pena, cuando, tras la aplicación de las reglas generales previstas en los arts. 61 a 70 CP, resulta que procedería la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses, teniendo que acodar su sustitución por una de las penas alternativas mencionadas en el art. 71.2 CP.

En la tercera hipótesis la cuestión puede resultar más controvertida, desde el momento en que el sujeto es condenado a varias penas de prisión, con dos opciones posibles, bien todas las penas impuestas son inferiores a tres meses, pero sumadas se

superaría este límite, bien una o varias penas son inferiores a tres meses, el resto de las penas de prisión impuestas superan cada una de ellas el citado límite temporal.

Ante un supuesto de este tipo, ¿procede atender a cada pena de prisión que individualmente va a ser impuesta para valorar la aplicación del art. 71.2 CP?[18]

En la respuesta al interrogante formulado varios son los aspectos que han de ser atendidos.

Con carácter previo, no es posible encontrar un argumento sistemático reparando en la forma como se afronta esta misma cuestión en el ámbito de la suspensión. Porque aquí sí hay previsión expresa sobre la posibilidad de que se atienda a la suma de todas las penas privativas de libertad impuestas para comprobar si la condición referida al límite temporal se cumple (art. 80.2.2ª CP), pero, a la inversa, también hay previsión expresa del supuesto en el que se atiende a cada pena de prisión de manera individualizada para comprobar el cumplimiento o no de tal condición (art. 80.3 CP). Y entre una u otra modalidad suspensiva, se regula una tercera modalidad, la especial en el art. 80.5 CP, en la que no se aclara de qué manera ha de actuarse cuando el sujeto es condenado a varias penas privativas de libertad, cada una de ellas no supera el límite de 5 años, pero sí se supera tal límite si se suman todas ellas.

Por un lado, la finalidad del art. 71.2 CP parece clara: se trata de evitar que el sujeto cumpla una pena inferior a tres meses cuando esta resulta de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena. Esto no sucede en la hipótesis que nos ocupa, no al menos en el caso de que el sujeto sea condenado a varias penas de prisión e, individualmente, alguna de ellas supera aquel límite, pues esta o estas sí se tendrán que cumplir (ya que de entrada también se ha descartado la suspensión). La aplicación del art. 71.2 CP en este supuesto significaría que se evitaría el cumplimiento de una o varias penas de prisión, las inferiores a tres meses, pero no el cumplimiento del resto. Desde esta perspectiva, porque el primero de los objetivos no se alcanza, se podría concluir que en esta hipótesis no parece oportuno proceder a la sustitución de la/s pena/s de prisión inferiores a tres meses. Porque, por otro lado, bien podría suceder que la operatividad del art. 71.2 CP quedara anulada si el sujeto es condenado a varias penas

[18] V., en este sentido, SÁNCHEZ MELGAR, en: Sánchez Melgar (coord.), CP I, 4ª, 2016, 559 s., quien inicialmente advierte del fundamento de esta previsión, evitar el cumplimiento de penas de prisión inferior a tres meses. Desde esta tesis, cabría entender que, en caso de multiplicidad de condenas, una de ellas es inferior a tres meses, en este caso no tendría sentido aplicar lo dispuesto en el art. 71.2 CP, pues la sustitución no va a servir para alcanzar aquel objetivo. Pero el tenor literal del art. 71.2 CP es claro, por tanto, la pena inferior a tres meses deberá ser sustituida.

de prisión, alguna de ellas inferior/es a tres meses, y resultara aplicable el límite relativo al cumplimiento sucesivo de las penas previsto en el art. 76 CP[19].

Como contrapeso a la conclusión alcanzada cabrían formular las siguientes objeciones. Literalmente el precepto se refiere al caso de sustitución cuando, por aplicación de las reglas generales de determinación de la pena, *proceda imponer una pena* inferior a tres meses. Es decir, estamos en la fase de determinación de la pena, cuando el Juez o Tribunal acuerda la imposición de la pena que procede por la comisión del delito por el que el sujeto ha sido juzgado y condenado; no se trata de valorar si la pena impuesta debe ser ejecutada o sustituida. Al margen de las reglas concursales que implican un sistema de absorción agravada (concurso ideal, si no se castiga cada infracción por separado, delito continuado) y exasperación (delito continuado, concurso medial), cuando el sujeto es juzgado y condenado por varios delitos, la determinación de la pena es una operación que se realiza sobre cada delito de manera individualizada, llegando a la imposición de la pena concreta que corresponde a cada una de las infracciones. Es en esta fase donde opera la previsión del art. 71.2 CP: si tras la aplicación de las reglas de determinación de la pena, el Juez o Tribunal ha de imponer una pena de prisión inferior a tres meses, tal imposición queda descartada, pues en su lugar ha de acordar la sustitución de esta pena por una de las tres alternativas mencionadas en el citado precepto. Desde esta perspectiva, la aplicación del art. 71.2 CP habrá de plantearse desde el punto de vista de cada una de las penas de prisión individualmente consideradas, para el caso de que en la misma sentencia el Juez o Tribunal imponga varias penas de esta clase.

Este argumento tendría cierto apoyo de tipo procedimental, pues, evidentemente, esa hubiera sido la decisión judicial si el sujeto hubiera sido juzgado y condenado en distintos procedimientos, resolviéndose en cada uno de ellos un único hecho delictivo.

El art. 71.2 CP ha de ser puesto en relación con cada una de las penas de prisión individualmente consideradas si este precepto se quiere interpretar como una especie de cláusula general de las penas alternativas a la de prisión inferior a tres meses.

Aún nos quedaría un supuesto problemático que dilucidar: ¿resulta aplicable el art. 71.2 CP cuando el delito está castigado con penas de prisión y multa cuando esta

[19] Por ejemplo, el sujeto condenado a cuatro penas de prisión, tres de ellas con una duración de un año, la cuarta con una duración de dos meses; la aplicación del art. 76 CP supone que el sujeto cumplirá solo tres años de prisión, extinguiéndose la cuarta pena, sea la de prisión de dos meses, sea una pena sustitutiva.

acaba en RPS? Porque, de la aplicación de las reglas de determinación de la pena y de la regulación sobre la RPS, puede resultar una pena de prisión inferior a tres meses y una pena de multa que, convertida en RPS, suponga también la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses[20].

Nominalmente, en este caso problemático nos encontramos ante dos penas privativas de libertad diferentes, tal como se deduce de lo dispuesto en el art. 35 CP: prisión, por un lado, RPS, por otro lado. Y el art. 71.2 CP está referido exclusivamente a la sustitución de la pena de prisión, no a otras penas privativas de libertad. Atendiendo a lo expuesto hasta ahora, si el delito está sancionado con pena cumulativa, la eventual aplicación de este precepto se limitaría a la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses. A mayor abundamiento, el art. 71.2 CP tiene un ámbito aplicativo muy específico: va referido a la pena de prisión inferior a tres meses y cuando esta pena con el citado límite temporal surja como consecuencia de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena. En este caso la RPS sería otra pena privativa de libertad, aunque materialmente su cumplimiento no es ni más ni menos que prisión (o, en su caso, LP), y surgida no como consecuencia de la aplicación de las reglas de determinación de la pena (al menos no de manera directa), sino del impago de una pena de multa originariamente acordada.

Aunando ambas consideraciones se tendría que llegar a la conclusión de que ante la eventual condena a prisión inferior a tres meses y multa que, si no se paga, acabará en RPS, y esta puede convertirse también en una pena de prisión inferior a tres meses, la primera se sustituirá, pues literalmente encaja en el ámbito aplicativo del art. 71.2 CP, la segunda sin embargo se ejecutará. Es esta, sin embargo, una conclusión poco satisfactoria, pues la pena de prisión que acaba cumpliéndose es la consecuencia del impago de la pena de multa originariamente impuesta. Más adelante se tratará con más

[20] Como ejemplos pueden plantearse los siguientes: los delitos contra la propiedad intelectual e industrial de los arts. 270.1, 2 y 5 y 273 CP, castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses. Si el Juez o Tribunal decide bajar la pena en dos grados, aplicando las reglas previstas en los arts. 61 a 70 CP, la pena de prisión estaría por debajo de tres meses (de un mes y quince días a tres meses menos un día) y la pena de multa oscilaría entre tres a seis meses menos un día. Tras la individualización judicial podría quedar una pena de prisión inferior a tres meses, por ejemplo, dos meses, y la pena de multa podría fijarse en cuatro meses, que se convertiría en dos meses de RPS si el sujeto resultara insolvente, por tanto, dos meses de prisión. O, en delitos castigados con multa proporcional, en el delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP, castigado con prisión de seis meses a seis años y multa de tanto al triplo del valor de los bienes. Si se decide rebajar la pena en dos grados, aplicando las reglas previstas en los arts. 60 a 70 CP, la pena de prisión estaría por debajo de tres meses, y se tendría que rebajar la multa proporcional de manera análoga. Para la multa proporcional, si el sujeto resulta insolvente, habrá que aplicar lo previsto en el art. 53.2 CP, pudiendo resultar una RPS por debajo de tres meses.

detenimiento los otros supuestos literalmente excluidos del art. 71.2 CP y allí se volverá sobre el problema de si cabe o no la sustitución de la RPS.

IV. LAS PENAS SUSTITUTIVAS

Como penas sustitutivas se prevén de manera alternativa las tres siguientes, por este orden: multa, TBC o LP.

Cabría preguntarse si, efectivamente, ha de ser elegida una de estas tres penas alternativas, descartándose la posibilidad de que se apliquen conjuntamente varias de ellas. Esta duda puede ser resuelta fácilmente, atendiendo a la mínima duración de la pena de prisión que se sustituye, pues no parece que sea necesario ni razonable en este caso el recurso a la aplicación de varias penas alternativas de manera conjunta. Porque, a mayor abundamiento, la duración de las penas sustitutivas es mínima, inferior también a tres meses, excepto la pena de multa, por tanto, no se alcanzan holgadamente los límites temporales máximos de cada una de ellas, algo que hubiera justificado la posible aplicación acumulada de varias penas alternativas/sustitutivas. Por otro lado, la elección de una sola de las penas alternativas tiene como refrendo que esta es también prácticamente la única opción legal en aquellos delitos del Libro II CP conminados con pena de prisión o una o varias penas alternativas[21].

El orden en el que aparecen las penas sustitutivas en el precepto que se comenta es multa, TBC, LP. No hay ninguna regla o pauta para la selección entre una de las penas sustitutivas. Tampoco ha de entenderse que este orden de aparición es el que ha de ser el que tenga en cuenta el Juez o Tribunal a la hora de imponer una de las penas sustitutivas, quedando en último lugar la de LP, por tratarse también de una pena privativa de libertad.

[21] En los delitos castigados con penas alternativas la regla general es que se haya planteado la opción entre prisión o multa. Pero, de manera ocasional, se ha planteado como alternativa a la pena de prisión la de TBC (en los delitos de violencia doméstica y de género, por ejemplo, arts. 153.1 y 2 y 171.4 y 5 CP), porque en estos casos la multa queda excluida como pena alternativa ante la eventual posibilidad de que exista entre autor y víctima una relación económica que dificulte su cumplimiento si el primero es condenado a pena de multa). Menos frecuente aún es que se haya planteado como penas alternativas a la de prisión las de multa o TBC. Salvo error u omisión, tal supuesto solo se encuentra en determinados delitos contra la seguridad vial (arts. 379 y 384 CP). Solo aparece un delito en el que se han establecido como alternativa a la pena de prisión dos penas aplicadas conjuntamente: en el art. 385 CP, castigado con prisión o multa y TBC. En el Libro II CP no se encuentra ningún delito que incluya entre las penas alternativas a la de prisión la de LP. Como se comentará más adelante, de la regulación sobre las penas alternativas a la de prisión del Libro II CP se han de poder extraer pautas orientativas para la interpretación de la previsión contenida en el art. 71.2 CP.

Ahora bien, pese a lo acabado de señalar, sí se cuentan con algunos criterios a la hora de establecer la elección de la pena sustitutiva.

En primer lugar, en relación con la pena de LP, efectivamente esta ha de ser la última de las elegibles.

Desde la reforma de 2015, esta pena tiene una presencia totalmente residual como pena originaria. Tal decisión aparece justificada en el Preámbulo de la LO 1/2015 de la siguiente manera: para infracciones o delitos leves se recurre a la pena de multa porque "se estiman más adecuadas para sancionar infracciones de escasa entidad". Concretamente, aquella aparece en tres delitos relacionados con la violencia doméstica o familiar (arts. 171.7 segundo párrafo, 172.3 segundo párrafo y 173.4 CP), y su presencia obedece a que tiene que plantearse alguna pena alternativa a la de TBC, pues en este tipo de delitos la pena de multa, la otra posible pena alternativa a esta, se ha descartado en previsión de que puedan existir obligaciones económicas a cargo del autor que podrían llegar a ser incumplidas si fuera condenado a pena de multa (en la selección de penas alternativas en estos delitos ya se ha tenido en cuenta lo dispuesto en el art. 84.2 CP, precepto del que se ha de deducir el principio general en torno a las penas aplicables en los delitos de violencia de género y doméstica o familiar).

Obviamente, de esta regulación "especial" para los delitos relacionados con violencia de género y violencia doméstica se ha de deducir el criterio orientador para la aplicación de las penas alternativas en el art. 71.2 CP: cuando la pena de prisión inferior a tres meses resulte de la condena de uno de estos delitos la multa estará descartada si entre autor y víctima existe una relación económica. En consecuencia, las penas alternativas en estos delitos serán TBC o LP.

De lo acabado de comentar cabe deducir que el recurso a la LP como pena sustitutiva a través del art. 71.2 CP será, en principio, muy limitado, resultando más frecuente la aplicación de alguna de las otras dos penas sustitutivas. No será el argumento de que se trata de una pena privativa de libertad el que se haya de esgrimir para rechazar su eventual selección, tal como se ha alegado en alguna resolución judicial[22], pues el objetivo del art. 71.2 CP es evitar el cumplimiento de una pena de

[22] En la SAP Las Palmas núm. 162/2015, 17-9 (JUR 2016/4335), se descarta la aplicación de la pena sustitutiva de LP por tratarse de una pena privativa de libertad, y sería, por tanto, una pena más perjudicial para el sujeto que la sustitutiva de multa o de TBC; el mismo argumento se utiliza en la SAP Madrid núm. 273/2016, 17-5 (JUR 161337).

prisión de muy corta duración, y la pena de LP, aunque privativa de libertad, tiene un régimen de cumplimiento muy diferente al de la pena de prisión[23].

Atendiendo a lo dicho hasta ahora, las penas sustitutivas más habituales serán multa o TBC. Para la imposición de esta segunda, en todo caso, es necesario que concurra el consentimiento del penado, tal como dispone el art. 49 CP. Pero, al margen de esta circunstancia, ¿puede encontrarse algún criterio que permita deducir qué pena sustitutiva procede en cada caso? La regulación sobre penas alternativas que puede deducirse del Libro II CP, ¿puede servir de criterio orientativo? Porque se puede comprobar que algunos delitos están castigados con pena de prisión, otros delitos se castigan con prisión y multa, otros delitos se castigan con prisión o multa y otros delitos, los menos, se castigan con prisión o TBC, o con prisión o multa o TBC (y uno con prisión o multa y TBC).

Si se pretende extraer alguna conclusión sobre la utilización de la multa o los TBC como penas originarias[24] para ser trasladada al tema que nos ocupa, en este caso la pena sustitutiva estrella sería la multa. Porque en el Libro II CP pocas veces se utiliza a la pena de TBC como originaria y alternativa a la pena de prisión: aparece en determinados delitos de violencia de género y violencia doméstica (como alternativa a la pena de multa, como derivación del principio que se deduce del art. 84.2 CP) y en algunos delitos contra la seguridad vial.

Ahora bien, de este hecho no debe extraerse como tesis que la pena de TBC debe tener una presencia tan limitada como pena alternativa vía art. 71.2 CP. Porque, *a priori*, se ha de plantear como alternativa, al mismo nivel que la de multa, en todos aquellos delitos que están sancionados legalmente con pena única de prisión (o prisión y una pena acumulativa que no sea multa). Es más, dadas las particularidades de la pena de TBC, porque a través de ella sí se pueden lograr fines de prevención general y especial, porque puede consistir en la reparación del daño o en apoyo o asistencia a las víctimas, o en la participación en determinados programas formativos, de este contenido

[23] Solo si la pena de LP finalmente acaba cumpliéndose en un centro penitenciario resultaría razonable el criterio de elección apuntado en las resoluciones judiciales señaladas en la nota anterior. Pero tal posibilidad, de momento, está descartada, pues la previsión contenida en el art. 37.1 segundo párrafo CP en este momento no tiene operatividad (el supuesto que permitía el cumplimiento de la pena de LP en un centro penitenciario, la reiteración de varias faltas de hurto, antiguo art. 623.1, ha desaparecido en la reforma de 2015).

[24] Obviamente, en esta exposición se prescinde de una cuestión previa, la de valorar si el legislador ha seleccionado de manera adecuada la pena o penas con las que se conminan las diferentes infracciones penales, en particular cuando se trata de establecer las penas alternativas a la de prisión, o la selección de infracciones conminadas con penas cumulativas de prisión y multa.

puede deducirse su ámbito aplicativo cuando resulte impuesta la pena a través del art. 71.2 CP (si se cuenta con el consentimiento del penado).

Las dudas sobre las penas sustitutivas aplicables a través del art. 71.2 CP se van a centrar sobre todo en aquellos delitos castigados con pena de prisión y otra pena cumulativa, que siempre será la multa, o en aquellos delitos castigados con pena de prisión o una pena alternativa, generalmente será la de multa, en muy pocos casos la de TBC (delitos de violencia de género y violencia doméstica o familiar) y en menos casos aún será multa o TBC (dos delitos contra la seguridad vial) o multa y TBC (un delito contra la seguridad vial). Porque, si no se plantea ningún tipo de limitación, o criterio orientativo, puede resultar que, si el delito está castigado con prisión y multa, a través del art. 71.2 CP se acabe imponiendo dos penas de multa, o si el delito está castigado con prisión o multa, decidido que ha de proceder la imposición de la primera, el Juez puede acabar imponiendo la multa, ahora como sustitutiva, porque ha de aplicar lo dispuesto en el art. 71.2 CP. Y lo mismo va a suceder con los delitos castigados con penas alternativas originarias de prisión o TBC, o prisión o multa o TBC, cuando decidido que ha de imponerse la primera, porque se aplica lo dispuesto en el art. 71.2 CP se acaba acordando TBC (en violencia género o doméstica) o multa o TBC, las mismas que aparecían como penas originarias[25].

[25] Ha de tenerse en cuenta, además, que la duración de la pena alternativa finalmente aplicada puede ser diferente dependiendo de cuál haya sido la elección del Juez o Tribunal: si ha elegido la pena alternativa establecida originariamente para el delito cometido (a la que habrá que aplicar la reducción de la pena que corresponda por la aplicación de las reglas de determinación de la pena) o la resultante de la aplicación del art. 71.2 CP y las reglas de conversión que aparecen en este precepto. Esto sucede claramente cuando la alternativa es la pena de TBC. Por ejemplo: en un delito como el tipificado en el art. 153.2 CP, castigado con prisión de tres meses a un año o TBC de treinta y uno a ochenta días; para que proceda la posible aplicación del art. 71.2 CP ha de plantearse una regla de determinación de la pena que suponga la rebaja, al menos en un grado: en prisión sería un mes y quince días a tres meses menos un día, en TBC quince a treinta días. Si el Juez opta por la pena alternativa de TBC, esta pena tendría una duración, como se acaba de señalar, entre quince a treinta días. Pero si el Juez opta por la imposición de la pena de prisión, con la rebaja de pena se ha de aplicar lo dispuesto en el art. 71.2 CP: si se elige como pena sustitutiva la de TBC, aplicando las reglas de conversión resultaría una pena con una duración entre un mes y quince días a tres meses menos un día. Con la pena de multa no siempre se producirá ese efecto, pues ello depende de si los marcos penales mínimos establecidos para la pena de prisión y para la pena de multa se corresponden exactamente con la regla de conversión de la mitad o el doble. Así, el efecto señalado no se produce en el caso del delito tipificado en el art. 146 CP, castigado con prisión de tres a cinco meses o con multa de seis a diez meses, o en el delito tipificado en el art. 189.5 CP, castigado con prisión de tres meses a un año o con multa de seis a veinticuatro meses; si a cualquiera de ellos se le aplica la regla de determinación de la pena que suponga la rebaja en grado, la pena resultante sería prisión de un mes y quince días a tres meses menos un día o multa de tres a seis meses menos un día. Si el Juez opta por aplicar la pena alternativa de multa, esta tendría una duración entre tres a seis meses menos un día. Si el Juez opta por la pena de prisión y, tras la rebaja de pena, aplica lo dispuesto en el art. 71.2 CP, con las reglas de conversión resultaría que una pena de prisión entre un mes y quince días a tres meses menos un día se convertiría en una pena de multa de tres meses a seis meses menos dos días. Pero en otros casos aquel efecto sí se produce, porque en la conminación penal el límite mínimo de la pena de

En la práctica judicial el hecho de que el delito originariamente pueda estar castigado con una pena única de prisión o con penas alternativas o con penas cumulativas no es un elemento a tener en cuenta a la hora de interpretar la aplicación del régimen de penas sustitutivas del art. 71.2 CP. De hecho, es frecuente que la pena sustitutiva aplicada sea la de multa, descartándose la de TBC porque en ese momento no consta si el sujeto consentiría o no en su imposición[26].

---

prisión no es exactamente la mitad del límite mínimo de la pena de multa. Por ejemplo, en el delito tipificado en el art. 318 bis.2 CP, castigado con prisión de tres meses a un año o multa de tres meses a doce meses; si en este caso concurre una regla de determinación de la pena que suponga la rebaja en grado resultará una pena de prisión de un mes y quince días a tres meses menos un día o una multa de un mes y quince días a tres meses menos un día. Si el Juez elige como pena alternativa la de multa, tendrá un marco penal con este mínimo y máximo (un mes y quince días a tres meses menos un día). Pero si el Juez elige la pena de prisión, tras la aplicación del art. 71.2 CP resultará una pena de multa de tres meses a seis meses menos dos días.

[26] Para delitos castigados con pena única de prisión, véase la SAP Las Palmas núm. 162/2015, 17-9 (JUR 2016/4335): se condena por delito de atentado a agente de la autoridad del art. 550.2 CP concurriendo una eximente incompleta y una agravante a la pena de prisión de dos meses y quince días; planteado el art. 71.2 CP, la pena se sustituye por multa de cinco meses; SAP Madrid núm. 88/2016, 16-2 (JUR 74295): se condena por delito de lesiones del art. 147.1 CP con una atenuante muy cualificada a dos meses y diez días de prisión; planteado el art. 71.2 CP, la pena se sustituye por multa, si bien la cuantía final se deja en ochenta días por ser esta la petición (indebidamente) realizada por el Ministerio Fiscal; SAP Barcelona núm. 184/2016, 8-3 (JUR 99719): se condena por tentativa de hurto del art. 234.1 CP a la pena de prisión de dos meses; aplicado el art. 71.2 CP, la pena se sustituye por multa de cuatro meses; SAP Tarragona núm. 122/2016, 30-3 (JUR 98738): se condena por delito de quebrantamiento de condena del art. 468.1 CP con una atenuante muy cualificada a una pena de prisión de un mes y quince días; planteado el art. 71.2 CP, la pena se sustituye por tres meses de multa; SAP La Rioja núm. 44/2016, 25-4 (JUR 167895): se condena por tentativa de robo del art. 240 concurriendo una eximente incompleta a la pena de dos meses; planteado el art. 71.2 CP la pena se sustituye por cuatro meses de multa; SAP Madrid núm. 273/2016, 17-5 (JUR 161337): se condena por delito de lesiones con una atenuante muy cualificada a dos meses y diez días de prisión; planteado el art. 71.2 CP, se sustituye por cuatro meses y veinte días. Para delitos castigados con penas cumulativas, prisión y multa, véase la SAP Madrid núm. 751/2016, 27-12 (JUR 2017/17434): se condena por delito de falsedad documental del art. 392 CP con una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a las penas de prisión de dos meses y dos meses de multa; planteado el art. 71.2 CP, procede la sustitución de la pena de prisión por la de multa, que se convierte en cuatro meses. Para delitos castigados con penas alternativas, prisión o multa, véase la SAP Barcelona núm. 626/2015, 27-7 (JUR 231388): se condena por delito de impago de pensión alimenticia del art. 227.1 CP con una atenuante muy cualificada a la pena de prisión de un mes y quince días; aplicado el art. 71.2 CP, la pena se sustituye por multa de tres meses; la SAP Tarragona núm. 348/2015, 25-9 (JUR 265213) y SAP Tarragona núm. 346/2015, 25-9 (JUR 256212): en ambas se condena por delito de resistencia a la autoridad del art. 556.1 CP concurriendo una eximente incompleta a la pena de prisión de un mes y quince días; aplicado el art. 71.2 CP, la pena se sustituye por tres meses de multa; la SAP Álava núm. 300/2015, 2-10 (JUR 298977): se condena por delito de resistencia a la autoridad del art. 556.1 CP concurriendo una eximente incompleta de intoxicación a la pena de prisión de un mes y catorce días; aplicado el art. 71.2 CP, la pena se sustituye por multa, si bien en este caso se declina en el juez sentenciador la elección de la pena sustitutiva; SAP Toledo núm. 123/2015, 8-10 (JUR 267580): se condena por un delito de resistencia a la autoridad del art. 556.1 CP concurriendo una eximente incompleta y una atenuante a la pena de prisión de dos meses; aplicado el art. 71.2 CP, la pena se sustituye por cuatro meses de multa; SAP Almería núm. 34/2016, 20-1 (JUR 81851): se condena por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis CP a la pena de dos meses de prisión; aplicado el art. 71.2 CP, la pena se sustituye por cuatro meses de multa. Sí se ha encontrado alguna sentencia en la que, en un delito castigado con penas alternativas prisión o multa, la pena sustitutiva impuesta ha sido la de TBC: en la SAP Valencia núm. 700/2016, 7-11 (JUR 2017/12407): se condena por un delito de lesiones imprudente del art. 152.1.1º CP con una atenuante muy cualificada a la pena de prisión de un mes y quince días; aplicado el art. 71.2 CP se impone un mes y quince días de TBC.

Si en la elección entre las penas alternativas nos podemos encontrar con un elemento "externo" que condiciona la elegibilidad, en el caso del TBC el consentimiento del penado, puede haber otro elemento "externo" que condicione a otra de las penas alternativas: la capacidad económica del penado en el caso de la multa. Precisamente el hecho de que en ocasiones falte información mínima sobre esta circunstancia nos ha de llevar a calificar de poco razonable la práctica judicial a favor de la aplicación de la multa como pena sustitutiva (salvo que conste, efectivamente, que el penado no presta su consentimiento para la realización de TBC), pues eso significa que como cuota diaria se imponga la cifra mínima o una cifra muy próxima a ella (dos o tres euros)[27], resultando un montante total muy pequeño, del que no se puede deducir un mínimo efecto preventivo. El hecho de que nos encontremos ante infracciones penales de escasa entidad, atendida la pena concreta que va a ser acordada, no es un factor que haya de influir en la fijación de la cuantía, pues en el art. 50.4 y 5 CP en ningún momento se matiza que el criterio de cálculo de la cuantía de la pena de multa haya de estar modulado por la clase de infracción penal cometida (si esta es menos grave o leve)[28].

Que la práctica judicial revele que la pena sustitutiva habitual sea la multa, con cuotas diarias de pequeñas cantidades, con un posible mínimo o nulo efecto preventivo, pone de relieve un hecho que, en ocasiones, puede provocar resultados preocupantes: el número de penas alternativas/sustitutivas mencionadas en el art. 71.2 CP puede resultar demasiado reducido, hasta el punto de que en ocasiones la sustitución quede sin efecto. Porque en algunos casos la pena de multa está descartada, bien por el tipo de delito cometido, bien porque el sujeto no tiene capacidad económica para hacer frente a la misma (lo que no será probable si se fija la cuota diaria mínima, pero no se puede

[27] En las sentencias consultadas es frecuente que se fijen cuantías muy reducidas: así, se fija una cuota diaria de 2 euros en la SAP La Rioja núm. 44/2016, 25-4 (JUR 167895). Se fija una cuota diaria de tres euros en la SAP Barcelona núm. 626/2015, 27-7 (JUR 231388); SAP Tarragona núm. 348/2015, 25-9 (JUR 265213); SAP Tarragona núm. 346/2015, 25-9 (JUR 265212); SAP Barcelona núm. 184/2016, 8-3 (JUR 99719); SAP Madrid núm. 273/2016, 17-5 (JUR 161337). La cuota diaria se establece en cuatro euros en la SAP Toledo núm. 123/2015, 8-10 (JUR 267580); SAP Madrid núm. 751/2016, 27-12 (JUR 2017/17434). La cuota diaria se fija en seis euros en la SAP Las Palmas núm. 162/2015, 17-9 (JUR 2016/4335); SAP Almería núm. 34/2016, 20-1 (JUR 81851); SAP Tarragona núm. 122/2016, 30-3 (JUR 98738). Se impone una cuota diaria de ocho euros en la SAP Madrid núm. 88/2016, 16-2 (JUR 74295).

[28] Como señalan, por todos, MAPELLI CAFFARENA, *Consecuencias jurídicas del delito*, 5ª, 2011, 222; y GRACIA MARTÍN, en: GRACIA MARTÍN (coord.), *Consecuencias jurídicas del delito*, 5ª, 2016, 93, 95 s., es en el cálculo del número de cuotas donde se refleja la gravedad del hecho cometido y el grado de culpabilidad del sujeto, pues en esta primera fase se aplican las reglas generales de determinación de la pena. En la segunda fase, la fijación de la cuantía de la cuota, ya no tiene nada que ver con la gravedad del hecho o con la culpabilidad del sujeto, solo se tiene en cuenta su capacidad económica.

descartar); en estos casos ha de optarse por una de las dos penas que quedan: la de TBC, si hay consentimiento, o la de LP, de aplicación excepcional, tal como se deduce de la reforma de 2015. Si el consentimiento del penado falta, solo queda la pena de LP, una pena que se considera menos adecuada que la multa para castigar hechos de escasa entidad (si atendemos a la justificación ofrecida en el Preámbulo LO 1/2015 para explicar la práctica desaparición de la LP como pena originaria en infracciones leves). Esto significará que, aun cuando teóricamente se puede elegir entre tres penas sustitutivas, en la práctica solo habrá una pena aplicable. Y, dado que la pena de LP parece que va a resultar de aplicación excepcional, la pena a la que habitualmente se recurrirá será la multa, con lo que ello supone: la posibilidad de que se aplique la RPS si esta no se paga. En definitiva, el régimen pensado para evitar el cumplimiento de la pena de prisión inferior a tres meses puede conducirnos a la imposición de una pena privativa de libertad, que no es otra cosa que ¿prisión?[29]

El art. 71.2 CP prevé una regulación muy sucinta sobre la sustitución de la pena de prisión[30]. En concreto, se han regulado las concretas penas sustitutivas seleccionables y las reglas de conversión: un día de prisión equivale a dos cuotas de multa o a un día de TBC o un día de LP. En el caso de las dos últimas penas sustitutivas, se trata de las mismas reglas de conversión planteadas para la RPS en el art. 53, aquí para convertir la pena originaria de multa impagada. Y son las mismas reglas de conversión que aparecen mencionadas para las legalmente denominadas prestaciones o medidas de multa y TBC en el art. 84 CP (aunque aquí tales reglas de conversión se aplican sobre un porcentaje de la pena que va a ser suspendida).

[29] Veremos más adelante si en este caso la RPS que procede imponer por el incumplimiento de la pena de multa como sustitutiva de la pena de prisión ha de consistir o no en el cumplimiento de una pena de prisión. En este caso el problema puede que no sea tanto, o no solo, el reducido catálogo de penas alternativas aplicables a la pena de prisión inferior a tres meses; también ha de tenerse en mente la posibilidad de que una de las penas sustitutivas, la multa, acabe convertida en RPS. Y, en tal caso, el problema estaría en la forma como se va a cumplir la RPS, a través de una pena de prisión. Sobre este tema, el Grupo de Estudios de Política Criminal había propuesto en el año 2005 un cambio en la regulación de la RPS para el caso de impago de la pena de multa: se propone que la RPS consista en el ofrecimiento de la posibilidad de que se sustituya la multa impagada por TBC o, en caso de imposibilidad de cumplimiento de esta, por otro sustitutivo de gravedad semejante. Si el condenado rechazara o incumpliere la pena sustitutiva, en tal caso se impondrá una pena de arresto de fin de semana o de prisión de entre uno a treinta días. La finalidad de la propuesta es clara: se plantea una propuesta en la que la pena de TBC se convierte en obligatoria (v. Grupo de Estudios de Política Criminal, *Propuesta alternativa al sistema de penas*, 2005, 54 s.).

[30] SANTANA VEGA, Art. 71.2, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), Comentarios CP, 2015, 288, se pregunta si resultan aplicables las reglas de conducta del art. 83 CP, descartando finalmente tal aplicación, porque supone un régimen más restrictivo de derechos y no hay previsión legal en este sentido.

V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA PENA SUSTITUTIVA

Nada se ha previsto sobre esta cuestión en el art. 71.2 CP. Ante este silencio legal cabe preguntarse qué consecuencias han de derivarse cuando el sujeto no cumple la pena sustitutiva impuesta: ¿no habrá ninguna consecuencia?; ¿se podrá anular la primera sustitución para acordar una nueva, con otra pena sustitutiva?; ¿procederá la revocación de la sustitución?; ¿procederá plantear el régimen que corresponda sobre el incumplimiento de la pena? Esto es, para la pena de multa impagada, RPS, para las penas de TBC o LP, el delito de quebrantamiento de condena.

Eliminada la primera de las opciones planteadas, pues se está ante la imposición de una pena que ha de ser necesariamente cumplida por el sujeto, con consecuencias negativas para el caso de que esto no suceda, desde la finalidad que se deduce del art. 71.2 CP, la pena de prisión inferior a tres meses no debe ser ejecutada, en caso de incumplimiento de la pena sustitutiva deba quedar descartada la opción de revocar la sustitución[31] para, a continuación, acordar la ejecución de la pena de prisión, descontando en su caso los eventuales cumplimientos parciales de la pena sustitutiva. Esta conclusión puede ser apoyada en la falta de previsión de este efecto en caso de incumplimiento en el art. 71.2 CP, con el argumento histórico, pues este era el efecto que se producía en la derogada regulación de la sustitución (en el apartado 2º del derogado art. 88), y con el argumento sistemático, pues en la suspensión y en la sustitución de la pena de prisión por su expulsión sí se han previsto de manera específica los efectos que se derivan en caso de incumplimiento de las condiciones de la suspensión y la expulsión respectivamente (arts. 86.1 y 89.7 CP).

Queda por explorar las dos posibilidades. La primera, la posibilidad de anular la pena sustitutiva acordada inicialmente para, a continuación, imponer otra de las penas sustitutivas descritas en el art. 71.2 CP, en apoyo de esta vía se podría atender a la previsión expresa sobre la modificación o sustitución de condiciones en el ámbito de la suspensión. Concretamente, en este instituto se han previsto dos supuestos de modificación o sustitución: por un lado, en el art. 85 CP, extensible a las legalmente denominadas prestaciones o medidas, en realidad, cuando se trata de multa o TBC, de

[31] CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, PG, 3ª, 2015, 278, 284, presentan al art. 71.2 CP como una modalidad de suspensión; por este motivo, para el caso de incumplimiento de la pena sustitutiva, estos autores recurren a la regulación de la suspensión: procede la revocación, no deduciéndose testimonio por delito de quebrantamiento de condena.

penas sustitutivas. Ahora bien, esta regulación está prevista para el supuesto de imposición de prestaciones que se están cumpliendo por el sujeto y que resultan inadecuadas o innecesarias (o desproporcionadas) debido a que las circunstancias valoradas inicialmente para su imposición se han modificado durante el plazo de suspensión. Por otro lado, en el art. 86.2 CP se prevé el régimen aplicable para el caso de que el sujeto incumpla, de forma no grave o reiterada, las reglas de conducta y las condiciones (y ha de entenderse que con este término se puede estar aludiendo a las legalmente denominadas prestaciones o medidas del art. 84 CP) impuestas en la suspensión: en este caso, entre otras opciones, cabe la posibilidad de que se acuerde la modificación o sustitución de reglas y condiciones. El problema para recurrir a esta solución, al margen de que no hay previsión legal al respecto, es que no se ha previsto tampoco el régimen procedimental para llevar a cabo este proceso de sustitución de la pena sustitutiva, cosa que sí se ha previsto en sede de suspensión (art. 86.4 CP).

La segunda posibilidad parece que va a ser la que resulte más factible, y la que menos inconvenientes va a generar: se acordará el régimen previsto para el incumplimiento de la pena de multa, esto es, RPS, o TBC y LP: se procederá por delito de quebrantamiento de condena, arts. 49.6ª d) tercer párrafo y 37.3 CP respectivamente. De hecho, en la práctica judicial, cuando se impone la pena de multa ya se está acordando y calculando la RPS que procedería en caso de incumplimiento de aquella[32].

VI. SUPUESTOS NO REGULADOS EN EL ART. 71.2 CP: ¿EXCLUIDOS DE LA SUSTITUCIÓN?

Como se ha indicado en este comentario, el art. 71.2 CP se refiere a los supuestos en los que resulta una pena de prisión inferior a tres meses como consecuencia de la aplicación de las reglas de determinación de la pena previstas en el Libro I CP.

Pero la pena de prisión inferior a tres meses puede aparecer en otros supuestos. Dada la previsión expresa del art. 71.2 CP, y porque se trata de casos que ya se planteaban con la anterior regulación, hemos de preguntarnos si el instituto de la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses solo resulta procedente en el caso legamente previsto.

[32] V. la SAP Las Palmas núm. 162/2015, 17-9 (JUR 2016/4335); SAP Madrid núm. 88/2016, 16-2 (JUR 74295); SAP Barcelona núm. 184/2016, 8-3 (JUR 99719); SAP Madrid núm. 751/2016, 27-12 (JUR 2017/17434). No se hace mención a la RPS en SAP Barcelona núm. 626/2015, 27-7 (JUR 231388); SAP Tarragona núm. 348/2015, 25-9 (JUR 265213); SAP Tarragona núm. 346/2015, 25-9 (JUR 265212); SAP Toledo núm. 123/2016, 8-10 (JUR 267580); SAP Almería núm. 34/2016, 20-1 (JUR 81851); SAP Tarragona núm. 122/2016, 30-3 (JUR 98738); SAP Madrid núm. 273/2016, 17-5 (JUR 161337).

La cuestión a debate se plantea cuando la suspensión está descartada *ab initio*, pues solo en este caso nos encontramos ante el dilema de si se ha de proceder o no al cumplimiento de la pena de prisión inferior a tres meses.

El menos problemático, cuando se apliquen reglas de determinación de la pena establecidas en el Libro II CP. El ejemplo paradigmático es la cláusula de determinación de la pena de prisión prevista en el art. 385 ter CP, aplicable en determinados delitos contra la seguridad colectiva, concretamente en concretos delitos contra la seguridad vial: los tipificados en los arts. 379, 383, 384 y 385 CP; dos de estos delitos (los descritos en los arts. 379 y 384 CP) ya están castigados con prisión de tres a seis meses, por lo que la aplicación de la cláusula prevista en el art. 385 ter CP supone la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses[33]. La aplicación de esta cláusula de atenuación de la pena de prisión está basada en la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho. Como en definitiva la forma de calcular la pena inferior en grado supone la aplicación de la regla contenida en el art. 70.1.2º CP, así como la previsión contenida en el art. 71.1 CP, esto significa que lo dispuesto en el art. 71.2 CP rige también para el caso de que se aprecien reglas de determinación de la pena previstas en el Libro II CP.

El segundo supuesto en el que puede aparecer una pena de prisión inferior a tres meses es el derivado de la aplicación del procedimiento de la conformidad, cuando el Juez o Tribunal acuerda la reducción de la pena en la forma como dispone el art. 801.2 LECrim. En este precepto se sigue estableciendo que, si la pena que va a imponerse es privativa de libertad, se habrá de resolver lo que proceda sobre su suspensión o su sustitución. Si bien esta redacción procede de la época en la que existían dos formas sustitutivas, suspensión y sustitución, por tanto, cuando el art. 71.2 CP remitía a ellas, ha de poder entenderse que también ahora cabe la aplicación de las dos formas sustitutivas, la suspensión regulada en los arts. 80 a 87 y la sustitución regulada en el

[33] Los delitos tipificados en los arts. 379 y 384 CP se castigan con prisión de tres a seis meses, o multa de seis a doce meses o TBC de treinta y uno a noventa días (y el primero con la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores). Nos encontramos, por tanto, ante delitos conminados con penas alternativas a la de prisión, las mismas penas alternativas (excepto LP) que aparecen descritas en el art. 71.2 CP. Si el Juez decide imponer la pena de prisión, pues es la única pena que puede servir para cumplir con los fines preventivos, si a continuación hace aplicación del art. 385 ter CP, porque con esta cláusula se ha de bajar la pena en un grado, acabará nuevamente en el régimen de alternativas a la pena de prisión, ahora a través de las penas sustitutivas descritas en el art. 71.2 CP, que han de adaptar su duración a la que resulta de la disminución de la pena de prisión. Y como pena sustitutiva, no incluida entre las alternativas en los delitos contra la seguridad vial, podrá aplicarse la pena de LP, eso sí, si se salva el principal escollo para su apreciación, el carácter excepcional de su imposición derivado de la reforma de 2015.

art. 71.2 CP. En apoyo de esta conclusión puede recordarse el argumento esgrimido en la Circular FGE 2/2004, sobre aplicación de la reforma del CP operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte): la interpretación teleológica del entonces art. 71.2 impone como consecuencia la aplicación analógica de lo previsto en este precepto para los casos en los que se imponga una pena de prisión inferior a tres meses en el procedimiento de conformidad, pues en el CP se ha consagrado el principio general de supresión de la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a tres meses[34].

El tercer supuesto podría resultar de la aplicación de la regulación prevista sobre la RPS por impago de la pena de multa (art. 53 CP), cuando aquella va a consistir en el cumplimiento de una pena de prisión. Tal supuesto aparecerá cuando la multa impagada se ha impuesto por la comisión de un delito menos grave[35]; la pena de multa que ha de ser sustituida es superior a tres meses, pero por aplicación de las reglas de conversión previstas en el art. 53.1 CP resulta una pena de prisión inferior a tres meses. O la pena de multa impuesta por la comisión de un delito menos grave se ha cumplido parcialmente, procediendo a la sustitución del resto de pena y, por aplicación de las reglas de conversión del art. 53.1 CP, resulta nuevamente una pena de prisión inferior a tres meses.

Para este supuesto, dado que técnicamente nos encontramos ante la pena de RPS, es, por tanto, una pena diferente a la de prisión, tal como se deduce del art. 35 CP,

[34] Circular FGE 2/2004, 5 (el documento puede ser consultado en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir02-2004.pdf?idFile=3b586d29-257f-480d-be3f-f72f55292b7a). Sobre este supuesto, han aplicado el art. 71.2 CP para la sustitución de penas inferiores a tres meses resultantes de la conformidad, con la anterior regulación, entre otros, CERES MONTES, CDJ 2005-III, 319; PUENTE SEGURA, Suspensión, 2009, 290 s.; MAGRO SERVET/SOLAZ SOLAZ, Manual ejecución penal, 2ª, 2010, 120 s. El argumento es que el propósito del legislador ha sido cerrar el paso a la ejecución efectiva de penas extremadamente cortas de prisión, con independencia de la causa que motiva su imposición. Con el actual art. 71.2 CP, GARCÍA SAN MARTÍN, Medidas alternativas, 2015, 175 s., dada la taxatividad del art. 71.2 CP, descarta la aplicación de la sustitución cuando la pena inferior a tres meses proceda de la reducción de la pena como resultado de la conformidad. De otra opinión para penas de prisión inferiores a tres meses resultado de la conformidad, BOLDOVA PASAMAR, en: Gracia Martín (coord.), Consecuencias jurídicas del delito, 5ª, 2016, 40, aplicando lo dispuesto en el art. 71.2 CP por analogía.

[35] Aunque la redacción del art. 53.1 CP no es lo suficientemente clara, ha de entenderse que, para la RPS derivada de delitos leves, su cumplimiento ha de llevarse a cabo a través de LP o TBC. Porque si la pena de prisión está descartada como pena originaria en delitos leves, no parece razonable que aquella pena pueda ser impuesta cuando la pena originaria de multa prevista para el delito leve se acaba convirtiendo en RPS. Y como el delito leve recibe esta clasificación si está castigado con pena de multa cuyo límite mínimo no supera a tres meses, esto significa que nos podemos encontrar con delitos leves castigados con una multa de hasta dieciocho meses (art. 142.2 CP), y como RPS habrá que imponer o LP o TBC: la primera puede llegar a tener una duración de nueve meses, una duración temporal que excede el límite máximo previsto para esta pena en el art. 37.1 CP.

porque el art. 71.2 CP se refiere literalmente a la imposición de una pena de prisión inferior a tres meses, no a cualquier pena privativa de libertad, cuando esta duración temporal deriva de la aplicación de las reglas de determinación de la pena, no de otras situaciones posibles, se ha entendido que el mismo está fuera del ámbito de la sustitución del art. 71.2 CP[36].

Sin desmerecer los argumentos alegados, también pueden encontrarse argumentos a favor de la aplicación de lo dispuesto en el art. 71.2 CP. El primero y principal, la finalidad de este precepto es impedir la ejecución de una pena de prisión de cortísima duración, se deduce que se ha introducido tal previsión porque en este caso la pena no puede cumplir ninguno de los fines que se la presupone o, en otro caso, porque puede generar efectos contrarios a los perseguidos. En segundo lugar, de manera indirecta sí estamos ante una pena de prisión inferior a tres meses derivada de la aplicación de las reglas de determinación de la pena, porque a la pena originaria de multa también se aplican las reglas previstas en los arts. 61 a 70 CP. En tercer lugar, es cierto que la RPS es una pena privativa de libertad diferente de la de prisión, tal como se deduce del art. 35 CP. Ahora bien, en su contenido, la RPS en nada se diferencia de la pena de prisión, ni tiene un régimen de cumplimiento o ejecución diferente a la de prisión. En cuarto lugar, no se debe perder de vista la procedencia de la RPS: se trata de una pena que aparece como consecuencia del incumplimiento de la pena de multa originariamente impuesta por el Juez, una pena que a veces aparece como pena cumulativa con la de prisión, pero en otras ocasiones es la única con la que se sanciona el delito que ha cometido el sujeto, o una pena que ha sido inicialmente seleccionada por el Juez cuando el delito está castigado con varias penas alternativas. Es decir, se trata de infracciones delictivas en las que, por una u otra vía, se descarta como sanción la pena de prisión. Si inicialmente se prescinde de esta pena, no parece justo que por la vía de la RPS el sujeto acabe cumpliendo una pena de prisión, porque esta pena no resulta de atender a la gravedad del hecho cometido (cuando se trata de un delito castigado con pena originaria

[36] V., de esta opinión, entre otros, PUENTE SEGURA, Suspensión, 2009, 291. El segundo argumento esgrimido por este autor, referido a que el art. 71.2 CP remitía al Capítulo dedicado a la suspensión y a la sustitución, y que el art. 88 se refería exclusivamente a la sustitución de la pena de prisión, ya no es aplicable para el actual art. 71.2 CP. PUENTE SEGURA propone resolver estos casos desde la propia regulación de la RPS en el art. 53 CP: acordada esta por una pena que no supera los tres meses de duración, en este caso se ha de optar necesariamente por la pena de TBC (si el penado consiente); MAPELLI CAFFARENA, Consecuencias jurídicas del delito, 5ª, 2011, 231 s. Con la actual regulación, no aplican el art. 71.2 CP para casos de prisión inferior a tres meses derivada de la RPS, GARCÍA SAN MARTÍN, Medidas alternativas, 2015, 175 s.; BOLDOVA PASAMAR, en: Gracia Martín (coord.), Consecuencias jurídicas del delito, 5ª, 2016, 39.

y única de multa), y/o de la atención a la pena que mejor cumpliría los fines de prevención general y especial (y, en su caso, de retribución, cuando el delito está castigado con penas alternativas de prisión o multa y el Juez opta por castigar el hecho con la segunda), sino de la falta de capacidad económica para hacer frente a la pena de multa, y menos justificable es que esa RPS consista en el cumplimiento de una pena de prisión de menos de tres meses, sobre todo si se compara con el sujeto que inicialmente ha sido condenado a pena de prisión de menos de tres meses pero que él sí se va a "beneficiar" del régimen de sustitución del art. 71.2 CP.

El problema de fondo es el régimen de RPS previsto en el art. 53 CP para el incumplimiento de la pena de multa: una vez más, se pone en evidencia que el recurso a una pena privativa de libertad como la de prisión no es la solución más justa.

El cuarto supuesto, aunque puede aventurarse que no será habitual, la pena de prisión inferior a tres meses puede resultar como consecuencia de la concesión de un indulto parcial. Dado que el efecto del indulto es la reducción de la duración de la pena de prisión que va a ser cumplida, cuyo fundamento puede ser idéntico al que explican las reglas de determinación de la pena[37], es una situación análoga a la regulada en el art. 71.2 CP, por tanto, sí puede ser aplicado el régimen de sustitución previsto en este precepto.

El quinto supuesto, y de operatividad práctica también poco frecuente, la pena de prisión inferior a tres meses puede resultar como consecuencia de los abonos de las medidas cautelares impuestas, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 58 y 59 CP. En este caso se está ante la imposición de una pena de prisión de tres meses o superior a tres meses, pero que se ve reducida por debajo de esta duración temporal porque el sujeto ha "cumplido" por adelantado una parte de la pena (a través de una medida cautelar, de la misma o diferente naturaleza). Este supuesto no es el que se ajusta a la finalidad perseguida por el art. 71.2 CP: impedir el cumplimiento de una pena de prisión de muy corta duración, cuando sea inferior a tres meses.

[37] Nos estamos refiriendo al indulto cuando su fundamento se basa en razones de justicia, tal como las explica GRACIA MARTÍN, en: Gracia Martín (coord.), Consecuencias jurídicas del delito, 5ª, 2016, 174, cuando argumenta que tal fundamento entronca directamente con el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, por un lado, y la medida de la pena, por otro lado, para corregir la desproporción y la severidad de la pena legalmente establecida en un caso individual.

El último supuesto podría resultar de la propia regulación en el CP[38] de las formas sustitutivas. Comenzando por la suspensión de la ejecución de la pena de prisión. En concreto, cuando se haya optado por la modalidad de suspensión-sustitución, bien la regulada en el art. 80.3 CP, bien la que resulta de la aplicación del art. 84 CP; en estos casos, decidida la revocación de la suspensión (art. 86.1 CP), las penas sustitutivas que se han cumplido, parcial o totalmente, han de ser abonadas a la pena originariamente suspendida, tal como dispone el art. 86.3 CP; el resultado de este abono puede ser que se tenga que ejecutar una pena de prisión inferior a tres meses[39].

En este caso, tras la revocación de la suspensión, si de la aplicación del art. 86.3 CP resulta una pena de prisión inferior a tres meses, ¿se puede ahora acordar la sustitución prevista en el art. 71.2 CP? Este es, sin duda, el supuesto más problemático, porque el Juez o Tribunal ya ha acordado inicialmente una forma sustitutiva dirigida a evitar la ejecución de la pena de prisión, forma sustitutiva que ha tenido que ser revocada porque el sujeto no ha cumplido las condiciones impuestas con la suspensión. Además, no ha de perderse de vista que la hipotética aplicación del art. 71.2 CP implica volver a imponer nuevamente las mismas penas sustitutivas que el sujeto ha incumplido inicialmente en la suspensión, aquí denominadas legalmente prestaciones o medidas. Solo habría una diferencia: como prestaciones de la suspensión el Juez no ha podido imponer la pena de LP, ahora a través del art. 71.2 CP sí podría imponerse la pena sustitutiva privativa de libertad, pese a que se trata de una pena de aplicación excepcional, tal como se deriva de la reforma de 2015.

[38] A los supuestos que se mencionarán en el texto se podría añadir el que resulta de la regulación de procedimiento por aceptación de decreto en los arts. 803 bis a) a 803 bis j) LECrim, cuando se ha optado por la suspensión de la pena de prisión inferior a un año de duración y su sustitución por la pena de multa o de TBC. Previamente, no obstante, habrá que decidir qué tratamiento recibe el supuesto de incumplimiento de la pena sustitutiva de multa o de TBC acordada en este procedimiento, si resulta aplicable el régimen de revocación de la suspensión con abono de los pagos parciales en su caso realizados o es el tratamiento del delito de quebrantamiento de condena el que resulta aplicable. Porque la tercera alternativa, dejar sin sanción el incumplimiento de la pena sustitutiva, no resulta viable.

[39] Sobre este caso, desde el antiguo art. 88, MAPELLI CAFFARENA, Consecuencias jurídicas del delito, 5ª, 2011, 145, a pesar de lo que disponían y disponen los arts. 36 y 71.2, la pena de prisión sí se tenía que ejecutar. Reconoce que, en ocasiones, para evitar esta situación (cumplimiento de penas de prisión inferiores a tres meses) se ha recurrido a la suspensión, pero esta solución, obviamente, ya no es posible tras la reforma de 2015. Desde la actual regulación de la suspensión y el art. 71.2 CP, BOLDOVA PASAMAR, en: Gracia Martín (coord.), Consecuencias jurídicas del delito, 5ª, 2016, 39, no cabe aplicar la sustitución del art. 71.2 CP, por tanto, sí se cumple una pena de prisión inferior a tres meses. Este autor se refiere también a casos de revocación por incumplimiento de las reglas de conducta del art. 83 CP, cuando reste por cumplir una pena de prisión de menos de tres meses. Pero en este caso una de dos, o se ha suspendido una pena de prisión de menos de tres meses o se suspende una pena de prisión de mayor duración, ha habido cumplimiento parcial de reglas de conducta que, tras la revocación de la suspensión, se descuentan a la pena que ha de ser ejecutada, resultando una pena de prisión de menos de tres meses (este descuento o compensación de las reglas de conducta se lleva a cabo por interpretación analógica con lo dispuesto en el art. 86.3 CP).

Desde la propia regulación de la sustitución del art. 71.2 CP, también se puede plantear el supuesto de imposición de penas inferiores a tres meses, ahora como consecuencia del incumplimiento de la pena sustitutiva.

Desde la tesis que aquí se propone, este supuesto sí se podría descartar: el incumplimiento de la pena de TBC o LP dará lugar al delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP, por tanto, habrá que imponerse la pena que corresponda por la comisión de este delito.

El caso más controvertido ha de ser el de la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses por multa. Porque si esta no se cumple, total o parcialmente, procederá aplicar la RPS. Ahora bien, como se está ante la RPS que sustituye a una pena de multa procedente de una pena de prisión inferior a tres meses, porque la pena de prisión materialmente habría de calificarse como "leve" (porque está por debajo del límite mínimo de la pena menos grave del art. 33.3 CP), también sus sustitutiva de multa tendría aquella naturaleza, por tanto, si la multa impuesta como sustitutiva no se cumple, procederá aplicar la RPS para delitos leves: o TBC o LP[40].

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BOLDOVA PASAMAR: en: Gracia Martín: (coord.), Lecciones de **consecuencias jurídicas** del delito, 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

BORJA JIMÉNEZ: Reglas generales de aplicación de las penas (arts. 66, 66 bis, 70 7 71), en: González Cussac (dir.)/Górriz Royo/Matallín Evangelio (coords.), Comentarios a la **reforma** del **C**ódigo **P**enal de 2015, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 271-287.

CARDENAL MONTRAVETA: Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y la sustitución, en: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.)/Gómez Martín (coord.), **Nuevas tendencias en Política Criminal**. Una auditoría al Código penal español de 1995, Reus, B de F, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, 17-48.

- Art. 80, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), **Comentarios** al **C**ódigo **p**enal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 310-327.

CERES MONTES: Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional, en: CDJ 2005-III, 283-351.

CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA: Curso de Derecho penal. **P**arte **g**eneral, 3ª, Tecnos, Madrid, 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS: Derecho penal español. **P**arte **g**eneral, 4ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

[40] A veces la multa impagada tendrá la consideración de pena leve, atendiendo a su duración temporal [hasta tres meses art. 33.4 g) CP], por lo que la RPS sustituirá una pena leve, teniendo aquella también naturaleza de pena leve (art. 33.5 CP).

FARALDO CABANA: Los **delitos leves**. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GARCÍA SAN MARTÍN: Las **medidas alternativas** al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Adaptado a las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, Dykinson, Madrid, 2015.

GARCÍA ARÁN: Arts. 71.2 y 88, en: Córdoba Roda/García Arán (dirs.), **C**omentarios al **C**ódigo **p**enal. **P**arte **g**eneral, Marcial Pons, Madrid, 2011, 652-653, 722-733.

GRACIA MARTÍN: en: Gracia Martín (coord.), Lecciones de **consecuencias jurídicas** del delito, 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN: en: Gracia Martín (coord.), **Tratado** de las **consecuencias jurídicas del delito**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: Una **propuesta alternativa al sistema de penas** y su ejecución y a las medidas cautelares personales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- **Alternativas al sistema de sanciones** penales: nuevas penas y medidas restrictivas de derechos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MAGRO SERVET/SOLAZ SOLAZ: **Manual práctico sobre la ejecución penal**. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión, 2ª, La Ley, Madrid, 2010.

MANZANARES SAMANIEGO: **C**omentarios al **C**ódigo **P**enal (Tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo), La Ley, Madrid, 2016.

MAPELLI CAFFARENA: Las **consecuencias jurídicas del delito**, 5ª, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

MARTÍNEZ GARCÍA: Artículo 71, en: Gómez Tomillo (dir.), **C**omentarios prácticos al **C**ódigo **P**enal, tomo **I**. Parte general. Artículos 1-137, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 677-678.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ: *Artículo 71*, en: Roma Valdés (dir.), **C**ódigo **P**enal **comentado**, Bosch, Barcelona, 2015, 143-144.

PUENTE SEGURA: **Suspensión** y sustitución de las penas, La Ley, Madrid, 2009.

QUINTERO OLIVARES: Art. 71, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), **C**omentarios al **C**ódigo **p**enal español. Tomo **I** (artículos 1 a 233), 7ª, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, 557-558.

SÁNCHEZ MELGAR: Artículo 71, en: Sánchez Melgar (coord.), Código Penal. Comentarios y jurisprudencia, tomo I, 4ª, Sepin, Las Rozas (Madrid), 2016, 558-560.

SANTANA VEGA, *Art. 71.2*, en: Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.)/Vera Sánchez (coord.), **C**omentarios al **C**ódigo **p**enal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 288.

TORRES ROSELL: Trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente, en: Quintero Olivares (dir.), Comentario a la **reforma penal** de 2015, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 101-114.

TRAPERO BARREALES: El nuevo régimen de prestaciones o medidas en la suspensión: arts. 80.3 y 84 del Código Penal, en: RDPC 16 (2017), en prensa.

VEGAS AGUILAR/HERNÁNDEZ SÁNCHEZ: La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, en: Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico 18 (2015), 238-267.

* * * * * *

Joana Ruiz Sierra

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

~Estatuto de la víctima: ejecución penal~

Resumen.- El Estatuto de la Víctima del Delito como disposición legal que trata de englobar todos los derechos de la víctima. Se examina brevemente su marco legal, su concepto y sus derechos ante el proceso penal. Se incide en los derechos de la víctima en la fase de ejecución de la pena, en las relaciones víctima/victimario.

Palabras clave.- Víctima, victimario, derechos ejecución pena.

Sumario. I. Introducción. II. Marco legal. III. Concepto de víctima. IV. Derechos de las víctimas extraprocesales. V. Justicia restaurativa. VI. Derecho de participación de la víctima en ejecución. 1. Notificaciones. 2. Derecho de información: Artículos 5.1m y 7 LEVD. 3. Resoluciones que se notifican cuando la víctima ha ejercitado su derecho de información: artículo 7 LEVD. 4. Forma de realizar la notificación: artículo 7.1 II y III LEVD. 5. Resoluciones de los órganos sentenciadores. 6. Resoluciones de los juzgados de Vigilancia Penitenciaria. 7. Trámite de alegaciones o audiencia a la víctima. Recurrir. 8. Otras intervenciones de las víctimas en ejecución de sentencia. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La víctima del delito ha ocupado en nuestro sistema punitivo un segundo plano y una ausencia manifiesta en el ámbito de la ejecución penal. Ello se explica por la finalidad reeducadora y de reinserción social[1] atribuida a la pena privativa de libertad en el artículo 25.2 de la Constitución Española. Pauta que fue seguida por la Ley Orgánica Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre[2], que en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, hizo que únicamente se tuviera en cuenta al autor del hecho delictivo.

A remediar esta situación, otorgando a la víctima un protagonismo que hasta ahora no ha tenido en materia de ejecución de penal, permitiéndole su intervención en algunas decisiones judiciales, tratando de atender sus pretensiones reparadora, nos conduce la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito (LEVD), Ley 4/2015, de 27 de abril[3]. Ésta en su Preámbulo nos indica su propósito *...ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de*

[1] Véase a NISTAL BURON, F. J., Víctima y victimario "de la mano" en la ejecución penal, https://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/derecho-31/derecho-penit/item/2929-victima-y-victimario-de-la-mano-en-la-ejecucion-penal

[2] (Verificado el 04.05.2017 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708)

[3] Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2015. (Verificado el 25.02.2017 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606)

otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal.

Con la Ley 4/2015 se pretende una regulación sistematizada de los derechos de las víctimas desde las dependencias policiales hasta la ejecución de la pena, lo que supone la participación activa de funcionarios, profesionales e instituciones como Jueces, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, funcionarios de Instituciones Penitenciarias, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Abogados, Médicos Forenses y las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

En los siguientes apartados, tras una somera descripción del marco legal y su concepto, veremos sus derechos extraprocesales y posibilidad de acudir a la justicia restaurativa, haciendo especial hincapié en la ejecución de la pena.

II. MARCO LEGAL

El Estatuto de la Víctima, fue aprobado por la Ley 4/2015 de 27 de abril, que transpone la Directiva 2012/29/UE[4], y que a su vez ha sido objeto de desarrollo mediante Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito[5].

El citado Estatuto convive con la regulación de los derechos de las víctimas que se incluyen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y leyes especiales[6] que rigen respecto a las víctimas causadas por determinados delitos. En el ámbito europeo tiene, además incidencia en esta materia, la Directiva 2011/92, UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil[7], y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha

[4] (Verificado 25.02.2017 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 , por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029

Para una mejor compresión de esta Directiva y lo que supone para la víctima, véase CAMARENA GRAU, S., Módulo II. La Justicia Restaurativa. Valencia: Alfa Delta Digital, 2013, págs. 5-35

[5] (Verificado el 25.02.2017 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-14263)

[6] Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo,

Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual,

LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

[7] (Verificado el 26.02.2017 https://www.boe.es/doue/2011/335/L00001-00014.pdf)

contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por las que se sustituye la Decisión Marco 202/629/JAI del Consejo[8].

Su aprobación no estuvo exenta de dificultades, precisamente uno de los aspectos más controvertidos del LEVD ha sido la regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución, ello fue motivo de críticas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial[9], acompañado de un voto particular de 7 de sus miembros relativo al artículo 13 LEVD. A su vez, también cuestionadas por el dictamen del Consejo de Estado[10].

III. CONCEPTO DE VÍCTIMA

La Exposición de Motivos de esta ley nos dice que la definición de víctima es omnicompresivo, porque se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia del delito (de cualquier delito). El Estatuto de la víctima[11] en su artículo 2 nos ofrece un concepto general que se acerca al de perjudicado como persona física y diferencia víctimas directas de las indirectas. Considera víctima directa al ofendido, al sujeto pasivo del delito, titular del bien jurídico lesionado por la infracción. Y considera víctima indirecta a ciertas personas vinculadas con la víctima por lazos familiares o afectivos.

Literalmente el mencionado artículo dispone:

> "Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:
>
> a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.
>
> b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:
>
> 1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y

[8] (Verificado el 26.02.2017 https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80799)

[9] Consúltese a partir de la página 34 del Informe y el voto particular (Verificado el 04.05.2017 http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-del-Estatuto-de-las-Victimas-del-delito)

[10] (Verificado el 04.05.2017 http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-360

[11] Op. cit. p. 2.

parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar."

Por lo que podemos concluir que el Estatuto de la víctima, incluye solo a las víctimas del delito, personas físicas, sean sujeto pasivo o perjudicado por el delito, diferenciando para el caso de fallecimiento o desaparición, a las víctimas indirectas[12] de las directas.

Los derechos que recoge esta Ley serán de aplicación a todas las víctimas de delitos ocurridos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima o de si disponen o no de residencia legal.

IV. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EXTRAPROCESALES[13]

Se otorga a las víctimas una serie de derechos extraprocesales, con independencia de que sean parte en un proceso penal o no, antes del inicio del proceso penal y durante un tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

De forma descriptiva el artículo 3 de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito nos dice que toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa.

Como ejemplo de este nuevo enfoque más humanizante, toda víctima pueda hacerse acompañar por la persona que designe en las diligencias policiales y judiciales, durante su trato con las diferentes autoridades, y sin perjuicio de la intervención de abogado cuando proceda.

Se les debe orientar e informar de las medidas de apoyo disponibles. Ocupan una posición relevante las oficinas de atención a las víctimas, que no solo desde los órganos judiciales se derivarán a las mismas también desde las actuaciones policiales; modo de

[12] Según la Exposición de Motivos de la Ley 4/2015 la inclusión del concepto de víctima indirecta, de alguno de sus supuestos, no viene impuesto por la norma europea, sino por otras normas como la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra la desapariciones forzadas

[13] Para completar su estudio puede consultarse MARCHENA GÓMEZ/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 145 ss.

ejercicio de su derecho a denunciar; modo y condiciones de protección, del asesoramiento jurídico y de la defensa jurídica; indemnizaciones, interpretación y traducción; medidas de efectividad de sus intereses si residen en distinto país de la Unión Europea; procedimiento de denuncia por inactividad de la autoridad competente; datos de contacto para comunicaciones; servicios disponibles de justicia reparadora; y el modo de reembolso de gastos judiciales.

Se promueven y reconocen derechos de carácter asistencial que abarcan desde la atención primaria, accediendo a recursos de alojamiento, acogida temporal, seguimiento de las reclamaciones de sus derechos con asesoramiento y apoyo social y educativo a la unidad familiar; derechos de carácter social relativos a seguridad social, sanitarios, de empleo e inserción social.

Para terminar se ha regulado lo que la propia ley denomina el período de reflexión que se proporciona a las víctimas directas e indirectas de situaciones catastróficas, calamidades públicas u otros sucesos con numerosas víctimas que puedan constituir delito, de un tiempo para reflexionar sobre su representación y defensa de sus derechos en el proceso, que impide a abogados y procuradores ofertar sus servicios profesionales hasta que hayan transcurrido cuarenta y cinco días después del hecho, salvo que la víctima lo solicite (artículo 8 LEVD).

V. JUSTICIA RESTAURATIVA

Se alude a ella en el artículo 15, artículo 5.3 de LEVD y en su Exposición de Motivos. Expresamente en esta última, se indica que la justicia restaurativa supera la concepción tradicional de la mediación (como diálogo que busca un acuerdo que resuelva el conflicto, donde la víctima sea reparada y el infractor asuma su responsabilidad). Su regulación y finalidad, lo es para obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito.

Sus requisitos:

- reconocimiento por el infractor de los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad
- prestación del consentimiento informado por la víctima
- prestación del consentimiento por el infractor
- que este procedimiento de mediación no entrañe riesgo para la seguridad de la

víctima, ni peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales

- Inexistencia de prohibición legal para el delito cometido

VI. DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EJECUCIÓN[14]

Como premisa, tanto antes de la entrada en vigor del Estatuto de la Víctima como después, el Estado sigue manteniendo el monopolio en esta materia, si bien, se permite a las víctimas participar en ella, artículo 13 LEVD. Este artículo reconoce que las víctimas que, conforme a la letra m) del artículo 5.1 de esta ley, hubieran solicitado les sean notificadas las resoluciones que seguidamente veremos podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa.

Además de esa posibilidad de impugnar determinadas resoluciones, las víctimas tienen derecho a intervenir, aunque no hayan sido parte durante el proceso, pueden postularse y hacer alegaciones.

Previamente analizaré su derecho de información, estén o no personadas en el proceso, qué resoluciones deben ser notificadas cuando usan de su derecho de información y cómo se notifica.

1. Notificaciones.

Como punto de partida, el Estatuto de la Víctima del Delito parte de que la víctima conoce los hitos fundamentales del procedimiento y, por ello puede recurrir las resoluciones más relevantes o que afecten a su seguridad. Por lo que en la primera comparecencia, la víctima debe indicar:

- Una dirección de correo electrónico. Si la víctima no dispone de dirección de correo electrónico las notificaciones se realizarán por correo ordinario, y si reside en el extranjero en país que no sea de la Unión Europea, y no dispone de correo electrónico, se remitirá vía diplomática o consular.
- En su defecto, una dirección postal o domicilio al que serán remitidas las notificaciones de la autoridad (art. 5.1.m LEVD).

[14] Para una visión completa antes de la LEVD y después de dicha disposición, complétese su estudio con el artículo publicado página WEB de Fiscalía General del Estado de FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., Posición jurídica de la víctima en el sistema español de ejecución, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Luis%20Fernández%20Arévalo.pdf?idFile=81762ceb-00f4-404d-a247-756c3fb627dc

- Debe manifestar si desea que le notifiquen las resoluciones a que se refiere el art. 7.1º LEVD, que después se tratarán.
- Debe igualmente indicar si quiere que dichas notificaciones se realicen también a la Oficina de Atención a las Víctimas del Delito (art. 7.3 REVD). En realidad, más que una notificación habrá que entender que se trata de una "comunicación" a dicha oficina.
- Si está personada en la causa, se le notificará a través del procurador de los tribunales y además por correo electrónico.

2. Derecho de información: Artículos 5.1m y 7 LEVD

Se reconoce el derecho de la víctima (con independencia de su personación) a recibir información. El art. 5.1 LEVD, se refiere al derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes, y establece que *"toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos: ... m) Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7... a estos efectos, la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad."*

Para las víctimas de los delitos de violencia de género este derecho es una obligación para los operadores jurídicos, salvo que se renuncie a ello, artículo 7.3 LEVD "*cuando se trate de víctimas de delitos de violencia de género, les serán notificadas las resoluciones a las que se refieren las letras c)* (relativas a la prisión, libertad o fuga del infractor*) y d)* (adopción o modificación medidas cautelares) *del apartado 1, sin necesidad de que la víctima lo solicite, salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones"*.

3. Resoluciones que se notifican cuando la víctima ha ejercitado su derecho de información: artículo 7 LEVD

Con carácter general, de la situación de la causa, salvo que pueda perjudicar a su correcto desarrollo. Las que están recogidas en el artículo 7.1 LEVD, "*toda víctima que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1, será*

informada sin retrasos innecesarios de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor, y se le notificarán las siguientes resoluciones:

a) La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal, (incluido el sobreseimiento (artículos 7.1 a y artículo 12 LEVD)

b) La sentencia que ponga fin al procedimiento.

c) Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo.

d) Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima.

e) Las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. En estos casos y a estos efectos, la Administración penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para su notificación a la víctima afectada.

f) Las resoluciones a que se refiere el artículo 13".

4. Forma de realizar la notificación: artículo 7.1 II y III LEVD.

La notificación contendrá al menos la parte dispositiva y un breve resumen de la fundamentación jurídica.

Se realizará por correo electrónico o en su defecto por correo ordinario, sin perjuicio de que se efectúe simultáneamente, a través de procurador, en caso de que la víctima esté personada en la causa.

Si reside fuera de la UE y no dispone de correo electrónico la notificación se realizará por vía diplomática o consular.

Como ya hemos dicho, la víctima puede renunciar en cualquier momento de su solicitud de ser notificada.

5. Resoluciones de los órganos sentenciadores.

Destacar:

- Artículo 7.1.e) LEVD prevé la notificación al interesado (si así se solicitó artículo 5.1.m LEVD) de las resoluciones de cualquier autoridad judicial *"que afecten a sujetos condenados por delitos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la víctima"*. Se notificarían todas las resoluciones relativas a la suspensión o sustitución de la pena o que impliquen su puesta en libertad, la expedición de requisitorias para su localización, detención o ingreso en prisión, etc. La víctima puede renunciar en cualquier momento a su solicitud de ser notificada.
- En caso de delitos de violencia de género la notificación de las medidas relativas a la prisión, libertad o la fuga del condenado así como la modificación de las medidas cautelares, se notificarán siempre a la víctima, salvo renuncia (art. 7.3 LEVD)
- Hay que tener siempre en cuenta que con arreglo al art. 7.4 LEVD debe facilitarse siempre a la víctima información sobre el estado del procedimiento si así lo solicita y no entorpece su normal desarrollo.

6. Resoluciones de los juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

Resulta fundamental el artículo 13 LEVD.

Cuando la víctima en el ejercicio de su derecho a la información (artículos 5.1. m y 7 LEVD), ha solicitado que se le notifiquen determinadas resoluciones relevantes. Destacamos:

1. Artículo 13.1 a): El auto por el que se autoriza la clasificación del penado en tercer grado (párrafo 3º del art. 36.2 CP) antes de extinguir la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos: de homicidio, de aborto del artículo 144 CP, de lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, de robo cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo, y de trata de seres humanos.
2. Artículo 13.1 b): El auto del artículo 78.3 CP por el que el juez acuerde que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, se refieran al límite de cumplimento de condena y no a la suma de las penas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos: de homicidio, de aborto del artículo 144 CP, de lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad moral, contra la

libertad e indemnidad sexual, de robo cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo, y de trata de seres humanos. Se añade también por un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

3. Artículo 13.1 c):El auto por el que se concede al penado la libertad condicional si la pena es superior a 5 años de prisión cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos: de homicidio, de aborto del artículo 144 CP, de lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, de robo cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo, y de trata de seres humanos.

Además podemos añadir:

1) El auto por el que el Juez de Vigilancia acuerde la clasificación o progresión al tercer grado por vía de recurso, o acuerde principios de flexibilidad, que conlleven posibilidad de salidas autorizadas, cuando afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación.

2) Auto por el que el Juez de Vigilancia acuerde la libertad condicional cuando afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación.

Además las siguientes resoluciones dictadas por la Administración Penitenciaria[15]:

- Acuerdos de concesión de la Junta de Tratamiento y de autorización por Centro Directivo y excepcionalmente por el Director de permisos ordinarios o extraordinarios de salida, si no son éstos últimos en autogobierno, cuando afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación.
- No serían necesarias las comunicaciones de permisos extraordinarios con custodia ya que pueden entenderse que no suponen un riesgo para la seguridad de la víctima. En estos casos y a estos efectos En estos casos y a estos efectos, la Administración penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para su notificación a la víctima afectada.
- Decisiones administrativas vinculadas a salidas de fin de semana y salidas autorizadas en el marco del régimen abierto cuando afecten a sujetos condenados

[15] FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., Posición jurídica de la víctima en el sistema español de ejecución, pp. 23 y ss https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Luis%20Fernández%20Arévalo.pdf?idFile=81762ceb-00f4-404d-a247-756c3fb627dc

por delitos cometidos con violencia o intimidación.-

- Acuerdos de aplicación del principio de flexibilidad que conlleven autorización de salidas cuando afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación.

7. Trámite de alegaciones o audiencia a la víctima. Recurrir.

Presupuesto común es el trámite de audiencia de 5 días. El Letrado de la Administración de Justicia debe dar traslado previo a la víctima para que formule alegaciones en el plazo de 5 días, siempre que la víctima hubiese efectuado la solicitud del artículo 5.1m) LEVD.

Una vez notificado el auto, si la víctima desea recurrir, debe anunciarlo. Conforme al artículo 13.1 II LEVD, la víctima deberá anunciar al Letrado de la Administración de Justicia competente su voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de 5 días contados a partir de la notificación.

No es necesaria la intervención de letrado para este trámite. Tampoco de procurador porque el precepto nada dice.

Para la interposición del recurso se rige por las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El plazo para la interposición del recuso es de 15 días desde la notificación del auto.

8. Otras intervenciones de las víctimas en ejecución de sentencia.

De acuerdo con el artículo 13.2. a) LEVD las víctimas tienen legitimación para solicitar la imposición al penado de las medidas o reglas de conducta aplicables al liberado condicionalmente. No se requiere para efectuar esta solicitud que se realice a través de abogado y procurador. Las reglas o medidas de conducta deben ser aquellas que tiendan a garantizar la seguridad de la víctima. Estas serían los deberes y prohibiciones contemplados en el artículo 83.1 CP.

De acuerdo con el artículo 13.2.b) LEVD, conforme al cual *"las víctimas estarán también legitimadas para: b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado."*

Se les da legitimación a las víctimas para cualquier incidente de ejecución permitiendo que ésta aporte información relevante para la ejecución de la pena, de la

responsabilidad civil o del decomiso (por ejemplo localización de armas o instrumentos de delito).

VII. CONCLUSIONES

El Estatuto de la Víctima, ha supuesto una regulación sistemática de los derechos que asisten a las víctimas, tanto en el ámbito judicial, sea en instrucción, enjuiciamiento y ejecución, como de carácter asistencial.

Pese a la controversia suscitada por el reconocimiento de la participación de la víctima en materia de ejecución, considero que era absolutamente necesario que se le diera entrada a la víctima en esta fase, porque desde luego, no le es indiferente la forma en que el victimario cumple la condena impuesta, no solo en aras de su propia seguridad, sino también en materia de reparación del daño material y moral de la misma.

Con ello no se está perjudicando ni obstaculizando el fin de reeducación y reinserción social que se exige constitucionalmente, dado que como se indica en la exposición de motivos de esta ley, la decisión final en esta materia es de la autoridad judicial, y por otro lado, se esta favoreciendo el sentimiento de justicia en la sociedad.

Aun así, considero que debía haberse reforzado en esta fase de ejecución el papel de la justicia restaurativa en favor de la víctima, sus derechos no se satisfacen únicamente con el conocimiento de las resoluciones administrativas y judiciales vistas.

Para terminar, es todavía prematuro realizar una valoración positiva o negativa de esta ley y en esta concreta materia de ejecución penal. Cabe recordar que el Parlamento Europeo y el Consejo deben evaluar la situación de los Estados miembros en esta materia en noviembre de 2017. Para entonces por tanto, tendremos una valoración oficial de su aplicación, sin perjuicio de la que el Ministerio de Justicia debe realizar de conformidad con la disposición adicional primera de esta ley.

* * * * *

Daniel Sánchez Romero
Letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera.
Socio de la FICP.

~Análisis del delito penal economico español~

I. INTRODUCCIÓN

Cabe destacar el hecho de que, durante un largo período de tiempo hasta la aparición del llamado Código Penal de la democracia, ha existido un punto coincidente de los especialistas en esta materia, referente a la inclusión en el nuevo Texto de un Título específico que se ocupase de los llamados delitos económicos.

La plena conciencia de los especialistas sobre la necesidad de afrontar las enormes consecuencias sociales que generaban un determinado tipo de delitos, que genéricamente podían denominarse económicos, había hecho coincidir las opiniones a la hora de abogar por una criminalización específica de los mismos; sin embargo, tal voluntad común no lo era tanto a la hora de decidir cuál era el concepto de delincuencia económica a manejar en la futura regulación codificada.

El legislador de 1995 parece haber sido consciente de que, en este delicado campo delictivo, entender que la barrera diferenciadora entre unos delitos puramente patrimoniales, que afectarían exclusivamente al ámbito privado, y otros económicos, que repercutirían sobre intereses generales, era simplificar demasiado y, quizás por ello, con la misma rotulación del Título XIII se resaltó la imbricación que muchas veces se produce, ya que resulta difícil negar tanto que los delitos económicos acaban proyectando sus negativos efectos sobre los bienes personales, como que ciertos delitos patrimoniales extienden sus consecuencias más allá de la esfera individual.

Posiblemente sea esta la mejor explicación que puede darse a una rotulación tan mixta como la de “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. Una decisión que se aparta de las líneas que marcaron otros proyectos legislativos anteriores y que, sin duda, responde más bien a una solución de compromiso consciente de las discusiones doctrinales de los últimos años centradas no sólo en la existencia de un concepto amplio y otro estricto de delincuencia económica, sino también en la aceptación de que las barreras diferenciadoras entre delitos patrimoniales y económicos no siempre son nítidas.

II. DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO ESPAÑOL

Entendemos al derecho penal económico como el conjunto de normas jurídico penales que tutelan el orden económico constitucional, lo que comprende la protección de los mecanismos estatales de intervención en la economía y la tutela de las instituciones básicas que permiten la producción, distribución y consumo de bienes y servicios[1] .

El Título XIII del Código penal emplea la expresión "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico" . Con ello el legislador ha querido resaltar que existe una línea de continuidad entre los delitos patrimoniales clásicos y los más modernos delitos económicos que aconseja su ubicación conjunta[2] . En cualquier caso, el Título XIII no contiene todos los delitos económicos existentes en el Código penal. Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social, los delitos contra los derechos de los trabajadores y los delitos contra el medio ambiente, figuras delictivas que para la mayoría de la doctrina pertenecen al derecho penal económico, se encuentran ubicadas en otros lugares del Código penal.

Más allá de esta cuestión, la característica más sobresaliente del derecho penal económico español es la ausencia casi total de leyes penales especiales. El que la regulación penal de una materia se encuentre desgajada de su regulación extrapenal trae consigo inevitablemente el empleo masivo de tipos penales en blanco que a través de una remisión dinámica y abierta ponen en contacto ambos sistemas normativos. Desde el punto de vista del principio de legalidad y estando a lo dispuesto por nuestro Tribunal Constitucional (STC 127/1990), esta técnica provoca conjuntamente con la pérdida importante de dominio por parte del legislador sobre el "futuro" del tipo penal, una notable falta de taxatividad, pues requiere en muchas ocasiones sumergirse en un complejo mar normativo para determinar la "zona penal" de un precepto[3] .

Una segunda alteración originada por la "centralidad del Código penal" es la constante descoordinación entre el Código penal y la legislación administrativa, societaria, tributaria etc., de referencia. La manifestación más preocupante de este fenómeno es el problema del *non bis in idem* entre sanciones penales y administrativas.

[1] Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, Derecho penal económico, Madrid, 2001, pp. 5 ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico. Parte general, Valencia, 1998, pp. 31 ss.

[2] Cfr. MARTÍNEZ-BUJAN Derecho penal económico, 1998, pp. 71 ss

[3] Sobre leyes penales en blanco y remisiones normativas vid. BERDUGO/ARROYO/GARCIA/FERRÉ/SERRANO, Lecciones de Derecho penal. Parte General., 1996, pp. 38 ss.

En casi todos los ámbitos del derecho penal económico existe de forma paralela al tipo penal un nutrido cuerpo de sanciones administrativas ubicada en la normativa extra penal. Esta "doble via" resulta correcta político criminalmente si entre ambos ilícitos se establece una clara frontera, trazada a partir del principio de proporcionalidad, y el legislador es consciente que sanciones penales y administrativas forman parte de una misma estrategia político criminal. Ambas condiciones de eficacia se desconocen en nuestro derecho. La línea entre el tipo penal y el administrativo o bien no existe o se traza a partir de criterios muy inseguros (elementos subjetivos, gravedad del peligro o del daño causado). La consecuencia de todo ello es que la administración, que generalmente es la primera en conocer las infracciones a través de sus cuerpos de inspección o de otras autoridades administrativas, tiene un papel decisivo que contrasta con la "centralidad del Código penal".

Está en sus manos "apoderase" del ilícito, sancionándolo administrativamente, o ponerlo en conocimiento del Fiscal o del Juez penal. En el primer caso una interpretación estricta del principio de non bis in idem implicaba una despenalización ad hoc, pues impedía, pese al carácter delictivo de los hechos, la apertura de un posterior proceso penal.

El TC ha mitigado recientemente este "poder" administrativo, si bien para ello ha tenido que modificar substancialmente el principio de non bis in idem, permitiendo que tras la sanción administrativa pueda abrirse un proceso penal por los mismos hechos[4] . El desarrollo del derecho penal económico español es fiel reflejo de la evolución política y económica del país.

En las discusiones legislativas y, sobre todo, doctrinales que se han producido en los últimos años al hilo del desarrollo del derecho penal económico, el debate principal ha girado en torno a la legitimidad de la intervención del derecho penal en estos nuevos ámbitos[5].

Para un sector doctrinal resulta criticable tanto la utilización del derecho penal con el fin de tutelar bienes jurídicos artificiales y poco determinados, como el empleo de

[4] Al respecto DE LEON VILLALBA, Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem, Barcelona, 1998. Últimamente vid. PEREZ MANZANO, La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem, Madrid. 2002.

[5] Vid. la crítica de SILVA SÁNCHEZ, La expansión del derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales. 2 ed. 2001. Otra perspectiva político criminal puede verse en GRACIA MARTÍN, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia. 2003.

tipos de peligro y singularmente de peligro abstracto. En contraposición a estas críticas puede advertirse que los delitos que existen en el ordenamiento español son aquellos que se corresponden con el "nucleo duro" del derecho penal económico, sobre cuya legitimidad existe un amplio consenso en otros países de la UE. Por otro lado, son muy escasos los delitos de peligro abstracto y rara vez se castiga la comisión imprudente de estas figuras[6].

III. LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO.

En el derecho español la declaración de responsabilidad penal requiere comprobar que ha existido un comportamiento humano típico, antijurídico, culpable y punible. Esta última categoría resulta frecuente en el derecho penal económico, generalmente, bajo la forma de una condición objetiva de punibilidad. Así, por ejemplo, el delito de quiebra requiere no sólo una causación o agravación dolosa de la insolvencia, sino además que judicialmente se haya declarado la quiebra, la suspensión de pagos o el concurso de acreedores.

En los delitos contra la Hacienda pública, nacional y comunitaria, la Seguridad social y las infracciones de contrabando, el derecho penal sólo interviene cuando el fraude supera una determinada cantidad que se considera por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria como una condición objetiva de punibildiad. Resulta también importante en los delitos contra la Hacienda pública nacional y Seguridad social, la existencia de una causa personal del levantamiento de pena que exime de responsabilidad al autor de estos delitos que "regularice" su situación cuando todavía no se ha emprendido contra el ninguna actuación administrativa o penal.

Más allá de esta cuestión, y como es bien conocido, el derecho penal económico plantea dificultades a numerosos sectores de la teoría jurídica del delito, lo que deriva, sin duda, de que ésta ha sido elaboradas a partir de un grupo reducido de figuras delictivas y de unas formas de comisión determinadas y que procedemos a analizar:

1. El error en el derecho penal económico. El art. 16 del CP acoge la distinción entre error de tipo y error sobre la antijuricidad de la conducta, por lo que debe enmarcarse dentro de denominada teoría de la culpabilidad. El error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye el dolo. De ahí que el error de tipo sólo

[6] Para un análisis de la legitimidad del derecho penal económico desde el punto de vista de los valores y principios constitucionales ARROYO ZAPATERO, Derecho penal económico y constitución, Revista Penal, nº 1, p. 1 ss.

pueda ser sancionado si es vencible y es posible la comisión por imprudencia, lo que es realmente excepcional dentro de los delitos económicos[7]. Esto implica que en su mayor parte los errores de tipo resultan impunes o reciben una sanción administrativa, pues en el derecho sancionador administrativo basta con la imprudencia.

Por su parte, el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, mientras que el vencible obliga al juez a atenuar la pena prevista para el delito doloso. En el ámbito del derecho penal económico esta regulación del error plantea, en primer lugar, un debate político criminal: ¿es correcta la distinción entre ambos tipos de error en un ámbito en el que, a diferencia del derecho penal tradicional, la norma de prohibición puede ser más complicada de conocer por parte del ciudadano que los hechos constitutivos de la infracción?. A esta cuestión se le añade, otra de índole aparentemente técnico: el tratamiento del error sobre los elementos normativos y las leyes penales en blanco. En el debate doctrinal acerca del tratamiento del error sobre elementos normativos y leyes penales en blanco las consecuencias político criminales de una u otra opción están muy presentes.

De este modo, para algunos autores, el tratamiento de estos errores como errores de tipo ayudaría a proporcionar un marco más benévolo para el error en el derecho penal económico. Otros en cambio, pretenden conseguir este objetivo haciendo menos rigurosos los criterios de vencibilidad del error de prohibición. Más allá de las diferentes soluciones dogmáticas, ambas posiciones comparten la necesidad de atemperar la regulación del error procedente de la teoría de la culpabilidad en el derecho penal económico[8].

Esta discusión doctrinal no ha encontrado eco en la jurisprudencia, donde además y hasta el momento no existen criterios claros a la hora de abordar el error sobre elementos normativos y normas penales en blanco.

2. Problemas de autoría y participación. El CP de 1995, en consonancia con la tradición legislativa española, adopta un modelo diferenciado de autor. El art 27 del CP distingue entre autores y cómplices como sujetos responsables de la infracción penal.

[7] Dentro del área del Derecho penal económico, la imprudencia sólo se sanciona en relación a los delitos contra recursos naturales y el medio ambiente, art. 331, y el art. 317, infracción de normas de prevención de riesgos laborales con puesta en peligro de la vida, salud o integridad física del trabajador. En el resto de figuras únicamente es posible la comisión dolosa.

[8] Sobre el error en el derecho penal económico vid. MUÑOZ CONDE, El error en derecho penal. Valencia. 1989

En el art. 63 se obliga a castigar al cómplice en el delito intentado o consumado con pena inferior a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito.

Un sector doctrinal, al que se unen algunas decisiones jurisprudenciales, rechaza incluso la aplicación del modelo unitario sobre las infracciones imprudentes[9]. No obstante, esta opción aparentemente clara por el modelo diferenciado de autor se modula por el propio art. 28 que equipara a la penalidad del autor a los inductores y a los cooperadores necesarios.

De entre las diversas formas de autoría y participación, la cooperación necesaria es la única que merece un breve comentario, pues no ser frecuente en el derecho comparado.

El cooperador necesario es un cómplice cualificado, por aportar una contribución de enorme importancia y que a diferencia del coautor no tiene porqué intervenir en la fase ejecutiva del hecho. La existencia de esta figura conlleva que en el ordenamiento español la cuestión más relevante desde un punto de vista práctico no sea tanto la de distinguir entre autores y cómplices, sino entre el cooperador necesario y el resto de los casos de complicidad. Aunque el debate no está cerrado, en la doctrina tiene bastante aceptación la fórmula según la cual lo que distingue al cómplice (cooperador) necesario del cómplice simple es que aporta a la ejecución una contribución escasa, muy difícil de obtener en la concreta situación en que se realiza el hecho[10].

Los problemas de autoría y participación que se plantean en el derecho penal económico español son semejantes a los existentes en el resto de países de la UE.

Desde el punto de vista del principio de legalidad resulta cuestionable que pueda castigarse a administradores o representantes, al no reunir las características necesarias para ser autor del delito. El CP español resuelve los problemas de autoría en delitos especiales, siguiendo la estela del § 14 StGB, a través de la inclusión en la PG de un precepto (art. 31 del CP) denominado por la doctrina "actuaciones en lugar de otro"[11].

Este artículo permite considerar autores a los administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o a los que actúan en representación legal o voluntaria de otro, aunque no concurran en ellos las condiciones, cualidades o relaciones que la

[9] Cfr. MIR PUIG, Derecho penal. Parte General. Barcelon. 4ª ed, Barcelona, 1996, pag. 367 ss.
[10] Vid.LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito. Valencia, 1997.
[11] El estudio decisivo GRACIA MARTÍN, Las actuaciones en lugar de otro en el derecho penal, 2 Vol., Zaragoza, 1985-1986

correspondiente figura delictiva requiera para poder ser sujeto activo. El art. 31, tal como ha señalado el TC, exige comprobar que el administrador ha realizado el tipo penal, por lo que no contiene ningún forma excepcional de responsabilidad del "jefe de empresa".

Una segunda cuestión que se plantea en los delitos especiales es cómo sancionar al partícipe. El fundamento del delito especial reside en una especial cercanía del intraneus con el bien jurídico protegido, lo que confiere a su comportamiento un mayor grado de injusto que se refleja en la sanción prevista.

Aunque desde antiguo la doctrina y jurisprudencia española admiten la posibilidad de participación de extraneus en delitos especiales propios e impropios, el CP no incluía ninguna disposición al respecto de la pena a imponerles. La jurisprudencia en los últimos años había solventado este problema a través de una atenuante analógica (art. 21.6) que utilizaba para reducir la pena de los partícipes en los que no concurría las cualidades que en estos delitos fundamentan el injusto y la pena. Sólo muy recientemente el legislador ha resuelto esta cuestión señalando expresamente que "cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor" los jueces podrán atenuar la pena (b) El art. 31 del CP, al que acabamos de referirnos, menciona expresamente las figuras del administrador de derecho y de hecho, las cuales además representan los sujetos activos de todos los delitos societarios (arts. 290-295).

En la doctrina pueden encontrarse básicamente dos posiciones doctrinales[12]. Para algunos el término administrador de derecho debe interpretarse a partir de las normas del derecho de sociedades, de acuerdo con ello son administradores casi únicamente aquellos que forman parte del órgano de administración de la sociedad o bien el administrador único. Otro sector doctrinal prefiere, por el contrario, configurar este término de modo independiente y partiendo de criterios materiales.

Según esta interpretación serían administradores aquellas personas que ejercen un poder de gestión autónomo en la empresa o limitado tan sólo por las instrucciones de los órganos superiores de gobierno, que se acompaña normalmente de la capacidad para poder disponer u obligar de los bienes de la empresa mediante negocios jurídicos que obligan a la sociedad frente a terceros. Esta concepción, más amplia, permite incluir

[12] Vid. en lo que sigue GARCIA CAVERO, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa, Barcelona, 1999, *passim*.

dentro de éste término a altos directivos, que no pertenecen a los órganos de administración etc.. En cualquier caso el problema de la delimitación del administrador de derecho no resulta esencial si después se efectúa una interpretación material, específicamente penal, del concepto de administrador de derecho.

Según este criterio, mayoritario en la doctrina, la noción de administrador de hecho se compone de dos elementos que actúan como filtros sucesivos.

El primero consiste en que, independientemente del tipo en cuestión, deben darse una serie de características que asimilen la posición que el administrador de hecho tiene dentro de la sociedad con los de derecho. Estas notas son un ámbito de decisión autónomo en sectores relevantes de la actividad o, dicho de otro modo, la asunción efectiva de funciones de administrador, y la tolerancia, expresa o tácita, de la sociedad para que actúe de este modo.

El segundo filtro surge al poner en relación la figura del administrador de hecho con el tipo penal en cuestión, lo que se traduce en la necesidad de que éste ha de disponer precisamente de los poderes o facultades característicos que permiten la ofensa al bien jurídico protegido, o, en definitiva, que la relación entre este sujeto y el bien jurídico sea idéntica a la que tenga el administrador de derecho.

Lógicamente, esta condición provoca el que el concepto de administrador de hecho sea distinto en cada figura delictiva: muy estricto en aquellos delitos de resultado que prevén medios de comisión determinados (art. 295 del CP) o son de simple actividad, y más amplio en los puramente resultativos, como es precisamente el caso del delito de quiebra (art. 260 CP).

Un aspecto ulterior, aún no suficientemente debatido, es la distribución de responsabilidades en los supuestos en que concurren tanto administradores de hecho como de derecho. En los casos en los que el administrador de hecho dirige la empresa a través de un administrador de derecho que es en realidad un “hombre de paja”, la doctrina se inclina a considerar autor al administrador de hecho y en su caso cómplice al testaferro. En los supuestos en los que existe una verdadera coadministración, sin relación de subordinación, lo normal será considerarlos coautores, en cuanto que ambos compartirán el dominio del hecho.

En los delitos cometidos en el interior de una estructura empresarial resulta frecuente que sea un subordinado, alguien que no está situado en la cúspide de la

estructura jerárquica de la empresa quien realice el comportamiento típico. Esta circunstancia provoca una indeseable disociación entre dirección de la empresa y responsabilidad penal, que obliga a plantearse en qué medida y hasta qué punto el superior jerárquico es responsable por los hechos cometidos por el subordinado.

La cuestión en principio no tendría por qué ser demasiado complicado, en cuanto que puede considerarse autor al subordinado e inductor, cooperador necesario o cómplice al superior que ordena, tolera o conoce los hechos. No obstante, este modo de proceder no siempre conduce a resultados aceptables. Por ello en la doctrina más reciente y en la jurisprudencia se ha propuesto considerar al superior autor mediato, coautor o autor en comisión por omisión. Dentro de los delitos dolosos, se está empezando a imponer la tesis de la coautoría, considerando que cuando existe una estructura organizada de poner no resulta necesario que el coautor esté presente en la ejecución de los hechos[13].

En el marco de la criminalidad imprudente de empresa (delito ecológico, contra la seguridad de los trabajadores o supuestos de responsabilidad por el producto), la solución más frecuente es utilizar la comisión que se encuentra regulada en elart. 11 del CP español[14]. Estas dos soluciones no impiden la existencia de una importante laguna de punibilidad que se produce cuando el delito cometido por el subordinado es doloso y el superior ha infringido de forma imprudente su deber de vigilancia.

Pese a esta laguna, ni la praxis ni la doctrina reclaman la introducción de un precepto que establezca la responsabilidad del dirigente empresarial en estos casos.

En la delegación de funciones, omnipresente en la organización empresarial, plantea al derecho penal la cuestión relativa a en qué medida y bajo qué condiciones excluye la responsabilidad del superior y fundamenta la del subordinado. Existe consenso básico en que la delegación de funciones para excluir la responsabilidad del delegante requiere de cuatro condiciones: a) el traspaso al delegado del dominio necesario para ejercer la función delegada y la asunción correlativa de este dominio; b) la función delegada ha de ser concreta y especial, lo que significa la imposibilidad de delegar los deberes básicos que el superior debe cumplir por sí mismo; c) necesidad de

[13] Cfr. MUÑOZ CONDE, Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, en (not. 15), pp. 181 ss. Vid. también FARALDO CABANA, La responsabilidad del dirigente en estructuras jerárquicas. Valencia. 2003.

[14] Vid. por todos MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, 1998, pp. 191 ss.

que el delegado sea una persona con los conocimientos y capacidad suficiente; d) la delegación obliga al delegante a comprobar periódicamente que los poderes transmitidos se ejercen correctamente.

Tal como puede apreciarse la delegación de funciones no se rige por criterios formales (cargo, categoría profesional, deberes contractuales etc), sino materiales: lo decisivo es la asunción efectiva de un poder de dirección empresarial, en los términos que acaban de señalarse[15].

Mientras las cuestiones anteriores que acaban de abordarse han de situarse en el marco de las relaciones jerárquicas existentes en el interior de la empresa, las que ahora nos ocupan derivan de la división horizontal del trabajo. En este punto la doctrina suele invocar como criterio rector de las distintas soluciones el principio de confianza: cada dirigente puede confiar en que el comportamiento de otros es correcto, salvo que existan indicios que apunten lo contrario, y no tiene porqué preocuparse ni por la legalidad, ni por la corrección de los comportamientos de otros administradores dentro de su ámbito de competencia.

En relación con la responsabilidad de las personas jurídicas. Explicar con brevedad el sistema español de responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas empieza a ser tarea compleja. Desde una perspectiva cronológica, las personas jurídicas siempre fueron sancionadas mediante sanciones administrativas. La creación y el progresivo desarrollo del derecho administrativo económico y medioambiental a partir de la década de los sesenta el pasado siglo y la utilización de sanciones administrativas como colofón de cualquier regulación administrativa significó la posibilidad de sancionar a personas jurídicas. A estas sanciones deben sumárseles las procedentes del derecho tributario y del laboral, sobre todo en materia de seguridad en el trabajo.

Tras la entrada en vigor de la Constitución estas sanciones, además de ser más utilizadas, se han empezado a imponer deacorde con el principio de legalidad y proporcionalidad y en el marco de un proceso sancionador administrativo que recoge las garantías básicas del proceso penal.

Se establece un sistema de consecuencias accesorias que pueden adoptarse son: a) clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; b) disolución; c) suspensión temporal de sus de las actividades; d) prohibición temporal o definitiva de realizar

[15] Cfr. ARROYO ZAPATERO, Manual de Derecho penal del trabajo, Barcelona, 1986.

determinadas actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; c) intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores.

Su ámbito de aplicación dicho a grandes rasgos son aquellos delitos que tienen que ver con formas de criminalidad organizada, el terrorismo y la corrupción ("tráfico de influencia" y "corrupción en las transacciones económicas internacionales").

En relación con las sanciones aplicables en el derecho penal económico El Código penal español prevé un idéntico régimen punitivo para las infracciones económicas que para las del derecho penal común[16]. Las penas más usuales son la privación de libertad y la multa.

Los delitos económicos que llevan aparejada necesariamente la imposición de una pena de prisión son relativamente numerosos. Dado que el delincuente económico es generalmente un delincuente primario (sin antecedentes delictivos) y bien adaptado socialmente y que además la pena privativa de libertad salvo en supuestos muy graves, no es superior a dos años, es bastante frecuente que o bien no ingrese en prisión, por suspenderse la ejecución de la pena o que, incluso en el caso de penas más graves, la pena privativa de libertad se ejecute casi desde el principio en régimen semiabierto y se acceda con relativa facilidad a la libertad condicional.

En bastantes delitos económicos la pena de multa acompaña a la de prisión, en otros aparece como pena alternativa y sólo en muy pocos casos como pena principal. La multa por tanto no ha sustituido a la prisión que sigue siendo la "pena reina" también en el ámbito de la delincuencia económica.

En atención al principio de que "el delito no debe salir rentable" en el ámbito de la delincuencia económica el legislador ha dejado con frecuencia de lado el sistema de días multas y se ha decantado por una multa proporcional "al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo". Así, por ejemplo, en el delito societario de falsedad en los balances (art. 291 del CP), la multa que se prevé tiene en cuenta el beneficio obtenido y se fija del tanto al triplo del mismo; en el delito fiscal (art. 305) la multa se fija del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada y en el blanqueo de capitales la multa es del tanto al triplo del valor de los bienes (art. 301).

[16] Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica, Actualidad Penal, 1997, pp. 105-131.

El comiso ha sufrido una importante transformación destinada a incrementar la eficacia de una medida especialmente recomendada en las infracciones económicas realizadas por la criminalidad organizada[17].

El cambio consiste en haber perdido su carácter de pena para convertirse en consecuencia accesoria, lo que permite decomisar instrumentos, efectos y ganancias del delito que se encuentren en poder de terceros de buena fe. La independencia de la responsabilidad penal se manifiesta también en que es posible aplicar el comiso aunque el delito haya prescrito o la persona esté exenta de responsabilidad criminal, "siempre que se demuestre la situación patrimonial ilícita". Los bienes a decomisar pueden serlo "cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar". Si por cualquier circunstancia no es posible el decomiso de los bienes procedentes del delito o sus transformaciones, el juez puede acordar "el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan" a los responsables del hecho.

El comiso se encuentra limitado por el principio de buena fe, en relación a los terceros no responsables del delito, y el principio de proporcionalidad.. El art. 128 del CP, en una concreción del principio de proporcionalidad, señala que cuando los efectos o instrumentos del delito sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan ya satisfechos las responsabilidades civiles, el juez podrá no decretarlo o decretarlo parcialmente.

En el plano procesal la aplicación del comiso requiere el respeto al principio acusatorio y el de contradicción de parte y sobre todo demostrar que las ganancias provienen precisamente de la comisión del delito. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos por las Leyes, los daños y perjuicios por él causados, lo que comprenden la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales.

En el ordenamiento español la responsabilidad civil derivada del delito se establece por el Código penal y se declara conjuntamente con la responsabilidad penal dentro del mismo proceso.

Lo que no impide, sin embargo, que si la parte acusadora lo desea, pueda reservar la acción civil y ejercitarla en el correspondiente proceso. Esta regulación, que obedece a razones históricas, conecta con las modernas tendencias de política criminal derivadas

[17] Vid. CHOCLÁN MONTALVO, El patrimonio criminal: comiso y pérdida de ganancia. Madrid. 2001.

del redescubrimiento de la víctima. Pese a lo que acaba de afirmarse, en relación a algunas infracciones económicas se plantea la competencia del juez penal para establecer la responsabilidad civil.

Así ocurre en el delito fiscal y en general en todos los delitos que afectan a caudales públicos. En el primer caso el núcleo de la cuestión se encuentra en la naturaleza jurídica de la "cuantía defraudada", si continúa siendo un crédito público o si tiene el carácter de responsabilidad civil. Ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se ha llegado a un acuerdo.

Dentro de los delitos que afectan a caudales públicos (malversación, fraude de subvenciones etc.), también resulta problemática la distribución de competencias entre la jurisdicción penal y la contable (Tribunal de cuentas) a la hora de fijar la responsabilidad civil. En la práctica, dada la escasa claridad de los preceptos que regulan esta materia, suele ser frecuente que las partes soliciten la responsabilidad civil ante la jurisdicción penal.

Igualmente resulta debatida la competencia del juez penal para declarar la nulidad de determinados contratos celebrados con motivo de la comisión del delito (vgr. en las insolvencias punibles el contrato de compraventa mediante el cuál el deudor reduce su activo). En este caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo se decanta por considerar que su nulidad es presupuesto indispensable para restituir la situación al estado de cosas existentes antes del hecho delictivo.

Resulta necesario, finalmente, referirse a la responsabilidad civil subsidiaria del empresario, ya sea persona natural o jurídica. Esta tiene lugar en dos ocasiones diversas. Primera, en aquellos casos de "delitos cometidos en los establecimientos de que son titulares", cuando algún directivo o empleado haya infringido la normativa administrativa que tienda a evitar el hecho punible cometido (art. 120.3º). Y segunda, por delitos cometidos por los empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios. En este segundo supuesto la responsabilidad civil es objetiva, por encontrarse su fundamento en la teoría del riesgo beneficio según la cual quien obtiene un beneficio o utilidad de una persona que le presta sus servicios, debe asumir también la responsabilidad por los perjuicios que eventualmente le cause en la ejecución de aquellos. Esta jurisprudencia lleva por ejemplo a declarar la responsabilidad civil subsidiaria de los bancos por los delitos económicos cometidos por sus directivos y empleados, si actúan dentro de sus atribuciones.

IV. CONCLUSIONES

Existe en el ámbito internacional y en el español más concretamente, un especial interés en identificar y delimitar el ámbito de aplicación de esta figura delictiva, todo ello motivado por la repercusión mediática que ha tenido en esto tiempos, el aluvión de asuntos relacionados con esta criminalidad.

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, llamada Convención de Viena, tipificó en su art. 3.1.b, por primera vez, lo que entendemos por delito de blanqueo de capitales:

«*La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos tipificados o de un acto de participación en tal delito, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones*».

Por otra parte, en el caso de la normativa española, este delito aparece en el Código Penal de 1995 en los artículos 301 a 304, con una lectura similar a la anterior: «*El que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto por ocultad o encubrir su origen ilícito…*».

De los conceptos anteriores se advierte que en un primer momento, el blanqueo o lavado de dinero, estaba asociado a otros delitos, vinculado a organizaciones criminales, corrupción, terroristas, o narcotráfico y no siendo considerado como una figura delictiva independiente, tal y como lo es actualmente. Siendo quizás, mas adecuado, definir esta figura en la forma en que lo hace la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC): «*Conjunto de mecanismos o procedimientos orientados a dar apariencia de legitimidad o legalidad a bienes o activos de origen delictivo*».

Gracias al fenómeno socio-económico y político llamado globalización, se han liberalizado los mercados, pero ha favorecido también a que aumentara la criminalidad transnacional, afectada igualmente por otros factores como: el Internet, que facilita contactar con alguien que está a miles de kilómetros de distancia, intercambiar información o transmitir capitales; el crecimiento del comercio internacional gracias en

gran medida a las transacciones bancarias internacionales; así como el libre transporte internacional tanto de personas como de mercancías, facilitado por el Tratado de Schengen, que permite circular más rápidamente, pero que ha entorpecido la tarea de controlar si aquello que se envía cumple con la legalidad o no.

La globalización, y por lo tanto la internacionalización del sector financiero, no sólo ha traído ventajas en la celeridad y en las modalidades de las transacciones financieras, sino que ha abierto un campo de acción ideal para los criminales en el ciberespacio, que por su falta de regularización, ha creado diferentes estilos de blanqueo de dinero, dificultando su persecución y teniendo capacidad sobre el orden económico y social, hasta que los diferentes gobiernos han sido conscientes de esta problemática y han tomado medidas.

En cuanto a las Naciones Unidas, mediante la resolución 55/25 de noviembre del año 2000, aprobaron la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional con una finalidad: promover la cooperación entre sus estados para prevenir y combatir la delincuencia transnacional. Entre las medidas específicas que se establecieron se encuentran las destinadas a combatir el blanqueo de dinero como: la supervisión del cliente por parte de las instituciones (art. 7.1.a), y el control transfronterizo (art. 7.2).

* * * * *

Comunicaciones presentadas al XVIII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León[1]

M.ª Luisa Álvarez-Castellanos Villanueva
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia de la FICP.

~Validez, vigencia o eficacia de la norma penal~

I. INTRODUCCIÓN

La Ilustración se centró en plasmar los ideales de libertad e igualdad en las normas jurídicas. Hasta las primeras décadas del siglo XX, la ciencia del Derecho se dedicaba pura y exclusivamente al análisis descriptivo de las normas, en donde la validez equivalía a vigencia o mera existencia de las normas del ordenamiento y el juez no debía apartarse, según reclamaba MONTESQUIEU, de su papel de ser "*la boca de la ley*". Este concepto quedó desplazado a partir de la irrupción del Estado Constitucional de Derecho, que se consolidó en Europa a mediados del siglo XX, por medio del cual se consagraron los derechos fundamentales en la norma suprior del sistema normativo y se reorientó su finalidad a fijar los límites y condicionamientos al poder estatal.

Con el tiempo se advirtió que esto no era suficiente, que era necesario que juristas y ciudadanos trasladaran sus esfuerzos de interpretación y de control a las prácticas de los gobernantes, al plano de la realidad social a la que dichas normas se dirigían.

A partir de la segunda guerra mundial, surgen nuevos mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes, a través de los tribunales constitucionales, para garantizar la efectividad plenamente normativa o vinculante de las leyes frente a la rigidez de la Constitución[2], con la exigencia de sometimiento de todos los poderes, incluido el legislativo, a Derecho, así como al ámbito de la garantía de los derechos constitucionales.

[1] Seminario celebrado en la Facultad de Derecho de la Univ. de León los días 6 y 7 de julio de 2017. Organizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y por la FICP (dirs.: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado). En la presente sección se publican, en orden alfabético, algunas de las comunicaciones presentadas en el evento, que podrán ser consultadas en su totalidad próximamente en las Actas del XVIII Seminario.

[2] PRIETO, L. Constitucionalismo y positivismo. Ed. Fontanamara.México DF, 1997, pp.15-17.

La garantía de los derechos y el sometimiento de todos los poderes públicos a Derecho dejo atrás el absolutismo legislativo de la ley, que determinó su incapacidad para asegurar la indisponibilidad de los valores esenciales del ordenamiento[3].

Las garantías penales y procesales penales no se pueden estudiar de forma aislada. El garantismo nació en el Derecho como respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos, que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos, y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen[4], en el marco de una teoría del derecho que el autor define como "garantista o positivista critica", prefiriendo estos términos al de " constitucionalistas".

El girantismo penal opera sobre todo descubriendo, denunciando las contradicciones y quitando legitimidad a las prácticas operativas arbitrarias del Derecho penal efectivo y al mismo tiempo reclama que se haga cada vez más efectivo el derecho penal válido.

No basta con que las normas sean dictadas conforme a los requisitos formales, que estén vigentes en determinado espacio y tiempo, ni que se apliquen a situaciones concretas, es necesario que las normas obtengan el consenso de los gobernados. WEBER (1922) respecto al Código napoleónico señaló, que el derecho sólo puede ser legítimo cuando no contradice los postulados básicos. Por su parte GUASTINI, otorga otro valor al término vigencia a partir de posiciones positivistas, parte de analizar la legitimidad del Estado y del poder político si este está disciplinado por normas, por lo que la legitimidad en este caso significa que el Poder existe conforme a reglas aplicando al fenómeno jurídico, vincula el vocablo legitimidad a la validez o existencia normativa[5].

Analizaré los términos de validez, vigencia o eficacia de la noma, los principios que deben sujetarse par determinar la vigencia, así como la real correlación entre hechos social y norma reguladora, teniendo en cuenta su realización no sólo voluntaria, sino como la intervención del Estado, e incluso la aceptación social o influencia que la

[3] PEÑA, A. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Ed. Trotta .Madrid 1997, pp. 53,54 y 57.

[4] FERRAJOLI. L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal .Ed. Trotta. Madrid 1994, pp. 357 ss. y 868 ss.¸SERRANO, JL. Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Ed. Trotta. Madrid 1999, p. 14

[5] GUASTINI, R.I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli. Ed. Giappichelli.Turín 1993, pp. 130-131.

disposición o la norma ejerce sobre la sociedad, su valor social en correspondencia con el ideal de Justicia que a través de ella se haya querido o podido expresar, desde los parámetros del garantismo.

El garantismo se gestó en el ámbito del Derecho Penal mínimo; pero su importancia y significado y consecuencias esta vinculado a otras ramas del Derecho, como son la Teoría del Derecho y del Estado, el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho, así como a las Ciencias Políticas y Sociológicas Jurídicas..

El garantismo penal es una corriente de pensamiento que básicamente a través de la crítica simultanea de las normas penales ineficaces y de las prácticas penales invalidas tiende a reducir la brecha entre el plano normativo y lo que acontece en la realidad entre el " deber ser" y el " ser", en el ámbito de la penalidad.

La parte más significativa del garantismo es la que incumbe al Derecho Penal, por tratar las cuestiones del Derecho más sensibles a los derechos y garantías constitucionales que protegen a los ciudadanos de las pulsiones del Estado sobre sus libertades.

II. DISTINCIÓN ENTRE VALIDEZ, VIGENCIA O EFICACIA DE LA NORMA JURÍDICA

Se designa válida una norma cuando cumple con los requisitos formales y materiales necesarios para su producción. La validez de la norma no depende sólo del acto de su promulgación y publicidad, a partir del cual se declara la existencia de la norma, aunque es uno de sus efectos, en tanto la norma debe existir jurídicamente para poder ser exigible.

Requisitos previo de la validez normativa es la publicidad en el sentido de dar a conocer el nacimiento de la disposición, el inicio de su vida jurídico formal, y la posibilidad de su existencia y obligatoriedad para los destinatario, toda norma se dicta para que tenga vida indeterminada, por tanto la vigencia es a partir de la fecha de su publicación si ella no establece lo contario.

La validez de una norma de Derecho y de la disposición que la contiene y expresa es un elemento importante para la eficacia de la misma, para el logro de su realización en la sociedad tal y como se previó, permitiendo con ello la realización de la finalidad que se persigue, conservar, modificar, legitimar cambios sociales.

Una norma es válida cuando existe un acuerdo con el Derecho, validez significa "*existencia jurídica*", de este modo el fundamento de validez lo que permite certificar la existencia y obligatoriedad de las nomas.

Según Hans KELSEN[6], la validez de normas jurídicas designa la existencia de ellas y su pretensión de obligatoriedad, en doble sentido para los sujetos normativos que deben obedecer aquellas normas y para los órganos jurisdiccionales que deben aplicarlas en sus consecuencias coactivas cuando no hayan sido obedecidas. Posteriormente KELSEN reflexionó acerca de la importancia de los valores (igualdad, libertad, dignidad...) y de su relativismo en el Derecho, en su obra *¿Qué es la justicia?*

Conforme al sistema garantista que plasmó FERRAJOLI[7] en su obra *Derecho y Razón* (1989), para afirmar la existencia de un Estado de Derecho que responda a una concepción de Derecho penal mínimo y por tanto que pueda considerárselo garantista, sus normas jurídicas deben consagrar, y sus prácticas operativas deben tender a que no haya pena sin delito, no haya delito sin ley previa, no haya ley sin necesidad, no haya necesidad sin ofensa, no haya ofensa sin acción, no haya acción sin culpabilidad, no haya culpabilidad sin juicio, no haya juicio sin acusación, no haya acusación sin prueba, no haya prueba sin defensa.

La ruptura de la identidad entre validez y existencia de una norma hace posible dar cuenta de la existencia o vigencia en un determinado ordenamiento jurídico de normas jurídicas que no son válidas.

El Derecho penal vigente, no coincide con el derecho penal valido, está vigente aunque sea inválida una norma penal efectiva que cumple con el ámbito de validez aunque sea inválida continua vigente pese a su invalidez.

Esta vigente aunque se inefectiva, el derecho penal vigente puede no coincidir con el derecho penal efectivo.

Las teorías garantistas del Derecho penal parten entonces de la distinción de la vigencia de las nomas penales tanto de su validez como de su efectividad.

Que una ley penal existe o esté vigente significa sólo que está contenida en un texto legislativo no anulado, lo que no quita que la misma pueda no ser aplicada cuando el juez la considere inválida. Los jueces tiene el poder de interpretar las leyes y

[6] KELSEN, H. Teoría pura del Derecho. UNAM, México DF 1960, pp. 291 y 315.
[7] FERRAJOLI, L. Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, 1994.pp. 357 ss., y 857 ss.

suspender su aplicación si las consideran inválidas por contradecir el contenido de la Constitución, que la ley penal se ha aplicado sólo quiere decir que es efectiva, pero no necesariamente que sea válida.

La invalidez de una ley penal debe ser reconocida y declarada por el juez, ya que todas las normas gozan de presunción de validez, por razón de certeza y de funcionalidad, siendo esta una presunción relativa.

Sólo una ley penal válida comporta para el Juez, la obligación de aplicarla. El poder de disposición del Juez está en que puede declarar inválida una ley.

FERRAJOLI[8] afirma que la tarea del jurista es estudiar las normas para dejar al descubierto la incoherencia y la falta de plenitud, poniendo en evidencia aquellas normas inferiores y prácticas operativas que considera inválidas y aquellas normas superiores que considere infectivas. La contradicción de una norma con otra de jerarquía superior que predetermine no las condiciones formales de su producción sino su contenido con los principios constitucionales, mientras no sean anuladas, seguirán perteneciendo al ordenamiento jurídico y podrán ser aplicadas por sus operadores.

El garantismo penal opera sobre todo descubriendo, denunciando estas contradicciones quitándole legitimidad a las practicas operativas arbitrarias del derecho penal efectivo, al mismo tiempo declara para que se haga cada vez más efectivo el derecho penal válido.

III. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS ENTRE VIGENCIA Y VALIDEZ.

La interpretación judicial de la Ley es también un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez.

El Derecho que es y el Derecho que debe ser, la divergencia ente vigencia o existencia y validez.

El valorar la validez o la invalidez de las normas vigentes y la correlativa efectividad o inefectividad de las normas jurídicas de rango superior que establecen los parámetros de validez tanto formales como sustanciales.

La ciencia jurídica no debe limitarse al análisis de la validez, ni a la sola observación de lo que sucede de hecho, sino considerar ambos puntos de vista, validez y

[8] FERRAJOLI, L. El derecho como sistema de garantías, en Id., Derechos y garantías. Ed. Trotta, Madrid 1999.p. 361.

efectividad, como perspectivas complementarias y parciales desde las cuales aproximarse a los fenómenos jurídicos normativos.

La validez de una norma cualquiera no se debe supeditar a su correcta interpretación, ni siquiera a que sea aplicada para resolver el supuesto de hecho por ella contemplado[9].

Validez y eficacia pierden buena parte de sus elementos específicos y tienden a confundirse con el conocimiento del Derecho.

La validez no puede hacerse descansar sobre una condición del pensar jurídico como es la norma hipotética fundamental, sino sobre su propia eficacia, la idea se encuentra en KELSEN[10], un sistema jurídico existe si reúne un cierto grado de eficacia.

Una aproximación exclusivamente normativa, que se limita al análisis del significado de las normas permite solamente describir el "deber ser" (vigencia), normativo de los fenómenos jurídicos regulados pero no su ser efectivo. A la inversa una aproximación exclusivamente realista, permite sólo describir los fenómenos jurídicos tal como son efectivamente y no como normativamente deben ser, una definición de derecho valido ideológicamente neutral es válida aunque sea injusta cualquier norma o prescripción que sea conforme a las normas acerca de su producción[11].

Lo que ocurre es que entre las normas acerca de la producción de normas el moderno estado constitucional de Derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúa como parámetros o criterios de legitimidad.

La eficacia de la norma no se valorará por su aplicación, sino por la aceptación y defensa que de ella hacen los destinatarios al sentir que la norma expresa sus propios intereses.

El garantismo lleva hasta sus últimas consecuencias la aplicación coherente y rigurosa del nuevo paradigma normativo liderado por un constitucionalismo rígido, se

[9] HART, H.L.A es válida una norma cuando cumple los requisitos formales y materiales exigidos para la creación de normas jurídicas, cuando se acepta como integrante del orden jurídico. El concepto de Derecho, .2ª ed. Ed. Nacional de México. 1980 pp. 125 y ss.

[10] KELSEN, h. Teoría pura del Derecho. Ed. Unam, México DF, 1995 p. 291.

[11] FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Ed. Trotta, Madrid 1994, pp. 871-872 y 358.

centra en hacer cumplir al Estado esas declaraciones normativas, para que los derechos de los ciudadanos se integren eficazmente en el ordenamiento jurídico[12].

IV. CUESTIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE VALIDEZ Y EFICACIA.

El comportamiento de los Tribunales resulta esencial para medir la eficacia y validez de las normas.

Los jueces deben interpretar el ordenamiento de acuerdo con la Constitución, aplicar sus preceptos en la medida de lo posible aunque el legislador omita su desarrollo, e incluso plantear cuestiones de inconstitucionalidad cuando proceda.

Las sentencias del Tribunal Supremo tienen una extraordinaria importancia para mediar la eficacia de las normas.

Los jueces deben interpretar el ordenamiento de acuerdo con la Constitución, y aplicar sus preceptos en la medida de lo posible aunque el legislador omita su desarrollo.

La eficacia de los textos normativos depende del comportamiento de los poderes públicos.

Las Constituciones son verdadera fuente del Derecho de la que nacen derechos y obligaciones para los ciudadanos y para los poderes públicos.

Por un lado el carácter normativo de la Constitución, que se concibe como una norma jurídica, como fuente del Derecho, vinculante para los ciudadanos y para los poderes públicos, y por otro lado constituye el eje sobre el que debe girara toda la actividad judicial. La función de los jueces en la interpretación y aplicación de las leyes fundamentales se integra por el órgano judicial que aplica el Derecho representa una condición ineludible para su efectividad.

Los Tribunales interpretan la Constitución para decidir si alguno de sus preceptos resulta o no aplicable al caso debatido, enjuician la constitucionalidad de las leyes, ya sea para concluir que no existe antinomia, ya sea, en el caso contrario para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Se ha llegado incluso a escribir que una norma puede ser más o menos válida de acuerdo con el grado de probabilidad con el que puede producirse que sea aplicada[13] .

[12] IBÁÑEZ, PA. Prólogo en Derechos y Garantías- La ley del más débil. Ed. Trotta, Madrid 1999.
[13] HART. H.L.A, El concepto de Derecho.Ed Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995, p. 170.

De ahí se deduce la importancia que tiene la función judicial para la eficacia del Derecho.

El grado de eficacia de la norma dependerá de la precisión del mandato contenido en ella, el juez la aplicará cuando regule el objeto de litigio de forma más o menos precisa.

La ley contraria a la Constitución es una ley inválida, tanto si es anterior como se es posterior, pero esa invalidez debe probarse y en principio sólo puede hacerlo el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de que el juez ordinario tenga también una competencia,. El juicio de inconstitucionalidad se atribuye al Tribunal Constitucional y consiste en comprobar la validez de una norma, tomando como parámetro los preceptos constitucionales, al Tribunal Constitucional se llevan las normas de cuya validez se duda.

Una ley contraria a la Constitución no perderá validez ante el juez ordinario cuando el precepto vulnerado no se beneficia de los efectos derogatorios y, en cambio, podrá ser declarada inválida por el Tribunal Constitucional.

La validez de una norma deberá mantenerse por el juez ordinario pero también por el Tribunal Constitucional.

La validez de una norma expresa su pertenencia a un sistema normativo. Existe como norma por haber sido promulgada por los cauces adecuados y no haber sido derogada.

La eficacia de la norma alude al grado de aceptación y cumplimiento de la misma en la sociedad. La eficacia condiciona la validez de la norma. Si la eficacia es nula, no puede existir como sistema jurídico.

La justicia de una norma se refiere a la adecuación de la misma a un sistema de valores. La norma por ser justa es también legítima.

En conclusión la vigencia o existencia y la validez de las norma jurídicas, se entronca con el deber del juez de aplicar la Ley y la asunción por la ciencia jurídica de realizar una tarea crítica interna del derecho positivo.

La coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico caracterizado por la antinomias entre normas vigentes inválidas y lagunas normativas que de acuerdo a las

prescripciones constitucionales deberían encontrarse vigentes y que sin embargo no lo están y se consideran sin embargo como ideales-limites del derecho válido.[14]

V. CONCLUSIÓN

En conclusión, las Constituciones en los Estados de Derecho no se que limitan a dictar normas formales, sino que establecen los derechos inviolables de los ciudadanos, cuya garantía es condición de su validez.

Los derechos fundamentales están recogidos en las constituciones y constituyen límites insalvables de las decisiones de los gobiernos.

El Estado tiene que actuar por un lado como garante de estos derechos, haciendo efectivo lo que la constitución, tratados internacionales y demás leyes inferiores consagran en materia de derechos fundamentales y garantías que forman parte del ordenamiento, y que muchas veces no se cumplen, basado en los valores de justicia, libertad e igualdad y al mismo tiempo establecer los límites para dichas libertades (binomio derechos fundamentales perder estatal).

La consolidación de la democracia es la razón de ser del garantimos, en tanto mantiene separados el " ser" y el "deber ser" en el Derecho, el deber del juez de aplicara la ley y la obligación de la ciencia jurídica (en su producción jurídica) de asumir la tarea de crítica interna del derecho positivo.

La garantía de los derechos y el sometimiento de todos los poderes públicos a derecho, dando efectividad a los valores del moderno estado de derecho, esta es la razón de ser del garantismo, fortalecer y consolidar la democracia, a través de las críticas de las normas penales ineficaces y de la practicas penales invalidas.

BIBLIOGRAFÍA

FERRAJOLI, L. Derecho y razón- El derecho como sistema de garantías en Teoría del garantismo penal Ed. Trotta, Madrid, 1995.

— El derecho como sistema de garantías en Teoría del garantismo penal- La ley del más débil. Ed. Trotta, Madrid 1999.

GUASTINI, R. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo, Ed. Giappichelli, Turin 1993.

HART, H.L.A. El concepto de Derecho. 2ª Ed. Nacional de México.1980

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Prólogo en Derechos y Garantías- La Ley del más débil. Ed. Trotta, Madrid 1999.

[14] FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Ed.Trotta, Madrid 1995, p. 878.

KELSEN, HA. Teoría pura del Derecho. Ed. Unam, México DF, 1995.

PEÑA, A. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Ed. Trotta, Madrid 1997.

PRIETO, L. Constitucionalismo y positivismo. Ed. Fontanamara, México DF 1997.

SERRANO, JL. Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Ed. Trotta, Madrid 1999.

* * * * *

Patricio Arribas y Atienza

Letrado de la Administración de Justicia, Madrid. Socio de la FICP.

~La grabación como garantía de la instrucción penal~

Resumen.- En el presente artículo estudiaremos uno de los modos de documentación usados actualmente, la grabación, tanto desde el punto de vista legal como desde el punto de vista práctico, su oportunidad como elemento coadyuvante a una mayor garantía en las declaraciones penales durante la instrucción y haciendo referencia a la situación actual de la cuestión que nos ocupa

Palabras clave.- Documentación; declaración; judicial; grabación; regulación; federatario; letrado; instrucción

I. DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN

La grabación de las declaraciones de investigados, perjudicados y testigos en fase instructora, no es más que el modo de documentarse por el Letrado de la Administración de Justicia las mismas, por lo que nos encontramos en el marco de las funciones de fe pública judicial y documentación de actuaciones, no vamos a entrar ahora en la trascendencia de dichas funciones y en su configuración como elemento de un modo u otro integrante del ejercicio de la jurisdicción, pues se mantenga la postura doctrinal que se mantenga sobre el concepto de jurisdicción, resulta indiscutible que en caso que una actuación instructora llevada a cabo por el juez, careciese de dicha asistencia devendría nula de pleno derecho. Lo que vamos a resaltar es la conveniencia de la grabación de las declaraciones penales en la instrucción y contradiciendo el título de este artículo, evidentemente no es la propia grabación lo que garantiza nada, pues la garantía viene por la actuación del federatario del tribunal, pero sí que es un plus añadido a la calidad en la documentación del acto, si bien me he permitido la ambigüedad en el titulo con la finalidad de llamar la atención del lector, vayan pues por delante mis disculpas por este pequeño truco.

II. LA REGULACIÓN LEGAL

Tenemos en primer lugar el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en que su punto 1 dice; “Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación, estableciendo con carácter general el principio de oralidad especialmente en materia penal, la referencia a la documentación de este apartado que no ha sido reformado desde la entrada en vigor de la Ley, lógicamente habrá que entenderla conforme a la actual regulación en lo referente a la documentación de actuaciones.

El artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del cual resaltamos su apartado 1; "Los Juzgados y Tribunales y las Fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establecen el Capítulo I bis de este Título, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y las demás leyes que resulten de aplicación." del que destacamos dos cosas, la obligatoriedad del su uso de dichos medios y la posibilidad del Consejo General del Poder Judicial de dar Instrucciones en dicho ámbito, y en ejercicio de esa capacitad recientemente en fecha 20 de abril del 2,017 su Comisión Permanente se ha pronunciado sobre la cuestión de las transcripciones de las grabaciones.

Por su parte el apartado 3 del mencionado precepto de forma tajante afirma; "Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse", cuando la literalidad de ley se pronuncia con tal contundencia, huelga cualquier otra interpretación y por ello el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial nos dice que transcribir a papel esas declaraciones no se ajustan al ordenamiento jurídico.

Sin embargo en la regulación de la ley de Enjuiciamiento Criminal, son varios los artículos que haciendo referencias al carácter escrito de la declaración parecen ignorar la moderna regulación en la materia que acabamos de exponer, no obstante como expuso en su día la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía[1], " bien por

[1] Acuerdo 248/15 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en relación con comunicación el Juzgado de Instrucción 6 de Almería por petición de la fiscalía de transcripción de 43 CD's de declaraciones de imputados y testigos, llegando a las siguientes conclusiones:

1. Los Secretarios Judiciales ostentan en exclusividad el poder de documentación de los actos procesales para su incorporación al proceso (artículo 453.1 LOPJ), con respeto a la legalidad vigente y, muy especialmente, a las normas procesales que han de aplicar (artículo 230 LOPJ), debiendo atender con especial atención a las limitaciones que al uso de documentos, archivos y ficheros electrónicos, establece la Ley de Protección de Datos.

2. La LECrim, en la redacción actual de los artículos 385 y siguientes, reguladores de las declaraciones de los procesados, testigos y peritos en el proceso penal, no impone obligatoriamente la forma escrita en la documentación de dichas declaraciones aún no habiendo sido modificados dichos preceptos, por lo que ha de entenderse, bien por vía de aplicación supletoria de la LEC, de la directa de la LOPJ o de 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,* que los secretarios judiciales podrán optar por una u otra en uso de sus atribuciones como fedatarios públicos, sin que tenga sentido el despilfarro de recursos que supone utilizar ambas vías de documentación. Verificada, por tanto, la documentación digital, no es procedente la transcripción escrita de la misma, sin perjuicio, en todo caso, de supuestos excepcionales que así lo aconsejen.

3. Instar del Secretario de la Sala de Gobierno y de las Secretarias de Gobierno de las ciudades de Ceuta y Melilla, que, en sus funciones de Secretarios de Gobierno y superiores jerárquicos de los

aplicación extensiva del artículo 743 de la LECrim, bien por supletoriedad de los artículos 145 a 147 y 187 de la LEC, o bien por aplicación directa de los artículo 230 y 453.1 de la LOPJ, el Secretario Judicial no pueda ejercer su facultad de documentación, optando entre las dos alternativas posibles de la redacción escrita de las declaraciones instructoras o su grabación en soporte electrónico, sin que tenga sentido alguno la transcripción de lo grabado, salvo supuestos excepcionales debidamente justificados".

Además como acabamos de ver será de aplicación supletoria el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que reitera la prohibición e transcripción prevista en la Ley orgánica del Poder Judicial

Importantísimo el artículo 8 de 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 que impone la obligatoriedad por todos los operadores jurídicos internos del uso de los sistemas informáticos[2].

Y por último no olvidemos que conforme al artículo 453,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[3] es competente en exclusividad sobre esta materia el Letrado de la

---

secretarios judiciales de su territorio, adopten las medidas oportunas a fin de garantizar que la grabación digital de los actos procesales se realice con la máxima diligencia y aplicación en orden a obtener documentos de utilización ágil y fluida, lo que deberá permitir a los destinatarios de los mismos, es decir, los titulares de la jurisdicción y las partes del proceso, navegar con facilidad dentro de su contenido. Esto implica la necesidad de la señalización manual o informática de los hitos importantes del acto procesal objeto de la grabación, que harán de índice de la misma.

4. Igualmente, instar de la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía para que, tomando conciencia de la problemática expuesta, aborde de forma inmediata la solución a la necesidad de reproducir las grabaciones realizadas en la fase de instrucción cuando esto sea necesario, dotando a las salas de vistas de esta Comunidad Autónoma de una equipación adecuada que habilite la reproducción de lo grabado con rapidez y precisión, allí donde esto sea necesario y mientras el juicio o vista oral se está celebrando.

5. Entender que la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Almería, no obstante su forma, tiene una naturaleza gubernativa o administrativa, no jurisdiccional, en cuyo ámbito carece de competencia para dirigirse a una oficina judicial que no es la propia, por lo que, de seguir entendiéndose la necesidad de realizar las transcripciones acordadas, deberá ser la oficina del Ministerio Fiscal que ha solicitado las mismas, la que deberá asumir el coste de real izarlas."

[2] Artículo 8. Uso obligatorio de medios e instrumentos electrónicos.

Los sistemas informáticos puestos al servicio de la Administración de Justicia serán de uso obligatorio en el desarrollo de la actividad de los órganos y oficinas judiciales y de las fiscalías por parte de todos los integrantes de las mismas, conforme a los criterios e instrucciones de uso que dicten, en el ámbito de sus competencias, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Administraciones competentes, así como a los protocolos de actuación aprobados por los Secretarios de Gobierno.

[3] El artículo 453,1 dispone; "Corresponde a los Secretarios Judiciales, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias.

Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, las vistas se podrán desarrollar sin la intervención del Secretario Judicial, en los términos previstos en la ley. En todo caso, el Secretario Judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido."

Administración de Justicia, por lo que este será en última instancia quien tenga que resolver en caso que se suscite controversia sobre la documentación.

Además de la claridad legislativa expuesta en la moderna legislación resulta también de interés la opinión doctrinal del propio Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia que como hemos adelantado son los competentes en exclusiva en esta materia y que han reiterado en diversas ocasiones la conveniencia de la grabación de las actuaciones penales instructoras[4] (4)

III. VENTAJAS DE LA GRABACIÓN

Como hemos visto la regulación legal en la materia es clara y diáfana y las dudas que puedan surgir, por la falta de adaptación suficiente de la decimonónica ley de Enjuiciamiento Criminal queda suficientemente salvadas mediante la interpretación efectuada por los propios responsables de la documentación judicial y hasta por Consejo General del Poder Judicial, pero lo que pretendemos en este artículo es aportar argumentos en favor de la grabación de las declaraciones en el marco de la instrucción y su contribución como garantía penal.

Se trata en definitiva de dilucidar con qué medios, y en qué condiciones mediante la fe pública judicial y la documentación, que en este caso resultan los elemento garantista, pueden quedar mejor protegidos los derechos que reconocen las leyes a los sujetos participantes en el proceso penal y especialmente en el caso de los investigados.

Entre los derechos reconocidos en nuestra legislación, como no podía ser de otro modo en un Estado de Derecho, está el de ser oído antes de dictarse cualquier tipo de medida limitadora de las libertades y derechos y lógicamente antes de ser condenado. Pues bien la documentación de esa audiencia debe tener lugar con aquellos medios disponibles que mejor garantice la fidelidad de la realidad acontecida, mucho más si puede resultar necesario comparar o analizar esa declaración en un momento posterior al momento en que se practicó, como podría ser en el plenario la necesidad de contrastar lo dicho en la instrucción con lo declarado en este otro momento o asimismo cuando el instructor o juzgador necesita en la soledad de su examen de las actuaciones, repasar o recordar lo que en su momento se había declarado.

[4] Véase el informe "Documentación de las Actuaciones" elaborado por la Comisión de estudios e informes del Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la administración de Justicia al que se puede acceder en su propia web http://www.letradosdejusticia.es/item/2140-transcripcion-de-las-actas-por-el-secretario-judicial

Siempre una grabación de la declaración resultará en aras del objetivo señalado anteriormente muy superior su eficacia al de una transcripción, creo que no sería necesario explicar esto por lo evidente de la cuestión, pero por si alguien pudiera tener dudas referiremos un par de apuntes

En primer lugar la literalidad siempre se recogerá mejor en la grabación que en la transcripción y precisamente el hecho que el artículo 397 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevea la posibilidad de que el procesado pueda dictar por sí mismo la declaración (derecho que por cierto conviene recordar independientemente del soporte que utilicemos) y que además prevé que en caso de no hacerlo él, lo hará el Letrado de la Administración de Justicia procurando, en cuanto fuere posible, consignar las mismas palabras de que aquél se hubiese valido, al contrario de cómo han opinado algunos, no es un argumento en favor de la transcripción sino un elemento más en apoyo de la necesidad de grabación que hemos visto en el apartado anterior exige la Ley, ya que resulta el modo material más adecuado para conseguir el objetivo de la literalidad.

En segundo lugar si bien el lenguaje oral podemos entender sea el que más información nos ofrece, lo cierto es que dicho lenguaje viene acompañado de otros que no pueden ser reflejados en un soporte documental exclusivamente escrito. Además del silencio que no solo podemos valorar en la comunicación su hecho sino como se produce.

Pero además la diferente entonación del declarante tal y como nos expone la SOTO SANFIEL.MARÍA, tienen una influencia imposible de detectar en la escritura; "el tono influye en las impresiones, que la percepción del rostro evidencia las diferencias en el enjuiciamiento de las voces agudas, medias o graves, y que la credibilidad dirige las evaluaciones"[5] en definitiva el modo en que decimos las cosas la entonación al hablar es significativo y nada de esto puede recogerse en una transcripción por escrito.

Añadimos además lo que también se conoce como lenguaje fonético, esto es sonidos sin configurar palabras que no por poco habitual en el transcurso de una declaración, puede en ocasiones producirse

No se pueden transcribir las emociones que percibimos en el interlocutor, como mucho se podría en una declaración, lo que por otro lado no está previsto legalmente,

[5] SOTO SANFIEL, María, Efecto del tono de voz y de la percepción del rostro en la formación de impresiones sobre los hablantes mediáticos, Publicación Comunicación y sociedad no, 10, 2008, p. 129.

hacer referencia a las impresiones subjetivas del federatario o de quien está tomando la declaración, pero esto parte de la extrema dificultad práctica iría también en determinados supuestos contra el propio principio de inmediación

Y como concluye la experta más arriba mencionada, "la credibilidad es el factor que guía, esencialmente, la formación de impresiones sobre los actores de la representación mediática y es el elemento que ayuda a organizar el resto de las evaluaciones de las audiencias"

Asimismo los expertos en materia de lenguaje kinésico y proxémico, el primero en referencia al lenguaje corporal y gestual y el segundo la utilización del espacio entre interlocutores como elemento de la comunicación[6] nos hace ver la importancia de una documentación que haga posible recoger lo actuado en toda su integridad.

Con todo lo que resulta que el mejor modo de documentar las actuaciones orales no es otro que la grabación, que por supuesto deberá estar garantizada bajo la fe pública judicial, pero sin duda este es el soporte más adecuado para reflejar la actuación practicada.

IV. CUESTIONES PRÁCTICAS

Como hemos concluido en los dos anteriores apartados respecto a la grabación de las declaraciones penales en la fase de instrucción (también en el juicio oral) resulta que la grabación es el modo técnico exigido por la Ley, pero además este se demuestra como el más adecuado para garantizar la autenticidad de lo actuado y con ello garantizar los derechos del ciudadano ante el proceso.

Sentado lo anterior no podemos obviar que en la práctica el uso de la grabación puede resultar incómodo o poco operativo en su uso en determinadas situaciones, como puede ser a la hora de exponer en el plenario un determinado momento de la declaración instructora, pero ante esto la solución no puede venir por imponer una transcripción por mandato procesal, que como hemos visto anteriormente no solo no está prevista por la Ley, sino que se prohíbe expresamente por esta. La solución nos la acaba de dar como ya habían hecho anteriormente Salas de Gobierno de diferentes Tribunales Superiores, el Consejo General del Poder Judicial en la Comisión Permanente de este reciente 20/04/2017 y que esta debe ser de carácter técnico y como nos dice se debe cuidar que

[6] Fuente del vocabulario técnico lingüístico: https://sites.google.com/site/tiposdelenguajelacomunicacion

la grabación sea efectuada con los oportunos puntos de control que permitan tanto al juez como al tribunal y a los abogados acceder con facilidad y agilidad al punto y momento que en cada caso precisen de la grabación efectuada para el ejercicio de sus funciones judiciales y profesionales, respectivamente".

Para ello, añade la Comisión Permanente, "es absolutamente imprescindible que las Administraciones competentes -Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas con competencias en la materia- pongan a disposición de los órganos judiciales los medios técnicos que permitan llevar a cabo sin dificultad tales funciones y cometidos, para que la grabación, de una parte, recoja de manera absolutamente fidedigna, íntegra y completa la declaración y, de otra, sea posible con sencillez y rapidez acceder a cualquiera de los contenidos con plenas garantías", así rezaba la nota emitida por dicho Consejo.

Pero además de la legalidad expresada, la transcripción o es completa y entonces requeriría de unos medios que hoy por hoy no se disponen o se hace de modo incompleto con lo cual se estaría dando una visión parcial de un acta completa, lo que en ningún caso es de recibo

Como indicaba en sus conclusiones CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, en un atinado artículo, "La transcripción de actuaciones procesales contenidas en soporte audiovisual no tiene amparo, cobertura ni exigencia legal, siendo un residuo de la costumbre ajeno completamente a las necesidades de control judicial y encontrando única justificación en la comodidad. Lo esencial es el contenido de la grabación y no el soporte físico de la misma"[7].

Lo que ha señalado nuestro propio Tribunal Supremo indicando que "las transcripciones de actuaciones sólo son un medio contingente –y, por tanto, prescindible que facilita su consulta", obedeciendo, en la mayoría de los casos, a razones de costumbre o comodidad"[8].

Y efectivamente cosa diferente es que cualquier parte o autoridad por su comodidad tenga a bien transcribir la declaración pero esto lo hará a su costa o con los elementos de que esa parte o autoridad interesada disponga o tenga asignados.

Recientemente se pública la noticia de que un afamado despecho de Abogados

[7] CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, Cuando la transcripción es invasión: caso palma Mallorca, La Ley 5316/2012, Doctrina, p. 4.

[8] Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2009

había incorporado entre sus herramientas una aplicación que transcribe literalmente al papel toda la grabación del sistema Arconte (utilizado en las salas de vista de los tribunales) pues bien si las posibilidades técnicas existen es cuestión de voluntad política y claro sobre todo de presupuesto, que la Administración de Justicia pueda disponer de herramientas de las que ya dispone la empresa privada, pero en cualquier caso el mejor remedio técnico por todo lo que se ha expuesto es el uso del que ya se dispone, de acotaciones que hagan ágil el visualizado de la grabación.

No podemos pasar por alto referirnos a la reciente Instrucción 3/2017, sobre documentación de las diligencias sumariales de naturaleza personal y que de modo sorprendente en contra de lo resuelto por el Tribunal Supremo y los recientes criterios del Consejo General del Poder Judicial, utilizando argumentos contrarios a los por estos acogidos, en sus conclusiones dispone entre otras que " los señores fiscales, cuando lo estimen necesario para preparar adecuadamente la prueba, interesarán de forma razonada al Juzgado la documentación escrita de las diligencias sumariales", por todo lo dicho anteriormente no vemos amparo legal suficiente para solicitar del Juzgado transcripción de actas, pero en el caso concreto será el Letrado de la Administración de Justicia quien decida lo correspondiente.

Lo que resulta evidente es, que con dicha petición, no se está reclamando la actuación federataria, que por otro lado habrá sido ya debidamente ejercida si no una mera actuación material que debiera ser efectuada en dicho caso por la propia Fiscalía mediante sus propios medios funcionariales y materiales, veremos cómo se desarrolla esta cuestión en el futuro.

V. PERSPECTIVA DE FUTURO

Por último haremos una breve referencia a la posibilidad que un futuro, se ignora si medio o lejano, pues resulta evidente por una cuestión de meros plazos la imposibilidad que sea cercano, que pase la instrucción penal a ser competencia del Ministerio Fiscal.

En este caso todo lo señalado sobre las ventajas de la grabación como un plus en la garantías procesales en el orden penal sería igualmente aplicable, si bien habría un cambio sustancial en cuanto a su sustento legal, pues dicha grabación como cualquier otra actuación ya no estaría bajo la fe púbica judicial que concurre exclusivamente en el ámbito del tribunal. Ningún problema hay en ello, pues el Misterio Fiscal como otros

funcionario tiene capacidad de certificación y presunción de veracidad en sus actos, encuadrándose la fe pública judicial en el ámbito del tribunal de garantías que se prevé en paralelo a la instrucción fiscal como control jurisdiccional de su actuación cuando estén en juego derechos fundamentales o en el propio ámbito del tribunal sentenciador cuando así sea necesario.

* * * * *

Ana Isabel Betrán Pardo

Fiscal sustituta, Tarragona. Doctoranda en Derecho Penal. Socia de la FICP.

~La declaración del encausado en el juicio oral: condiciones en las que ha de practicarse para un mejor descubrimiento de la verdad~

I. INTRODUCCIÓN

Resulta una característica común que puede predicarse de todos los procesos judiciales que la prueba se presenta como el necesario y adecuado instrumento a través del cual el Juez entra en contacto con la realidad extraprocesal. Más concretamente y en lo que afecta al proceso penal, la función del mismo es la búsqueda de la verdad material, lo que realmente ha acontecido, para así concretar unos hechos que han de ser probados y posteriormente encajarlos en un tipo penal o por el contrario, afirmar su carácter no delictivo.

El proceso penal español se inspira en una serie de principios como el de presunción de inocencia, igualdad de armas, contradicción, inmediación, oralidad y publicidad y su punto de partida es el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artº 24 de la Constitución, de forma que corresponde al Ministerio Fiscal y a las acusaciones privadas aportar las pruebas suficientes para enervar ese principio de presunción de inocencia. Si las acusaciones no aportan pruebas, el Juez o Tribunal no puede condenar, pues no pueden acodar su práctica de oficio en el plenario. Y ello a diferencia de lo que ocurre durante la fase de instrucción en la que el Juez de instrucción sí puede acordar de oficio la práctica de diligencias de instrucción en su misión de recogida del material indiciario necesario que lleve a determinar la naturaleza delictiva de los hechos.

Por otra parte ha de aludirse a que de entre todas las teorías que inspiran en derecho penal destacaremos la teoría del garantismo penal que modernamente está representado en la doctrina por FERRAJOLI. El garantismo penal se puede definir como un conjunto de conocimientos capaces de fundamentar la limitación al poder punitivo del Estado desde una óptica de primacía del individuo. Así, mientras los autores clásicos ponían el acento en la limitación al poder de los jueces a través de la ley, ahora se estructura una concepción más compleja que se corresponde con la consolidación del Estado de Derecho y donde no sólo la ley limita al juez, sino que el propio legislador está limitado sustancialmente por el proyecto político plasmado en las Constituciones

modernas. En referencia al legislador, llega a afirmar el citado autor que es la verdad y no la autoridad la que hace el juicio (*veritas, non auctoritas facit iudicium*)[1], por lo que es fundamental para la actividad judicial el contar con una adecuada teoría de la verdad. Este autor ha sido uno de los máximos responsables del uso del concepto de verdad como garantía de libertad y ha sostenido por ello que las garantías procesales se configuran no sólo como garantías de libertad sino también como garantías de verdad[2].

Todo lo anteriormente expuesto ha de relacionarse con lo dispuesto en la parte final del artº 701 de la LECrim, precepto este en el que bajo la premisa de lograr un mejor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad, se establece la posibilidad de que el Juez o Magistrados que presiden el juicio penal puedan alterar el orden de los testigos propuestos por las partes. Este precepto está encuadrado en la Sección Segunda del Capítulo III, Título III del Libro III de la LECrim, bajo la rúbrica "Del examen de los testigos", por lo que en principio sólo debería hablarse de la posibilidad de alterar el orden de los testigos propuesto por las partes. Pero este precepto viene a servir de amparo legal desde hace unos años a algunos Juzgados y Tribunales para practicar las pruebas en orden distinto al propuesto por las partes, y más concretamente, para relegar el interrogatorio o declaración del encausado a la última de las pruebas a practicar, invirtiendo así el orden establecido en los escritos de acusación.

Podríamos decir que estamos ante una manifestación de garantismo procesal *ad intra*, es decir, que no tiene su origen ni en el legislador ni en la Constitución, sino que se manifiesta en aras al mejor descubrimiento de la verdad y es administrado por quien tiene la función de juzgar de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Pero esta tendencia es minoritaria y a la misma se llega a través de una interpretación forzada del texto legal, ya que el mismo sólo se refiere a alterar el orden de la declaración de los testigos propuestos, si bien ha de entenderse permitida la aplicación analógica por hacerse en beneficio del reo. Encuentra su inspiración en el derecho anglosajón, si bien, y como analizaremos, existen notables diferencias entre aquel y nuestro proceso en lo que se refiere a las condiciones en las que ha de prestarse la declaración del encausado en el plenario, que acaba teniendo un fundamento distinto

[1] FERRAJOLI, L., Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 37.
[2] FERRAJOLI, L., Derecho y razón, 1995, p. 541.

y una finalidad distinta, hasta el punto de que esa decisión de oficio adoptada por el juez o tribunal también podría contemplarse como una intromisión del Juez o Tribunal en la prueba en sí misma, la cual pertenece a las partes ya que como se ha puesto de manifiesto, si las partes no propusieran prueba, no se practicaría ninguna y no habría juicio, ni tampoco condena.

Así las cosas, a lo largo de las siguientes páginas nos proponemos como objetivo analizar las cuestiones relacionadas con la decisión del Juez o Tribunal de alterar el orden de las pruebas propuesto por las acusaciones, objetivo que iniciaremos en el epígrafe siguiente tratando diferentes cuestiones que rodean la declaración del encausado en el juicio oral, incluida la de relegar el momento de su interrogatorio al momento final del juicio.

II. LA DECLARACIÓN DEL ENCAUSADO EN EL PLENARIO. REGULACIÓN.

La prueba es el epicentro del proceso penal[3], de forma que se puede afirmar que si alguien tiene la razón y no la puede probar, es como si no la tuviera, o en palabras de un antiguo adagio jurídico: "*Tanto vale no tener un derecho, como no poder probarlo*"; de ahí la importancia de la prueba en la aplicación del derecho, de donde resulta que es determinante por encima de otros aspectos del proceso penal.

Por otra parte, el juicio oral constituye uno de los momentos menos regulado del proceso, tanto en relación a su contenido, como a la forma en que este debe desarrollarse[4], lo que implica que en la necesidad de interpretar el derecho probatorio cada intérprete afronte la tarea con imprevisibles consecuencias, lo que reviste especial trascendencia, pues puede ocurrir que procesos similares o cuestiones similares se resuelvan de forma diferente. Y en relación a la materia que nos ocupa, esta parquedad en la regulación se manifiesta en todo su esplendor en relación a la declaración del acusado o encausado, según terminología de la Ley Procesal vigente. En efecto, la L.ECrim no regula la declaración del encausado, a pesar de que sí se contiene una regulación minuciosa de la declaración del imputado como diligencia de investigación, es decir, durante la instrucción sumarial (arts 385 ss. LECrim), y de que en el juicio

[3] MAGRO SERVET, V., La prueba en el proceso penal: entre el hipergarantismo y la victimización secundaria, La Ley Penal, núm. 54, Noviembre, 2.008, p. 2.

[4] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., El juicio oral. La prueba, Hacia un nuevo proceso penal. (Director CARMONA RUANO, M), Manuales de Formación Continuada, nº 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2.006, p. 354.

oral se contempla la intervención del acusado para prestar la conformidad o "confesarse reo del delito" (art. 689 LECrim) y para ejercer el derecho a la última palabra (art. 739 LECrim), pero en momento alguno se regula sobre la forma y momento de practicar la declaración del acusado en acto del juicio oral. Es una de las lagunas más sensibles y curiosas de nuestro ordenamiento procesal vigente[5], que se achaca al "olvido" del legislador decimonónico. Un olvido, en cualquier caso, coherente con la omisión de cualquier referencia al acusado en el trámite de confrontación de declaraciones contradictorias previsto en el art. 714 LECrim, precepto que sólo prevé la lectura de las declaraciones sumariales de los testigos, para el caso de que durante el juicio se produzca la retractación, aunque la jurisprudencia ha extendido la aplicación del contenido del precepto a los acusados permitiendo la confrontación de las declaraciones realizadas en el plenario con las declaraciones sumariales en el caso de que entre ambas existan contradicciones e incluso en el caso de que el encausado se acoja a su derecho a guardar silencio en el plenario, habiendo declarado en la instrucción sumarial ante el Juez, pues el derecho a no declarar no se extiende a la facultad de "borrar" o "aniquilar" las declaraciones que se hubieran podido realizar con anterioridad si se hicieron con todas las garantías[6].

Dice la doctrina que existen buenas razones para sostener que fue deliberado el olvido del legislador de no regular expresamente la declaración del acusado[7]. En realidad, una opción plenamente consciente y consecuente con la implantación del principio acusatorio en el juicio oral, inspirado en la práctica procesal inglesa que, al tiempo de la promulgación de la centenaria L.E.Crim, negaba toda posibilidad de obtener la declaración del acusado. Hay que remontarse hasta el año 1641 para encontrar en el Derecho común inglés el precedente más próximo del privilegio frente a la autoincriminación (caso John Liburn). Desde entonces, los tribunales comunes comenzaron a limitar la práctica del interrogatorio inquisitivo, pero la mantuvieron en el interrogatorio previo al juicio hasta el año 1848. Desde entonces, se entendió que el acusado estaba inhabilitado para ser testigo y, por tanto, para declarar en su propio

[5] GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA,V., Derecho procesal penal, Ed. Artes Gráficas y Ediciones S.A., Octava edición, Madrid, 1975, p. 249.

[6] STS de 15 de julio de 2016, (Rec. 448/2016), Ponente: Pablo Llarena Conde. Añade esta sentencia a lo dicho que el acusado, en cada declaración a la que sea llamado, tiene el derecho de no contestar todas o cualquiera de las preguntas que se le formulen, pero en modo alguno su derecho alcanza a seleccionar a cuál de las distintas declaraciones que haya podido ofrecer en el devenir del proceso, deben estar las partes, ni sobre cuál de esas versiones ha de resolver el tribunal de enjuiciamiento.

[7] LÓPEZ ORTEGA, J.J., 113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, CGPJ. Cuadernos Digitales de Formación, nº 31, Madrid 2013, p. 35.

juicio. Sólo a partir de 1898, con la promulgación por el Parlamento inglés de la "Criminal Evidence Act", se reconoció al imputado la posibilidad de prestar declaración, admitiéndola a instancia de su propio abogado defensor y tras prestar el correspondiente juramento. En nuestro país, y de forma coetánea, la Fiscalía General del Estado se pronunció sobre el parecer de algunas Audiencias de que no podría articularse en el juicio el examen del procesal, dado que la Ley no lo preveía, manifestando la opinión contraria de forma enérgica y decidida, instando a los miembros del Ministerio Fiscal a que en ningún caso dejaran de articular como prueba en sus escritos de acusación la declaración del procesado. Poco más adelante, el Tribunal Supremo se pronunció sobre este particular en varios recursos de casación por quebrantamiento de forma fundados en este motivo, estableciendo que la confesión del procesado no puede por menos que reputarse como uno de los medios de prueba que además debía figurar entre los más importantes y trascendentes.

De esta forma, se estableció como *usus fori* totalmente consolidado que la declaración del encausado se realice al inicio del juicio oral. Y ello, con el fin de precisar la versión de los acusados, delimitando así las cuestiones fácticas controvertidas, pues si el acusado aceptara alguna de las cuestiones fácticas que se someten al plenario, éstas ya no deberían ser objeto de prueba. Esta forma de proceder se ampara en lo dispuesto en el artº 701 comentado que en su párrafo cuarto establece en cuanto a la práctica de las diligencias de prueba que se empezara con las que haya ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores y por último, con la de los procesados. Continúa el precepto diciendo que las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente, indicando que los testigos se examinarán por el orden propuesto en las listas y a continuación, en el último párrafo del precepto se establece la posibilidad de alteración del orden de las listas de testigos.

No obstante lo anterior, no puede negarse que en los últimos tiempos se viene debatiendo por los operadores jurídicos cuál debería ser el momento más adecuado para la declaración de los acusados en el juicio oral. Sobre este aspecto volveremos más adelante, analizando las distintas posturas discutidas. Ya hemos puesto de manifiesto cómo la actual regulación no lo especifica, si bien, este aspecto sí que llega a regularse tanto en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2.011 como en el

Código Procesal Penal de 2013, aunque actualmente es incierto el futuro que aguarda tanto a los contenidos del uno como del otro.

Así, en el artº 567 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2.011 se establecía el orden de práctica de los medios de prueba, concretándose que la declaración del acusado nunca sería la primera de las pruebas a practicar y que éste sólo prestaría declaración si esa era su voluntad y a instancias de su representación y en el momento que ésta considerara oportuno. Se añadía que podría ser propuesta en cualquier momento del juicio durante la fase probatoria y que el tribunal no podría rechazarla[8].

Por su parte, el Código Procesal Penal de 2013, dedicaba el artº 448 a la declaración del encausado, determinando que sólo se realizaría ésta a instancias de su letrado, pudiendo ser propuesta en cualquier momento del juicio e igualmente sin posibilidad de ser rechazada por el tribunal[9]; en definitiva, de forma casi coincidente con el Anteproyecto de 2011.

La redacción vigente del último párrafo del artº 701 data de la redacción original establecida por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprobaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal que fue publicado en la Gazeta de Madrid el 17 de

[8] **Artículo 567**. *Orden de práctica de los medios de prueba 1. La práctica de los medios de prueba se sujetará al siguiente orden, comenzando por los propuestos por la acusación, y siguiendo por los propuestos por las defensas: 1º La declaración de los testigos. 2º El examen de los informes periciales. 3º La lectura y discusión de los documentos. 4º El examen de las piezas de convicción. 2. Los testigos y peritos de cada una de las partes serán examinados por el orden consignado en los escritos de calificación, salvo lo dispuesto para los peritos en el artículo 586.4 de esta ley. 3. El orden de práctica de los medios de prueba podrá alterarse por acuerdo de las partes o por decisión debidamente fundada del Tribunal. 4. Nunca podrá comenzar la práctica de la prueba con la declaración del acusado, debiendo oírse previamente, en todo caso, a los testigos de la acusación. 5. El acusado sólo prestará declaración si así lo desea, a instancia de su abogado, en el turno de prueba de la defensa y en el momento que ésta considere oportuno. La declaración del acusado podrá ser propuesta en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria aun cuando no haya sido incluida en el escrito de defensa. El tribunal en ningún caso podrá rechazarla*.

[9] **Artículo 448.-** *Declaración del encausado 1.- El encausado prestará declaración única y exclusivamente a instancia de su Letrado. La declaración del encausado podrá ser propuesta por su Letrado en cualquier momento del juicio hasta la terminación de la fase probatoria, aun cuando no haya sido incluida en el escrito de defensa. El Tribunal en ningún caso podrá rechazarla. 2.- La declaración del encausado se llevará a cabo en el turno de prueba de la defensa y cuando haya finalizado la práctica de todos los medios de prueba restantes. 3.- Ni el Ministerio Fiscal ni el resto de las partes podrán solicitar en momento alguno del juicio oral la declaración del encausado como medio de prueba. Si se solicitare, el Tribunal rechazará de plano la petición. 4.- El Tribunal, antes de iniciarse el interrogatorio, informará al encausado de los derechos que le asisten, especialmente el de no contestar a cualquiera de las preguntas que se le formulen o a todas ellas. 5.- No se podrá atribuir valor probatorio alguno a la falta de proposición por la defensa de la declaración del encausado, ni a la negativa de éste a contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. 6.- La declaración comenzará con las preguntas que formule el Letrado del, encausado pudiendo interrogarle a continuación el Ministerio Fiscal y las demás partes. En lo demás, bajo la dirección del Magistrado o Presidente del Tribunal, serán de aplicación las reglas establecidas en el artículo 266*.

septiembre de 1882. Pero en tanto no se modifique o se publique una nueva Ley o la jurisprudencia no establezca una doctrina consolidada, será el que resultará de aplicación. No puede negarse la existencia de defensores de considerar que el momento apto para la declaración del encausado es el posterior a la práctica de las restantes pruebas. Podría parecer *ab inicio* que este es el orden lógico. Así se establecía anteriormente para el juicio de faltas y ahora para el juicio por delitos leves, pero también dicha posibilidad es negada por la doctrina del Tribunal Supremo. Por ello, trataremos a continuación de los argumentos mantenidos por los que defienden cada una de las posibilidades.

III. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ALTERAR DE OFICIO EL ORDEN DE LAS PRUEBAS PROPUESTO POR LAS ACUSACIONES.

Como anticipábamos, es criterio jurisprudencial minoritario el que defiende que la declaración del encausado ha de practicarse al final de la vista oral, una vez practicadas las restantes pruebas. Este es el criterio que se viene manteniendo de forma unánime desde aproximadamente el año 2013 por los Magistrados de las dos Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Tarragona.

Así, en base a lo dispuesto en el último párrafo del artº 701 L.E.Crim al inicio de la vista oral proceden a abrir un incidente procesal sobre el orden probatorio, concediendo en primer lugar un turno de palabra a la defensa sobre este particular y posterior traslado a las acusaciones pública y privada, para finalmente acordar la inversión del orden probatorio propuesto. La razón de esa decisión, explican sus partidarios, reside en que los términos del artículo 701 L.E.Crim, a la luz de los fundamentos constitucionales y convencionales que deben determinar su interpretación, obligan a garantizar del mejor modo la eficacia del derecho de defensa y, desde luego, la mayor equidad del proceso. Añaden que de esta forma nos encontramos con mayores y mejores condiciones de defensa y equidad que permiten satisfacer de forma más adecuada el objetivo que se precisa en el propio artículo 701 L.E.Crim: favorecer un mejor descubrimiento de la verdad. Su argumento termina expresando su convencimiento de que en un modelo de proceso penal respetuoso con las exigencias constitucionales de equidad la verdad se descubre mejor cuanto más se respeten los

derechos fundamentales, en especial el de defensa y a defenderse de forma eficaz, que se ponen en liza durante el desarrollo del juicio[10].

En las resoluciones más recientes[11] argumentan la preponderancia del derecho de defensa sobre cualesquiera otros del proceso debiendo prevalecer la búsqueda de un mayor esclarecimiento de los hechos o de un más seguro descubrimiento de la verdad. Añaden que el artº 701 sugiere que no existe un orden normativizado y de ahí el criterio de la Sala, sin perjuicio del respeto a las estrategias defensivas de las partes, y por tanto a la elección del momento para declarar los acusados, tanto si desean hacerlo en primero como en último lugar, entendiendo que no se les puede privar de esta posibilidad reglada precisamente por los designios que la fundamentan. Designios éstos, el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de la verdad que, por una parte, y por lógica, se hacen más accesibles cuantos más derechos, y más garantizados estén, los derechos de defensa, y que, por otra, no dejan de ser un reflejo de la voluntad del legislador ajustada a los mandatos constitucionales. Según su parecer, los fundamentos constitucionales y convencionales que deben determinar la interpretación del precitado artículo, obligan a garantizar del mejor modo la eficacia del derecho de defensa y, desde luego, la mayor equidad del proceso.

En la doctrina también se encuentran tesis posicionadas en la postura anterior. Así SÁNCHEZ MELGAR[12] en relación a la inversión del orden de la práctica de las pruebas manifiesta que el Tribunal no está en disposición de elegir optativamente, buscar o no el esclarecimiento de los hechos o el descubrimiento de la verdad, sino que forzosamente debe buscarlo, claro es que dentro de los canales legales del procedimiento establecido. Es obvio que ese fin último del proceso penal, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil dominado por el principio dispositivo, constituye la razón superior, que sin ceder a ninguna otra prevalente, actúa como criterio determinante del orden de las pruebas. Este orden será el que las partes hayan propuesto sólo y en la medida en que ese orden solicitado se acomode al referido criterio ordenador superior cuya salvaguarda se encomienda al Presidente. Así lo demuestra la doble vertiente de la norma: que el Presidente debe actuar de oficio, y por tanto aunque no se le pida que lo haga, y que al hacerlo no puede el Presidente decidir por otro criterio distinto de aquel que la norma

[10] AP Tarragona, sec. 4ª, S 17-2-2014, nº 44/2014, Rec. 42/2012. Ponente Hernández García.
[11] AP Tarragona, sec. 4ª, S 16-3-2017, nº 103/2017, Rec. 24/2016. Ponente Hernández García.
[12] SÁNCHEZ MELGAR J.A., Una visión crítica de la celebración del juicio oral en el proceso penal. Cuadernos Digitales de Formación, nº 39. CGPJ. Madrid 2009, p.7.

establece. La norma dentro de ese marco permite que la parte proponga su orden, pero su propuesta no vincula al Tribunal cuando su Presidente considere que se impide el debido esclarecimiento de los hechos, por el que el Tribunal ha de velar necesariamente, incluso de oficio.

En el mismo sentido, LÓPEZ ORTEGA[13] entiende que debería considerarse seriamente la posibilidad de revisar el marco en el que se obtiene la declaración del inculpado para que constituya una auténtica expresión del derecho a ser oído, pues no debería realizarse a instancias de la acusación, ni consistir en un interrogatorio, sino producirse a su iniciativa o a la de su defensor y consistir en una declaración libre más que en un interrogatorio.

No obstante, este criterio referido no es compartido por la jurisprudencia de otras Audiencias Provinciales, las cuales si se refieren a ello es para desestimar la petición realizada por la defensa en lo que se refiere a la inversión del orden probatorio, ni tampoco Tribunales Superiores de Justicia[14], ni mucho menos la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos un primer pronunciamiento sobre el particular en la STS nº 309/2009, de 17 de marzo, invocando un anterior precedente de la STS nº 663/1999, de 4 de marzo, tras recordar que es al tribunal a quien corresponde la última palabra sobre el orden en que han de practicarse las pruebas propuestas por las partes, rechaza que la denegación de petición de cambio en el orden de las pruebas represente ningún quebranto de forma, ni que ello signifique indefensión dada la posibilidad de la defensa de intervenir contradictoriamente en todas las pruebas, de informar en último lugar después de las acusaciones, y del derecho a la última palabra que se reconoce a todo acusado, lo que se constituye en medios suficientes para permitir al acusado ser oído y reargüir contra lo que quiera[15].

[13] LÓPEZ ORTEGA, J.J., Cuadernos Digitales de Formación, nº 31, Madrid 2013, p. 37.

[14] STSJ Aragón, Sec. 1ª, S 9-3-2016, nº 1/2016, rec. 3/2016. Pte: Bellido Aspas, Manuel. Descarta que se haya causado indefensión en la práctica de la prueba, por haberse sujetado el Magistrado Presidente al orden legal del artº 710 L.E.Crim, añadiendo que no corresponde al acusado fijar el orden de la actividad probatoria a practicar para el esclarecimiento de los hechos.

[15] STS 2ª, S 17-3-2009, nº 309/2009, rec. 11047/2008. En el mismo sentido, la STS nº 1577/2005, de 21 de diciembre expresa que el artículo 701, en su párrafo último, lo que permite es que el Presidente del Tribunal altere el orden de declaración de los testigos, pero no se refiere a alterar el orden entre el interrogatorio del acusado y la declaración de los testigos. También en ATS nº 1265/14, de 17 de julio y STS nº 394/2014, de 7 de mayo.

Pero es en la STS nº 259/2015[16], donde la Sala II expone de una forma mucho más clara y determinante su parecer. El motivo del recurso concernía a la alegación de la vulneración del derecho de defensa, con la consiguiente indefensión por no acceder el Tribunal a la petición de la defensa de alterar el orden de los interrogatorios dejando a los acusados para el final. Considera el TS que el motivo carece de fundamento, exponiendo a continuación su doctrina que se resume en los siguientes términos:

El orden en el que han de practicarse las pruebas está determinado legalmente en el artº 701 de la L.E.Crim y comenzará con la que haya propuesto el Ministerio Fiscal, continuando con la de las demás acusaciones y terminando con la de los acusados. Añaden que las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente y que la decisión de su alteración corresponde al Tribunal atendiendo al argumento del mayor esclarecimiento de los hechos o más seguro descubrimiento de la verdad. Insiste el Tribunal Supremo que el *usus fori* sitúa la declaración del acusado al inicio del juicio y que esta dinámica usual contribuye a esclarecer y simplificar el desarrollo del juicio, al concretar los hechos que deben ser acreditados por la acusación y evitar la dilación que conllevaría desarrollar un esfuerzo específico para tratar de demostrar datos o elementos fácticos, centrales o meramente periféricos pero relevantes, que son admitidos por los propios acusados, máxime cuando otro "*usus fori*" muy habitual determina que los escritos de calificación provisional de las defensas no contengan ordinariamente relato de hechos, limitándose a negar los hechos de la acusación, por lo que la posición específica mantenida por los acusados en el ámbito fáctico no se encuentra, en la mayoría de las ocasiones, suficientemente precisada antes del juicio. Refuerza este argumento el hecho de que según el texto legal, el juicio ha de comenzar con la lectura de los hechos de la acusación y la pregunta a los acusados sobre su conformidad con los mismos, y en caso de respuesta negativa, lo procedente será que a continuación ofrezcan las explicaciones y aclaraciones que estimen precisas contestando, si desea hacerlo a las preguntas de la acusación y de la propia defensa, siendo a través de esta declaración inicial y del derecho a la última palabra como los acusados pueden ejercer doblemente su derecho a expresarse sobre la acusación formulada en su contra, de forma que el juicio comienza y termina dando la palabra a los acusados. Es más, en los supuestos de pluralidad de acusados con intereses contrapuestos, la declaración de cada uno de ellos tiene doble naturaleza, en la medida

[16] STS nº 259/2015, rec. 1125/2014. Ponente Cándido Conde Pumpido.

que puede servir, con las prevenciones oportunas, como prueba de cargo contra los demás, de forma que la declaración al comienzo del juicio facilita el derecho a la contradicción de las defensas de los demás acusados, en el caso de que la declaración inicial de uno de ellos contenga elementos incriminatorios para los demás.

Además, con independencia del momento en el que se produzca la declaración, el acusado ya conoce las pruebas de cargo de la acusación y lo que los testigos han declarado en fase de instrucción, pues no en vano dispone de asistencia letrada, por lo que ha tenido la posibilidad de asesorarse sobre las posibles consecuencias del mero hecho de declarar y del contenido de lo declarado. En definitiva ha tenido la oportunidad de decidir cómo orientar su declaración y su defensa. Y todo ello, teniendo presente que su declaración se realizará desde sus derechos legal y constitucionalmente reconocidos como son el derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le hagan (arts. 118 y 520 de la L.E.Crim y 24 de la Constitución).

Pero es a continuación donde a nuestro juicio el Tribunal Supremo expone su argumento más contundente cuando dice lo siguiente que por su importancia se reproduce literalmente: "*Es cierto que el modelo anglosajón es otro, y que este modelo ejerce una influencia cada vez más acusada, y a veces excesiva, en el ámbito de la doctrina procesal, pero no siempre es conveniente ni necesario insertar elementos aislados de un modelo procesal en otro que funciona, en su conjunto, con parámetros diferentes. Máxime cuando en el modelo anglosajón el acusado es libre de no declarar, pero si lo hace está obligado a decir verdad, e incluso puede ser acusado de perjurio si miente para evitar incriminarse"*

La Sentencia, tras reconocer la existencia de la corriente minoritaria referida y evitando entrar en polémica advierte de la pérdida de credibilidad que podría suponer para el acusado realizar su declaración en último lugar, ya que a diferencia de lo que ocurre en el derecho anglosajón, en nuestro país, no está obligado a decir la verdad. Insiste en que con independencia del sistema que pueda adoptarse en el futuro a través de una eventual reforma legislativa, que importar acríticamente el modelo norteamericano derivado de la Quinta Enmienda de su Constitución, en el sentido de que el acusado no está obligado a declarar pero si lo hace corresponde a la defensa decidir el momento de su declaración en el juicio, no puede perder de vista que en dicho modelo esta facultad está compensada por el hecho de que cuando el acusado renuncia a

su derecho a no declarar se convierte en un testigo más, con la posibilidad de perder la inmunidad frente al falso testimonio, inmunidad que en nuestro modelo el acusado conserva en cualquier caso .

Añade igualmente la sentencia que hasta la fecha la Jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional o del TEDH no ha extendido el derecho constitucional a no declararse culpable, hasta el punto de que corresponda a la defensa elegir el momento en que el acusado debe declarar o que sea necesario que su declaración se produzca al final el juicio.

IV. REFLEXIONES FINALES.

Hace aproximadamente dos siglos, decía Jeremy Bentham que el arte del proceso no es sino el arte de administrar las pruebas, afirmación que abarca tanto al hecho de proponer las pruebas como a la decisión sobre la forma de afrontar su práctica y que entendemos que sigue estando vigente, máxime cuando quienes defienden la alteración del orden propuesto para relegar el interrogatorio del encausado al último lugar, no olvidan intercalar en medio de su argumentario, una referencia al respeto de las estrategias de las partes.

Lo anterior quiere decir que si las partes, y entre ellas las acusaciones, han ordenado su prueba con arreglo a una estrategia, de prevalecer la tesis que aboga por la alteración de oficio del orden de la prueba, podría denotarse una cierta influencia del tribunal en la estrategia de las partes, con eventual quiebra de su derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad de armas. Así, generalmente, no puede darse por sentado que la proposición por las acusaciones de la prueba en un determinado orden no suele obedecer a la casualidad, sino que puede deberse a una planificada estrategia en torno a sus intereses en el plenario.

También podría decirse que dado que el acusado declara bajo la premisa de su derecho a no decir nada que le perjudique y que por tanto puede faltar a la verdad, sería indiferente el momento en el que prestara declaración, porque nada de lo que dijera podría tenerse en cuenta debido a la pérdida de credibilidad derivada de los derechos contenidos en su estatuto y que están presentes a lo largo de todo el proceso. Pero entonces deberíamos concluir que a la declaración del encausado no podría otorgársele ninguna relevancia probatoria.

El problema surge si se tiene en cuenta que el órgano sentenciador valora las pruebas libremente según lo dispuesto en el artº 741 de la L.E.Crim, y que por tanto, ha de valorar la declaración del encausado. En estas circunstancias dejar que el encausado elija entre prestar o no declaración y el momento en que quiere prestarla, se presenta a nuestro juicio como una manifestación de hipergarantismo que alarga sobremanera el contenido del derecho de defensa, pues este derecho se encuentra perfectamente garantizado con el derecho a la última palabra que, como hemos anticipado, el legislador decimonónico sí que reguló y del que la jurisprudencia dice que no ha de considerarse como un mero trámite sino que es una manifestación del derecho de defensa que se ha de salvaguardar, en concreto es una manifestación del derecho de autodefensa.

Consideramos que no puede tenerse al derecho anglosajón ni mucho menos como poco avanzado, por lo que extrapolar de forma sesgada sus prerrogativas y reglas del proceso en esta materia a nuestro ordenamiento jurídico podría traer consigo algunos riesgos, pues nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta ya dotó al estatuto del investigado o encausado de los suficientes privilegios como para considerar necesaria una mayor extensión. Y ello, a fin de que el marco del proceso penal tenga cabida la defensa de todos los intereses en juego: los del encausado, pero también los de las víctimas y el *ius puniendi* del Estado en pro del mantenimiento del orden público y la paz social.

* * * * *

Antonio Bueso Alberdi
Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel. Socio de la FICP.

~El principio acusatorio~

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal es la realización del derecho penal, por ello, las garantías procesales tienen tanta importancia como la que tienen los principios legitimantes del derecho penal material. Ni las garantías procesales, ni los principios legitimantes se pueden ignorar en la aplicación de la Ley penal.

Existe una permanente preocupación entre la doctrina por el adecuado desarrollo y efectividad de las garantías del proceso penal. Es ya clásica la expresión de Roxin en el sentido de que *"el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución",* de tal modo que el reconocimiento o no de derechos fundamentales procesales permitiría medir el carácter autoritario o liberal de la sociedad.

En el ámbito de la Unión Europea, gracias a la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se percibe una aproximación cada vez mayor hacia un marco básico para el derecho procesal penal europeo, precisamente sobre la base de los principios contenidos en aquella Convención, especialmente en su artículo 6º[1].

II. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO ACUSATORIO COMO GARANTÍA SUSTANCIAL DEL PROCESO PENAL[2].

El principio acusatorio no está recogido de forma expresa ni en los Tratados internacionales ni en la Constitución. Sin embargo, como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1989, de 22 de febrero, "es doctrina reiterada de este Tribunal en orden al principio acusatorio, que éste forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal consagradas en el artículo 24 de la Constitución Española".

El Art. 24 de la vigente Constitución Española de 1978 proclama que:

[1] JAÉN VALLEJO, M, Artículo Monográfico: Acusación, Imparcialidad y Estructura del Proceso Penal, Revista Jurídica SEPIN, Diciembre 2003, p. 1.

[2] PÉREZ VAQUERO, C, El Principio Acusatorio según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (www.derechoycambiosocial.com. Febrero 2016), pp. 6, 7 y 8.

"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

Este precepto ha sido considerado el artículo más complejo de la parte dogmática de nuestra Constitución. No en vano es el derecho que más demandas de recurso de amparo constitucional genera[3]. Una situación análoga a lo que sucede en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el Artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales donde se establece que:

"1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece

[3] ORTEGA GUTIÉRREZ, D. Sinopsis del Art. 24 CE. Portal del Congreso de los Diputados español. Disponible en: ttp://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2

de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

El Tribunal Constitucional ha reiterado que "el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el Artículo 24 de la Constitución, y que es aplicable también en la fase de apelación de la sentencia. En su esencia, el sistema acusatorio impone una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas –acusador y acusado– resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas, con una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales, la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador; y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio.

El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del investigado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso. La acusación, contradicción y defensa han de garantizarse no sólo en el juicio de primera instancia sino también en la fase de recurso, y, por ello, en la apelación, donde ha de existir también una acusación formulada, contra una persona determinada, pues no hay posibilidad de condena sin acusación".[4]

Esta acusación debe referirse "no sólo a un determinado hecho punible, sino que tal hecho debe ser también imputable a una determinada persona, derivándose de la calidad de imputado, la condición de parte acusada en la apelación".[5]

En otras Sentencias[6], el Tribunal Constitucional Español ha puesto de relieve que "la necesidad de contradicción y equilibrio entre las partes está reforzada por la vigencia

[4] STC 104/1986, de 17 de julio.
[5] STC 53/1987, de 7 de mayo.

del principio acusatorio, que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso, el cual, entre otras consecuencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (*nemo iudex sine acusatore)"*

Finalmente, el intérprete supremo de la ley fundamental española también ha señalado[7], que este principio requiere que "en el proceso penal exista una acusación formal contra una persona determinada, pues no puede haber condena sin acusación y que su infracción significa, de forma ineluctable, una doble vulneración constitucional, la del derecho a conocer de la acusación (Artículo 24.2 CE), pues ésta seria inexistente, y la del derecho a no sufrir indefensión (Artículo 24.1 CE)".

III. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO ACUSATORIO

1. Acusación por alguien que no sea el órgano sentenciador

Dentro de la primera de las notas caracterizadoras del principio acusatorio deben distinguirse, a su *vez, dos aspectos:*

a) Existencia de una acusación explícita. El principio acusatorio exige que la pretensión punitiva se exteriorice para que el imputado pueda contestarla, rechazarla o desvirtuarla.

b) Y, por otra parte, también exige que esa acusación sea mantenida por alguien distinto al órgano sentenciador.

2. Prohibición de condena por hechos distintos de los que han sido objeto de acusación o a persona diferente de la acusada.

El hecho con apariencia de delito (objeto del proceso penal) se identifica tanto de forma objetiva (realidad histórica) como de forma subjetiva (la persona de su autor). De esta forma, el Juez no puede condenar ni a persona diferente de la acusada ni por hechos distintos a los acusados y, en caso contrario, infringiría el principio acusatorio.

3. El Juez o Tribunal sentenciador no puede aportar hechos al proceso

En el proceso ordinario por delito, el artículo 729.2º LECrim, admite que en el juicio oral se practiquen las *"diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los*

[6] STC 307/2005, de 12 de diciembre.
[7] STC 125/1993, de 19 de abril.

hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación". Varias sentencias del Tribunal Supremo afirmaron que la posibilidad recogida por dicho precepto compromete la imparcialidad objetiva del Juez: critican, por un lado, el hecho de que el artículo citado permite la subsanación de errores u omisiones de las partes mediante la introducción de medios de prueba; por otra parte, afirman que ese precepto está en contradicción con el principio acusatorio que gobierna el proceso penal porque su ejercicio convierte al Tribunal en acusador o defensor según que la prueba acordada sea de cargo o de descargo, afectando a su imparcialidad. Ahora bien, la búsqueda de la verdad material es la finalidad de todo proceso penal, más allá de los meros principios de aportación de parte y de rogación propios del proceso civil; aquella finalidad justifica que el Juez pueda realizar actuaciones como la admitida por el citado precepto. Ahora bien, la misma debe ser compatible con todas las garantías establecidas por el Ordenamiento para velar por los derechos del acusado, señaladamente la imparcialidad del Juez. Picó i Junoy[8], tras un profundo análisis de la cuestión, llega acertadamente a la conclusión de que la utilización por el Juez de la facultad concedida por el artículo 729.2º LECrim., no afecta a su imparcialidad objetiva si concurren los siguientes requisitos: en primer lugar, que la prueba practicada por el Juez se limite a los hechos discutidos en el proceso, sin alterar los elementos fácticos alegados en los escritos de calificación; en segundo lugar, que consten en autos las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria; por último, que en la práctica de esa prueba se respete escrupulosamente el principio de contradicción y el derecho de defensa. Así las cosas, deberá admitirse a las partes la posibilidad de instar la práctica de prueba que pueda contradecir los resultados de la prueba realizada a instancia del Juez.

4. Un mismo órgano judicial no puede realizar las labores de investigación en una fase preliminar o instrucción y después las de enjuiciamiento.

Esta separación de funciones estaba recogida en la originaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque posteriormente fue olvidada en determinados procesos penales, quedando de nuevo establecida con claridad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de abril, que determinó la necesidad de crear los

[8] PICO I JUNOI, J. Justicia: Revista de Derecho Procesal. 2009: El derecho a la prueba en el proceso penal: Luces y sombras, p. 3

Juzgados de lo Penal para juzgar los delitos menos graves que son instruidos por los Juzgados de Instrucción.

IV. PRINCIPIO ACUSATORIO Y CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

La calificación jurídica de los hechos no sirve para determinar el objeto del proceso y, por tanto, no afecta al principio acusatorio. Es más, tampoco afecta a la imparcialidad del juzgador la condena por una calificación jurídica diferente a la que ha sido objeto de acusación, sino que se trataría de la mera aplicación del principio *iura novit curia* propio de todos los procesos. Recordemos que la imparcialidad del Juez es el fundamento del principio acusatorio.

Cuestión distinta será la consideración de la cuestión en el entorno del principio de contradicción. Si la calificación jurídica contenida en la sentencia es diferente a la expresada por la acusación, se infringirá el derecho de las partes a ser oídas sobre todas las circunstancias que puedan afectar al contenido de la sentencia (principio de contradicción).

Por ello, si la concurrencia de un elemento (determinante de una calificación jurídica diferente a la contenida en la acusación) ha sido o ha podido ser objeto de debate contradictorio, tampoco se infringirá el principio de contradicción; como afirma el párrafo 3º del Fundamento Jurídico 3º de la sentencia del Tribunal Constitucional 225/1997, de 15 de diciembre, *"la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio"*. En cambio, concurrirá esa infracción si la sentencia realiza una calificación jurídica que contiene un elemento esencial que de hecho no fue ni pudo ser plenamente debatido.

Para examinar esa cuestión, es imprescindible ponderar todas las circunstancias concretas que concurran en cada caso, comprobando cuidadosamente cuáles han sido los términos en que se desarrolló el debate procesal.

Del examen de la doctrina del Tribunal Constitucional se deduce que no existe lesión del principio de contradicción cuando entre la acusación y la sentencia exista identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica: en relación con la identidad fáctica, no podrá condenarse a autor distinto del acusado ni por hechos

diferentes a los que han sido objeto de acusación; en relación con la homogeneidad en la calificación jurídica, son delitos homogéneos los que constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse.

En definitiva, y tras el examen de la construcción del Tribunal Constitucional, se vuelve al punto de partida, esto es, existirá infracción del principio de contradicción cuando la sentencia realiza una calificación jurídica que contiene un elemento esencial que de hecho no fue ni pudo ser plenamente debatido, para lo cual deberá examinarse con detenimiento el debate procesal que tuvo lugar en juicio.

Como señala el profesor MONTERO AROCA[9], el llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existen realmente un juez tercero, independiente e imparcial y dos partes enfrentadas entre sí en pie de igualdad y con plena contradicción. Adviértase, sin embargo, que no todos los caracteres que suelen incluirse como propios de ese pretendido proceso acusatorio son necesarios para que exista un verdadero proceso, pues algunos de estos caracteres podrían modificarse, sin que ello impidiera la subsistencia del proceso. Por ejemplo, nada dice respecto de la esencia del proceso el que el juez sea profesional o popular o que el procedimiento sea oral o escrito, pero sí afecta a esa esencia el que el juez sea efectivamente tercero, independiente e imparcial o el que el acusado disponga de todos los derechos propios de la contradicción y que las partes estén en igualdad de condiciones.

V. PRINCIPIO ACUSATORIO Y CONCRETA PENA SOLICITADA POR LA ACUSACIÓN. ACUERDOS DE PLENO.

De forma tradicional se venía entendiendo que la concreta pena solicitada por la acusación ni determina el objeto del proceso ni tiene nada que ver con el principio acusatorio. El Tribunal está vinculado en este punto por el principio de legalidad, es decir, por la pena que la Ley liga a la comisión de la infracción penal objeto de condena.

Dentro del marco establecido por la Ley para ese delito, el Juez puede imponer la que estime oportuna (con el deber de motivación), pudiendo superar la pena concreta solicitada por la acusación.

[9] MONTERO AROCA, J.: El principio acusatorio entendido como eslogan político. Revista Brasileira de Direito Proessual Penal, PORTE Alegre, vol. 1, nº.1, p. 70, 2015. http://dx.doi.org/10.22197rbdpp.v1i1.4.

Este criterio se había venido sosteniendo de forma mayoritaria por la jurisprudencia de la Sala Segunda. Así la STS 2073/1998, de 31 de enero, señalaba: *"los Tribunales no tienen obligación de atenerse "cuantitativamente"* a la pena pedida por la acusación, debiendo únicamente someterse a la naturaleza de la pena desde el punto de vista *"cualitativo"*, pues en este orden de cosas hay que entender, en primer lugar, que el principio acusatorio no se conculca en caso de disfunción entre la simple *"cuantía"* de la pena propuesta y la después aplicada, pues con ese acuerdo decisorio no cabe hablar de que se haya producido indefensión al acusado, en cuanto que *"el delito enjuiciado y los hechos en que se fundamenta no sufren variación alguna respecto a los acogidos por la acusación";* y, en segundo lugar, y redundando sobre lo mismo, también se ha dicho que los Tribunales no deben quedar encorsetados por el *"quantum"* de la pena solicitada, *"pues ello implicará hacer defección o abandono de su propia competencia juzgadora, con sometimiento automático a lo pedido por una de las partes".*

Sin embargo, en 2006 tuvo lugar un cambio de criterio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El pleno no jurisdiccional de la Sala Penal de dicho Tribunal, en su reunión del día 20 de diciembre de 2006, estimó que *el tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones*, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa. Este criterio ha sido recogido por las sentencias posteriores de la Sala, entre las que se pueden citar la 159/2007 de 21 de febrero, la 424/2007 de 18 de mayo o la 20/2007 de 22 de enero.

Y, en el año 2007, un nuevo acuerdo no jurisdiccional de la Sala, de fecha 27 de diciembre de 2007 completaba el mencionado anteriormente, y señalaba que el anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena.

VI. CONCLUSIONES

Explicado cuanto antecede, podemos concluir que el principio acusatorio debe ser entendido como aquella idea base inspiradora del proceso penal según la cual el Juez no puede actuar de oficio en el ejercicio de la acción penal, en la determinación del objeto

del proceso (hechos y personas contra las que se dirige) y en la aportación de hechos y pruebas de los mismos.

Solamente podrá existir condena si una persona ajena al órgano sentenciador ejercita la acusación; no podrá condenarse por hechos distintos de los que han sido objeto de acusación ni a persona diferente de la acusada de tal manera que, si el Juez extiende su acción fuera de esos hechos, estará procediendo de oficio; el Juez no podrá aportar hechos al proceso, sino que esa aportación solamente puede ser realizada por las partes; y, por último, un mismo órgano judicial no puede realizar las labores de investigación en una fase preliminar o instrucción y después las de enjuiciamiento, dado el peligro de que la decisión pueda dictarse por un Juez carente de imparcialidad.

BIBLIOGRAFÍA

ASENSIO MELLADO, J. M. Derecho Procesal Penal, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

PICO I JUNOI, J. El derecho a la prueba en el proceso penal: Luces y sombras, Justicia: Revista de Derecho Procesal. 2009.

JAÉN VALLEJO, M Artículo Monográfico: Acusación, Imparcialidad y Estructura del Proceso Penal. Revista Jurídica SEPIN. Diciembre 2003.

MONTERO AROCA y otros. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, Octubre 2015.

MONTERO AROCA, J. El principio acusatorio entendido como eslogan político. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015. http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4

ORTEGA GUTIÉRREZ, D. Sinopsis del Artículo 24 CP (Portal del Congreso de los Diputados Español.
www.congresoes/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2).

PÉREZ VAQUERO, C. El Principio Acusatorio según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. www.derechoycambiosocial.com. Febrero 2016.

* * * * *

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socia de la FICP.

~El garantismo penal~

"Consideradas simplemente las verdades hasta aquí expuestas, se convence con evidencia que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político que, bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraher a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.".[1]

I. EL DERECHO PENAL

El derecho penal surge en el Estado moderno como una garantía al ciudadano y una limitación respecto a la intervención punitiva del Estado, siendo la pena a decir de BECCARIA relativa, sólo en la medida en que es necesaria. Por ello el derecho penal en cuanto prevención de delitos, es a la vez una garantía del ciudadano y una limitación al poder del Estado.[2]

En las sociedades democráticas donde han sido promulgadas Constituciones, se ha dotado a dicha norma de un contenido esencial que constituye el acuerdo social alcanzado para el ejercicio del poder, y en las más recientes Constituciones se incluyen los principios y valores superiores que deberán inspirar la actuación de los poderes públicos, recogiéndose una relación de derechos fundamentales y libertades públicas o garantías individuales. Así en España, en la Constitución de 1978 se plasman en su artículo 1.1 y en el Título I donde se recogen los Derechos y Deberes fundamentales.

La configuración del Estado como social y democrático de Derecho supone la existencia de un Derecho penal que se orienta a la protección de los derechos de todas las personas, en el bien entendido de que en democracia, por encima de la voluntad de la mayoría están los intereses y las necesidades vitales de toda la sociedad.[3]

Pero el orden social no solo se consigue con el acuerdo de la inclusión de determinados contenidos constitucionales, sino que es preciso que la sociedad entera se

[1] BECCARIA, C. Tratado de los delitos y de las penas. Editorial Committee. Universidad Carlos III de Madrid.Versión electrónica disponible en e-Archivo: http://hdl.handle.net/10016/20199. 2015, pp. 33-34.
[2] BUSTOS RAMÍREZ, J. Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal. Revista Nuevo Foro Penal, 60, 1999, pp.105-106.
[3] RODRÍGUEZ MESA, MJ. Manual de introducción al Derecho Penal, 2006, p. 44.

involucre, y que dicha implicación empiece en la propia familia y en la escuela, pasando por la opinión pública, la policía, y por supuesto por los Tribunales de Justicia.

Tres son los elementos del sistema de control social: la norma, la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma, situándose el Derecho Penal como un subsistema dentro del sistema de control social, cuyo fin es el aseguramiento del orden social que se vale de las normas, las sanciones y el proceso.

Esta tarea de control social guarda relación con uno de los modelos de intervención penal que propugna un Derecho penal garantista, el cual se muestra escéptico respeto a la consideración de un Derecho penal como instrumento del control social. Estaríamos ante un Derecho Penal autolimitado, donde cabe destacar su humanización (basada en la consideración de la pena como un mal), su configuración como un Derecho Penal mínimo y su desconexión de las exigencias éticas.[4]

II. EL GARANTISMO PENAL

El garantismo es una corriente doctrinal que entiende el Derecho como un sistema que establece límites a los poderes públicos y cuya finalidad es la de garantizar el efectivo desarrollo de los derechos y las libertades individuales o grupales, y comprende, conforme señala FERRAJOLI, considerado padre del garantismo, tres acepciones que son un modelo normativo de derecho de estricta legalidad, una teoría jurídica de la validez y de la efectividad, y una filosofía política que exige del Derecho y del Estado un carga de justificación externa. Ello tiene un engarce con las teorías de la Ilustración, al entender el Derecho como un sistema de límites al poder y una garantía para los derechos y libertades fundamentales del individuo, preconizando un modelo normativo de estricta legalidad.

Para la teoría garantista, el Derecho Penal se justifica como medio de protección para evitar que se cometan más delitos y como protección de los individuos frente al poder punitivo estatal, pues si desapareciera dicho derecho se provocarían mayores males de los que se pretenden reparar, máxime si se pretenden imponer medidas que tienden a negar el derecho penal de garantías.

[4] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista. Jueces para la democracia, 30, 1997, pp. 10-12.

"Pena y orden, orden y pena son dos términos indisolublemente unidos en el sistema".[5]

Así si no existiera el Derecho Penal tampoco existiría la garantía de los derechos, por lo que la ley penal es necesaria y se justifica como la ley el más débil, estando orientada a tutelar los derechos de éste contra la violencia arbitraria del más fuerte, constituyendo los derechos fundamentales aquellos parámetros que establecen los límites que no pueden traspasarse ni con los delitos, ni con las puniciones.[6]

Podría afirmarse que FERRAJOLI con su teoría del garantismo intenta que el Derecho regule la vida social sin que queden espacios o parcelas de desprotección, es decir, que las normas regulen, siendo el sentido del principio del normativismo que encuentra su expresión en el principio de legalidad.[7]

III. DERECHO PENAL MÍNIMO

Con el nacimiento del liberalismo, doctrina política que aparece en la segunda mitad del siglo XVIII coincide el surgimiento del principio de intervención mínima, esencialmente en Francia y Reino Unido y reivindica un espacio de libertad en ámbitos tan diversos como el religioso, literario, económico, personal …; y dicha doctrina surge como reacción a la situación política y social del momento, en la que se concentraba en manos del rey poderes ilimitados, y ante una ley penal de excesiva rigidez. De esta forma las penas que se imponían eran muy severas, llegando a aplicarse no solo fuertes penas pecuniarias y corporales, también destierros e incluso la pena de muerte.

El Derecho penal se concebía y utilizaba como medio para coaccionar al individuo y someterle a la obediencia del monarca, surgiendo la exaltación de la libertad como reacción a este panorama absolutista. El movimiento liberalista surgido en la clase burguesa provocó una importante evolución del Derecho, donde el cambio encuentra sustento en la soberanía popular, el imperio de la ley y la separación de los poderes, principios esenciales del Estado de Derecho.

[5] DE LA CUESTA AGUADO, P.M. Un Derecho penal en la frontera del caos. Revista de Estudios Jurídicos y Económicos de la Fundación Municipal Universitaria de Algeciras, 1, 1997, p. 44.

[6] FERRAJOLI, L. Derechos y garantías. La ley del más débil. 4ª edición, Editorial Trotta, 2004. pp. 54-62

[7] MORA SIFUENTES, FM. El garantismo como constitucionalismo de reglas.(Apuntes sobre las normas en Principia iuris). 1er Encuentro de Jóvenes Investigadores de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: Neoconstitucionalismo en tiempos de postdemocracia. Universitat de València, 2012, p. 3.

Los fundamentos de un sistema limitador del poder punitivo del Estado y un sistema penal garantista son plasmados por primera vez por CESARE BECCARIA, en su obra de "De los delitos y de las penas", donde expone las posiciones doctrinales que han llegado a nuestros días, siendo uno de ellos el principio de intervención mínima, que define cuando argumenta y defiende la idea de reducción de las leyes penales a las mínimas necesarias.[8]

Los principios jurídico-criminales vigentes en el periodo medieval, y más concretamente en el despotismo monárquico, acabaron provocando la reacción de los penalistas y de los filósofos de la Ilustración que hicieron posible una renovación sumamente importante en el ámbito del Derecho Penal, poniendo de manifiesto que las leyes estaban obsoletas, y haciendo ver a la sociedad que el proceso penal del Antiguo Régimen suponía un exceso intolerable. De esta forma comenzaron a asentarse los principios que orientarían desde ese momento las leyes penales en Europa, surgiendo la ciencia moderna del Derecho Penal.

En ese cambio revolucionario debe reconocérsele en parte a MONTESQUIEU, al haber sido pionero en relacionar el uso de la soberanía y la política con el orden penal, y haber logrado difundir e inculcar en los monarcas europeos la ideas de la ilustración como modelo de moderación, y ello pese a no ser considerado un penalista en sentido estricto. Pero no solo eso, también se debe a MONTESQUIEU el haber contagiado de tales ideales al Marqués de BECCARÍA, quien con tan solo veintisiete años publicó la obra *Dei Delitti e delle Pene* (De los Delitos y las Penas), obra que constituyó el pilar del movimiento ilustrado en el Derecho Penal, por lo que la humanización de la justicia tuvo su origen en ambos autores.

Estas nuevas ideas de la Ilustración que propugnaban la reforma del Derecho Penal y la humanización de la justicia tuvieron en Europa una inmediata repercusión, no obstante en España debieron esperarse diez años para que apareciera la primera traducción al castellano de la obra de BECCARÍA, generando el favor y el interés de los ilustrados españoles, aunque bien es cierto que despertó entre los sectores de la sociedad más conservadora un importante rechazo que propició que la Inquisición llegara a prohibir su lectura.

[8] MILANESE, P. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. Université de Fribourg. pp. 2-3. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf

No obstante, poco a poco las ideas ilustradas fueron haciendo mella en el Derecho Penal español que finalmente fueron plasmadas en nuestro ordenamiento jurídico, y ello incluso antes de la promulgación de la Constitución de 1812, pues en 1811 fue abolida en nuestro país la tortura, y el Código Penal de 1822 recogía las ideas jurídico penales ilustradas del humanismo, suavizando el rigor de las penas y los medios denigrantes para obtener la confesión de los inculpados; el utilitarismo, en el sentido de entender que la acción punitiva se corresponde con la utilidad social; y la proporcionalidad de las penas a la culpa acreditada, lo que implicaba la graduación de las mismas.

Todo ello generó un nuevo Derecho Penal que se inspiraba en principios garantistas y que limitaba el ius puniendi del Estado, pasandose del rigorismo a la moderación de la ley penal. Se frenó el poder absoluto del monarca cuyo poder punitivo buscaba la coacción y la obediencia del ciudadano, y se optó por utilizar el Derecho Penal para la protección de los bienes jurídicos más importantes ante las agresiones de mayor gravedad, y ello en aras de la consideración del Derecho Penal como última ratio.[9]

Hoy día el principio de intervención mínima es una garantía frente al poder punitivo del Estado y es fundamento de la ley penal en los Estados de Derecho, debiendo intervenir solamente ante ataques de especial gravedad contra los bienes jurídicos de mayor importancia, debiéndose aplicar otros medios diferentes al Derecho Penal, menos lesivos, siempre que estos existan, postulandose así un mayor bien social con el menor costo o sufrimiento social.

De esta forma del principio de intervención mínima pueden destacarse los principios de subsidiariedad o ultima ratio del Derecho Penal, que finalmente suponen una garantía frente al ius puniendi del Estado, estando justificada la intervención estatal solo cuando resulte imprescindible y necesaria para mantener el orden en un sistema democrático. El Derecho penal no puede ser tenido como prima o única ratio al que acudir para solucionar todos y cada uno de los problemas sociales cuando otras ramas del ordenamiento jurídico pueden solucionar tales conflictos de una forma menos gravosas.[10]

[9] DE PABLOS CARMONA, M. La influencia de la Ilustración en el Derecho Penal: revisión y actualidad. Universidad de Comillas, 2014, pp. 4-11.

[10] MILANESE, P. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima, p. 4.

El principio de intervención mínima constituye un importante límite al ius puniendi del Estado y sitúa al Derecho Penal en su verdadera posición dentro del ordenamiento jurídico, esto es, como última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus conflictos, o como último recurso legal del que dispone el Estado de Derecho para conseguir una sociedad democrática. Este principio se integra con *tres postulados* fundamentales: a) el carácter fragmentario del Derecho Penal, en el sentido de que la pena solo debe aplicarse a acciones u omisiones que por su peligrosidad lo merezcan en interés de la protección social; sólo debe intervenir el Derecho penal ante ataques muy graves a bienes jurídicos de especial relevancia, debiendo obviarse la aplicación de la pena en los casos en que ni sea necesaria, ni socialmente imprescindible; b) el Derecho Penal como última ratio, en el entendido de que el Derecho Penal sólo debe intervenir en la protección de bienes jurídicos, cuando los otros medios de reacción o tutela con los que cuenta el ordenamiento jurídico resulten inservibles o insuficientes a tal fin, y por último c) la naturaleza accesoria del Derecho Penal, en el sentido de la consideración de la mayor gravedad material y formal del Derecho penal respecto del Derecho sancionador en general.[11]

Desde el punto de vista del control social, el Derecho penal cumple la misión de evitar los daños o agresiones más graves a los bienes fundamentales de la convivencia. Así el Derecho penal está legitimado en cuanto que es instrumento para salvaguardar y proteger los bienes jurídicos que presuponen la existencia básica de la convivencia social, y que no se deben lesionar ni con la acción delictiva, ni tampoco con la intervención punitiva.

La función de protección de los bienes jurídicos en los Estados democráticos debe ir dirigida a todos los ciudadanos, y ello con independencia del lugar que ocupen en el sistema social e incluso aunque sean potenciales delincuentes o potenciales víctimas. De esta forma la función de protección no se realiza solo con la prevención de los delitos, ya que el Derecho Penal tiene también otra función preventiva referida a la prevención de la propia violencia punitiva del Estado que pueda manifestarse en la imposición de penas desproporcionadas o incluso arbitrarias.

[11] MARTOS NÚÑEZ, J.A. El principio de intervención penal mínima. BOE. ADPCP, 1987, pp. 101-122.

La capacidad de las normas penales para prevenir delitos legitima al Derecho Penal siempre que, al establecer una pena menos grave, e incluso ante la despenalización de algunas conductas no impliquen en una menor eficacia preventiva.[12]

IV. LA QUIEBRA DEL GARANTISMO EN EL MODERNO DERECHO PENAL.

Como el Derecho va de la mano de la evolución de la sociedad y procura dar respuesta a los problemas que surgen con las transformaciones sociales, el legislador penal va creando de forma incesante nuevos tipos penales que se adapten a las nuevas circunstancias sociales, o bien va ampliando la gravedad de los tipos penales ya existentes; y como consecuencia de éste actuar del legislador, el Derecho Penal en los últimos tiempos va aumentando de una manera muy significativa su capacidad de control y punición, y en ese caminar, van quedando atrás ineludiblemente garantías que estaban reconocidas en el Estado de Derecho y que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de los nuevos fines del legislador penal.

Surge de esta forma un Derecho penal *moderno* que actúa con características propias e con instrumentos distintos a los del Derecho penal clásico y esa actuación ha generado problemas que atentan contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho. En suma, el Derecho penal moderno acaba utilizando la protección de los bienes jurídicos como un mandato para punir, y no como un limite a la protección de los bienes jurídicos.

Esto supone una quiebra del principio de intervención mínima, porque el bien jurídico es protegido de forma directa por el Derecho penal, que debe ser la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y sin que antes se hayan acudió a otras ramas del derecho menos gravosas, y sin cuestionarse la relevancia de tal bien para el Derecho penal. Y ello, cuando debieran coexistir los principios de intervención mínima y de protección de bienes jurídicos, actuando el primero como límite del segundo.[13]

La tendencia expansiva que en determinados ámbitos manifiesta el Derecho Penal a costa de otras ramas del ordenamiento jurídico, parece obviar que aunque ciertos intereses puedan necesitar la protección del derecho penal, la imposición de una pena privativa de libertad supone la limitación de derechos fundamentales y solo podría estar

[12] RODRÍGUEZ MESA, MJ. Manual de introducción al Derecho Penal, 2006, pp. 38-39.
[13] MILANESE, P. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima, pp. 8-9.

justificada en casos de especial gravedad y que supongan un peligro importante de destrucción, lo que choca frontalmente con las leyes penales en blanco, y el establecimiento de tipos de peligro abstracto, o incriminación de conductas donde no se necesita la verificación de un efectivo resultado dañoso para que puedan ser sancionadas penalmente. De esta forma se acaba penando la inobservancia de normas meramente organizativas y no la realización de hechos realmente dañosos para la sociedad, lo que supone el uso del Derecho Penal en disciplinas preventivas ya estructuradas en Derecho Civil o Administrativo, y solo para reforzar el carácter intimidatorio. Pierde de esta forma el Derecho Penal buena parte de sus contenidos garantísticos.

Para HUERTA TOCILDO, nuestro Código Penal de 1995 no se sustrajo a incurrir en la quiebra del garantismo y del principio de intervención mínima cuando tipificó y criminalizó conductas tales como los delitos contra los recursos naturales y medio ambiente, contra la ordenación del territorio, delitos societarios o de intrusismo profesional, quizá porque entre otras razones el legislador ha mostrado una especial sensibilidad a la presión de determinados lobbies sociales para penalizar tales conductas.[14]

Las sucesivas y numerosas reformas legislativas operadas en el Código Penal de 1995 han afectado con mayor rigor a la parte general, especialmente al sistema de responsabilidad penal, al sistema de sanciones, determinación y ejecución de éstas; en lo referido a la parte especial, se ha producido un endurecimiento de la penas, especialmente en delitos de terrorismo, delitos de tráfico de seres humanos, delitos sexuales, delitos de violencia de género, delitos de seguridad vial, entre otros. Es por ello que a todas luces nuestro legislador tiende al endurecimiento de las penas y una expansión de los tipos penales que indudablemente se aleja del principio de mínima intervención del Derecho Penal, ampliando el abanico de bienes jurídicos protegidos no solo en el ámbito individual, sino también en el colectivo, creando nuevos tipos penales o ampliando los ya existentes, y agravando las penas privativas, por ello está perdiendo el norte de los principios limitadores del ius puniendi del Estado. [15]

La última reforma del Código Penal operada en 2015 mediante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, aparece con tintes inquisitivos en cuanto se

[14] HUERTA TOCILDO, S. Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código Penal. Revista Penal, 8, 2001, pp. 40-41.

[15] DE PABLOS CARMONA, M. Influencia de la Ilustración, 2014, p. 37.

introducen penas tales como la de prisión permanente revisable; y se produce una ampliación de las penas privativas de derechos, se observa además un afán recaudatorio en un buen número de delitos, que se comprueba en la ampliación del comiso y en el incremento de las penas multa, no obstante dicha reforma ha despenalizado algunos ilícitos penales menores y que constituían antiguas faltas, siendo elevadas otras de ellas a la consideración de delito leves, lo que supone una nueva categoría que amplía el concepto de delito. Estas nuevas figuras delictivas observan en general una tendencia al alza en las penalidades.[16]

A la luz de las distintas reformas operadas en el Código Penal de 1995, puede pensarse que se ha producido una quiebra del principio de intervención mínima y del garantismo del Derecho Penal, si bien también podría argumentarse que ello se ha producido al amparo de los principios de eficacia jurídica, de necesidad o bien de utilidad social al albur de las nuevas realidades sociales.

V. CONCLUSIONES

Hoy día ya se han plasmado en las constituciones democráticas las ideas ilustradas y por ende el garantismo penal, abanderado por el principio de intervención mínima y la consideración del Derecho Penal como última ratio; pero las evoluciones normativas parecen apartarse del garantismo penal, y ello pese al afianzamiento de tales ideas en los ordenamientos jurídicos democráticos. Por ello, la lucha debe centrarse ahora, en hacer que los Estados de Derecho realmente cumplan con los valores democráticos instaurados, y que sean respetados los derechos de los ciudadanos que recogen las Constituciones y los distintos ordenamientos jurídicos, para de esta forma evitar que se vaya produciendo un deterioro progresivo de las teorías que desde Montesquieu a nuestros días se han consolidado como un derecho social adquirido, y que suponen el afianzamiento de un Derecho que limite el poder del Estado y que suponga una garantía para los derechos y libertades fundamentales del individuo.

* * * * *

[16] MORALES PRATS, F. La utopía garantista del derecho Penal en la nueva "edad Media". Discurso de ingreso en la Reial Acadèmia de Doctors, como Académico de Número, en el acto de su recepción el 5 de noviembre de 2015. 2015, pp. 73-74.

Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo

Profesor de Derecho penal. Univ. a Distancia de Madrid (UDIMA), España. Socio de la FICP.

~Sobre el artículo 301.1 del Código Penal y la prueba indiciaria~

I. LAS CONDUCTAS TÍPICAS DEL ARTÍCULO 301.1 DEL CÓDIGO PENAL

Conforme a la redacción del artículo 301.1 CP, que sanciona el delito de blanqueo de capitales, caben dos clases de interpretación[1]. La primera de ellas, que comparto[2], consiste en considerar como delito de blanqueo la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes ilícitamente obtenidos, con la finalidad de enmascarar el origen ilícito de los mismos, o eludir las consecuencias de los actos cometidos[3]. Con esta interpretación se considera el delito de blanqueo un delito de resultado cortado[4] en el que el autor pretende conseguir un resultado que afecta al agotamiento y no a la consumación del mismo, que tendrá lugar cuando se consiga la finalidad de enmascaramiento de los bienes o se ayude a eludir las consecuencias legales de los actos realizados. Por su parte, el segundo criterio interpretativo estriba en

1 Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 95 y ss.; FARALDO CABANA, P.: Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales, Estudios Penales y Criminológicos, nº 34, 2014, pp. 91 y ss.; CARPIO DELGADO, J.: La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales, Revista General de Derecho Penal, nº 15, 2011, p. 11. Vid., también, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010, en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.): III Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 206 y ss.

2 Se muestran partidarios de esta opción, entre otros, ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código español. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 94 y ss.; del mismo: Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español, en: ABEL SOUTO, M./ SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.): I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, p. 187; GÓMEZ INIESTA, D.: El delito de blanqueo de capitales en Derecho español. Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 51 y ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de receptación…, 1997, pp. 95 y ss.

3 Partidarios de este criterio interpretativo, vid., por todos, BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales. Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 172 y ss., 305 y ss.; CARPIO DELGADO, J.: El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 167, 286 y ss.; CASTRO MORENO, A.: Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito blanqueo de capitales en la reforma del anteproyecto de 2008, Diario La Ley, nº 7277, 2009, p. 1388; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: El blanqueo de capitales en el Derecho Español. Dykinson, Madrid, 1999, pp. 16-17; FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: El delito de blanqueo de capitales. Colex. Madrid, 1998, pp. 402-404; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal, Cuadernos de Política Criminal, nº 91, 2007, pp. 11 y 12; PALMA HERRERA, J. M.: Los delitos de blanqueo de capitales. Edersa, Madrid, 2000, pp. 418 y 419; PALOMO DEL ARCO, A.: Receptación y figuras afines, en: VIVES ANTÓN, T. S./ MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (Eds.): Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 449 y ss.; FARALDO CABANA, P., Estudios Penales y Criminológicos, nº 34, 2014, p. 63.

4 Vid. FARALDO CABANA, P., Estudios Penales y Criminológicos, nº 34, 2014, p. 63.

considerar que tanto la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes procedentes de la comisión de un delito se castigaría siempre, con independencia de la finalidad que persiga el autor, siendo suficiente con que tenga conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes[5]. Esta segunda línea interpretativa considera el delito de blanqueo como un delito contra el orden socioeconómico[6], además de proteger la Administración de Justicia.

Considera con buen tino FARALDO CABANA que las modalidades[7] del artículo 301.1 CP no pueden castigarse de forma automática, puesto que, en todo caso, debe de atenderse a la finalidad que persiga el autor que conozca la procedencia ilícita de los bienes[8]. En este sentido, y en palabras de PALMA HERRERA, "la diferencia punitiva entre un hecho principal y otro posterior más gravemente penado no debe conducir a descartar automáticamente la posibilidad de hablar de un hecho posterior copenado. Ya que la pena no es establecida por el legislador única y exclusivamente en función del contenido de injusto de un comportamiento, sino que junto a éste, que sin duda despliega un papel de primer orden, se tienen en cuenta otra serie de datos, como el grado de culpabilidad del comportamiento (…), razones de prevención general y especial; la orientación ideológica que domine en ese momento Legislativo (…). Por esta razón, entendemos que es un error tratar de concebir el problema de los actos copenados como una fórmula matemática en la que la pena del hecho principal tenga que ser igual a la suma del desvalor de ese hecho principal, más la suma del desvalor del

5 Al respecto, vid. LORENZO SALGADO, J. M.: El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas, en: ABEL SOUTO, M./ SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.): III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 225; MATALLÍN EVANGELIO, A.: El "autoblanqueo" de capitales, Revista General de Derecho Penal, nº 20, 2013, p. 19; ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo..., 2005, pp. 93-102; 290-291; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales. Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 223 y 223; BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo..., 2012, pp. 448 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 489 y 490; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de receptación..., 1997, p. 1464.

6 Para Vidales Rodríguez se justificaría esta protección como consecuencia del resultado lesivo que puede producirse por la circulación de ingentes cantidades de capital fruto de actividades delictivas. Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de receptación..., 1997, p. 97.

7 Acerca de las conductas típicas del 301 CP, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico..., 2013, pp. 257-261. Así mismo, y recientemente, CASTELLANOS MORENO, C.: Bien jurídico protegido y tipicidad en el delito de blanqueo de capitales. Universidad Complutense, Madrid, 2015. Tesis doctoral. 2015, pp. 225 y ss.

8 Vid. FARALDO CABANA, P.: Estudios Penales y Criminológicos, nº 34, 2014, p. 66. En este sentido, QUINTERO OLIVARES propone que únicamente se aplique el artículo 301 cuando sea imposible sancionar el delito previo. Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 12, 2010, p. 20.

hecho posterior y, en consecuencia, mayor que la del hecho cuya copunición se discute"[9].

Cabe recordar que tras la reforma operada en 2010, el tipo del artículo 301 ya no exige la comisión de un delito previo al blanqueo, sino que es suficiente con que los bienes procedan de una actividad delictiva, en consonancia con la línea jurisprudencial que eximía de la previa existencia de una sentencia condenatoria del delito precedente[10], y que tal y como proponía el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008, *"se corresponde mejor con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto conforme a lo establecido también por la doctrina de la Sala Segunda del TS (STS 115/2007, de 22 de enero)*". En este sentido, y en palabras de BLANCO CORDERO, "carecería de sentido esperar a que se declarase la responsabilidad de los partícipes en el tráfico para perseguir penalmente tales conductas"[11], siendo suficiente, en su opinión, que se acredite simplemente la existencia previa de una actividad delictiva genérica.

Ciertamente, el delito en sí, tal y como queda configurado *-ya no se vincula necesariamente con el narcotráfico ni terrorismo, delitos que motivaron su creación, como tampoco con los delitos considerados graves-*, es inoportuno e innecesario. El legislador confunde los fines preventivos, políticos y policiales con la función del Derecho penal, y es por ello que deberían de introducirse algunas excepciones[12] en el tipo, relativas a las conductas relativas a la mera posesión y utilización de bienes. Una prueba de primera magnitud, en ese sentido, no es otra que la relativa a las conductas típicas descritas en el precepto. Así, *"El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos"*. Al respecto, certera se pronuncia VIDALES RODRÍGUEZ al afirmar que "la realización de

9 Cfr. PALMA HERRERA, J.M.: Los actos copenados. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 163 y ss. En la misma dirección, vid. BACIGALUPO, E.: Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero. Civitas, Madrid, 2012, p. 46.

10 Al respecto, vid. SSTS 928/2006, de 5 de octubre, y 145/2008, de 8 de abril.

11 Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, 2011, p. 32.

12 En este sentido, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Voz "Blanqueo de bienes", en: LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.): Enciclopedia penal básica. Comares, Granada, 2002, p. 200.

dichas conductas sin que se persiga la finalidad explicitada carecería de relevancia penal"[13]. Y razón no le falta.

Podría considerarse que lo dispuesto en el artículo 301.1 CP es una suerte de cláusula abierta, cajón de sastre o un "comodín"[14], relativa a "realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, lo cual podría atentar contra el principio constitucional de seguridad jurídica contemplado en nuestra Constitución Española (art. 9.3).

No iba mal encaminado el Tribunal Supremo hace ya más de una década, tras su relevante pronunciamiento en la STS de 22 de julio de 2003, cuando argumentaba que el "*blanqueo de bienes o capitales, responde al criterio omnicomprensivo asumido internacionalmente de abarcar todas las posibles conductas ilícitas con el fin de reprimir cualquier obtención de beneficios generados por la comisión de un delito grave -art. 1 3 CP 1995-, lo que le confiere independencia y autonomía en relación con el delito antecedente, pudiendo incluso conllevar una penalidad superior a éste teniendo en cuenta que se trata de la protección de bienes jurídicos distintos*". En este sentido, el alto Tribunal se ha manifestado en el sentido de que estos actos a los que se alude, deben ir dirigidos a *"una operación directa, personal o interpuesta, con los bienes con los que se actúa"*[15]. Aún con todo, el Tribunal puntualizó, en virtud de STS de 9 de octubre de 2004, que "*con la punición de estas conductas (tipo del art. 301.1 CP) no se busca castigar directamente el delito base -aquel que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado Ilícito- que tiene una respuesta penal distinta y autónoma. Se trata, fundamentalmente, de dificultar el agotamiento de dichos delitos en lo que se refiere a la obtención de un beneficio económico extraordinario -auténtica finalidad perseguida con su ejecución-, conseguido por no tener que soportar los costes personales, financieros, industriales y tributarios que se exigen a la ganancia*

13 Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (Estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010), Revista General de Derecho Penal, nº 18, 2012, p. 12. Así lo han entendido también, entre otros, BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo..., 2012, pp. 173 y ss.; CARPIO DELGADO, J.: El delito de blanqueo..., 1997, p. 167; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: El blanqueo de capitales..., 1999, pp. 15 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: El delito de blanqueo..., 1998, pp. 360 y ss.

A favor de la doble incriminación, argumentando la lesión de distintos bienes jurídicos afectados, vid., entre otros, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo..., 2000, pp. 174 y ss.; BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo..., 2012, p. 502; CARPIO DELGADO, J.: El delito de blanqueo... 1997, pp. 231 y ss.; FARALDO CABANA, P.: Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes, en: PUENTE ABA, L.M. (Dir.): Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal. Comares, Granada, 2008, pp. 161-194.

14 Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: Revista General de Derecho Penal, nº 18, 2012, p. 20.

15 Cfr. STS 56/2014, de 6 de febrero.

obtenida lícitamente, con desestabilización de las condiciones de la competencia y el mercado, de ahí que el blanqueo se ubique sistemáticamente entre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico".

De forma crítica a la par que con cierto cariz innovador, se manifiesta BAJO FERNÁNDEZ cuando reza que "se cumplirían las exigencias de los principios de un Derecho penal moderno y, también, las pretensiones de los organismos internacionales en la lucha contra la criminalidad organizada, si la nueva figura delictiva se concibiera como forma de participación postdelictiva elevada a delito independiente, de modo que se den las siguientes características. En primer lugar, el autor del llamado delito de blanqueo de capitales no puede haber participado en el delito anterior ni como autor ni como partícipe. En segundo lugar, no puede imponerse una pena superior a la del delito precedente. En tercer lugar, el nuevo delito participa en la protección del bien jurídico del delito previo. En cuarto lugar, debe de referirse sólo a los efectos derivados de los delitos que se quiere combatir, es decir, los relativos a la criminalidad organizada. En quinto lugar, debe evitarse el castigo de la modalidad imprudente. En sexto lugar, debe abandonarse a las sanciones administrativas y a las medidas políticas y policiales los supuestos que procedan"[16]. Empero, recuerda el autor que la regulación penal no cumple con ninguna de estas características expuestas.

El objeto material del delito son los bienes en un sentido amplio, comprendiendo tanto los muebles como inmuebles, corporales e incorporales, derechos, valores y créditos. Puede resultar sorprendente que el tipo penal del blanqueo no incluya referencia alguna a un límite mínimo del valor económico de los bienes, que viene a abarcar el injusto[17] del delito de blanqueo de capitales, lo cual puede contravenir a todas luces el principio penal de intervención mínima[18]. Quedaría pendiente, por tanto, que se determine en el delito de blanqueo de capitales una cantidad mínima a partir de la cual

16 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: El desatinado delito de blanqueo de capitales, en BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S. (Coords.): Política Criminal y Blanqueo de Capitales. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 12.

17 Al respecto, vid. PALMA HERRERA, J.M.: Los delitos de blanqueo de capitales... 2000, pp. 390 y 391; BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo..., 2012, p. 528.

18 Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: Revista General de Derecho Penal, nº 18, 2012, p. 20; MATALLÍN EVANGELIO, A.: Revista General de Derecho Penal, nº 20, 2013, p. 19, nota. En el mismo sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo... 2000, pp. 248 y ss.; MUÑOZ CUESTA, F.J.: El delito de blanqueo de capitales. Alcance después de la reforma del art. 301 por LO 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 2, 2013, p. 3.

resulte atentado el bien jurídico protegido[19], ya que de otro modo podría vulnerarse el principio de proporcionalidad. En este sentido, lo que realmente se produce con la comisión del delito de blanqueo de capitales es una ofensividad plural manifiesta. De un lado, serían los referidos a la realización de cualquier otro acto distinto de la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de los bienes delictivos, orientados por la finalidad de ocultar o encubrir dicho origen o de ayudar a la persona que haya participado en la infracción en aras de eludir las consecuencias legales de sus actos, afectando a la Administración de Justicia. De otro lado, las conductas basadas en la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión, que vendrían a suponer un atentado contra el orden socioeconómico. En este sentido, señala MOLINA MANSILLA que *"el delito de blanqueo no tiene como fin proteger el mismo bien jurídico del delito precedente, pues la puesta en peligro de aquél no varía con el delito de blanqueo. No obstante, cuando los capitales se reinvierten para seguir cometiendo delitos de la misma entidad del original, el bien jurídico lesionado será el mismo en ambos ilícitos"*[20]. La jurisprudencia también ha sentado doctrina sobre esta cuestión. Y es que la STS de 21 de diciembre de 2005 ha manifestado que el delito de blanqueo de capitales *"incide en otros bienes jurídicos ya que los autores no sólo obtienen ingentes ganancias sino incluso un poder de corrupción que es un peligro evidente para la*

19 Acerca del amplio debate doctrinal en relación con el bien jurídico protegido, vid. FARALDO CABANA, P.: Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995, Estudios Penales y Criminológicos, nº 21, 1998, pp. 124 y ss. En este sentido, indicando que el bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales es distinto al del delito precedente, vid. ABEL SOUTO, M.: Jurisprudencia penal reciente… op. cit., p. 313; FARALDO CABANA, P.: El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010, Revista de Inteligencia, nº 0, 2012, p. 32. Por su parte, y en relación al bien jurídico protegido, haciendo alusión a su carácter pluriofensivo, atentado a la administración de justicia y/o orden socioeconómico, vid. FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J.: Blanqueo de capitales y principio de lesividad. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Tesis doctoral, pp. 199 y ss.

20 Cfr. MOLINA MANSILLA, M.C.: El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal, La Ley Penal, nº 42, 2007, pp. 62 y 63. Según la autora, el blanqueo es un delito pluriofensivo que afecta a varios bienes protegidos, como son el orden socioeconómico, la Administración de Justicia y la Seguridad interior. Vid. MOLINA MANSILLA, M.C.: Últ. op. cit., pp. 63-65. Acerca del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales, vid., también, las consideraciones de otras opiniones doctrinales, entre las que destacamos, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?, Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, nº 26, 2009, pp. 28 y ss.; o ESPINOSA LABELLA, para quien el bien jurídico protegido, además de en el patrimonio, reside en la regulación de la economía en el ámbito de una sociedad, al infringirse las reglas establecidas para que la obtención de patrimonios fluyan de forma lícita por los cauces económicos establecidos, propios del negocio, la empresa, y la actividad comercial. Vid. ESPINOSA LABELLA, M.: El blanqueo de capitales en la normativa europea, en el derecho español y en la jurisprudencia, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 23, 2010, pp. 56 y 57; y para una exposición detallada y completa sobre objeto de protección en el delito de blanqueo de capitales, vid., por todos, BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo…, 2012, pp. 189 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales, en: ABEL SOUTO, M./ SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.): I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 157-174.

estabilidad de los sistemas políticos y para la adecuada estructuración de la sociedad a la que se envía un mensaje demoledor que afecta a los valores éticos".

II. LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DEL BLANQUEO DE CAPITALES. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este apartado vamos a abordar un análisis jurisprudencial acerca de la relevancia que hoy en día tiene la prueba indiciaria en relación con la actividad delictiva previa existente como vínculo de procedencia de los fondos o bienes objeto de blanqueo. Para poder sancionar el delito de blanqueo de capitales, como ya se ha comentado, con anterioridad a la reforma penal de 2010 se exigía la comisión de un delito previo, en lugar de la referida apreciación de actividad delictiva.

La disyuntiva estriba en la acreditación de la procedencia y la conexión del sujeto activo con el delito antecedente, del que se derivan las ganancias o ilícitos beneficios. A falta de prueba directa se acude a la prueba indiciaría, que se considera suficiente como para enervar la presunción de inocencia a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados. En este sentido, certero se muestra FERRÉ OLIVÉ al afirmar que "no requerir una sentencia condenatoria firme no implica, en todo caso, dejar de constatar una auténtica actividad delictiva previa"[21]. Empero, no servirá una infracción administrativa, sino los requisitos de tipicidad propios de una actividad delictiva.

Basándonos en todo momento en la doctrina constante y uniforme del Tribunal Supremo en cada momento temporal y conforme a la vigencia que ha mantenido el texto punitivo español, se ha manifestado a tenor de la STS 1080/2010, de 20 de octubre, en relación a la prueba indiciaria, indicando que debe atenderse a *"cuestiones de política criminal, y, otras procesales relacionadas muy particularmente, con la prueba de sus presupuestos fácticos, además de otras dogmáticas como la de autonomía respecto del delito del que proviene el bien blanqueado y la compatible duplicidad de autoría del delito de blanqueo por quien cometió el delito del que procede el bien".*

Y es que ya no es necesaria una condena efectiva previa sino que es suficiente con probar que los bienes proceden de una actividad delictiva. En relación a esta cuestión, la STS 796/2010, de 17 de septiembre, manifestó que *"la jurisprudencia ha establecido que no es preciso acreditar una condena anterior por el delito del que proceden los*

21 Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Una nueva trilogía en Derecho Penal tributario. Fraude, regularización y blanqueo de capitales, Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación, nº 372, 2014, p. 48.

bienes o dinero lavado, siendo bastante con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero, en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, que dados los indicios la conclusión razonable sea su origen delictivo". En la misma línea, con anterioridad, la STS 5 de octubre de 2006, manifestó que *"no es preciso identificar un concreto hecho delictivo, ni tampoco que ya exista una sentencia condenatoria que lo establezca. Pero será precisa, al menos, una mínima identificación, de manera que pueda afirmarse de forma contundente que el origen de los bienes no es una actividad solamente ilícita, sino delictiva".* En el mismo sentido, la STS 628/2011, de 22 de julio, recuerda que es reiterada la doctrina que indica que "*no es necesario que exista un pronunciamiento judicial precedente que declare como delito la actividad de la que proceden los bienes (…), lo que en realidad, como podrá advertirse, equivale a la inconcreción del origen delictivo, puesto que si no existe condena firme sobre las actividades productoras de los bienes resultaría incongruente afirmar su carácter delictivo (…)*".

Ciertamente, se ha reconocido que es habitual acudir a la prueba indiciaria, en cuyo ámbito, los indicios más frecuentes en la práctica de esta modalidad delictiva, según la doctrina consolidada por la Sala Segunda del TS[22], son: *"a) El afloramiento de cantidades de dinero de cierta importancia, respecto del que no se ofrece suficiente justificación. b) La utilización del mismo en operaciones que ofrecen ciertas irregularidades, ajenas a la práctica común en el mercado, tales como manejo de grandes cantidades de efectivo, utilización de testaferros, aperturas de cuentas o depósitos en entidades bancarias ubicadas en país distinto del de residencia de un titular, etc. c) Y, por último, la existencia de algún dato objetivo que relacione a quien dispone de ese dinero con el tráfico de sustancias prohibidas, de modo que permita afianzar la imprescindible vinculación entre sendos delitos"*. Así, la STS 155/2009, de 26 de febrero, expuso que *"admitiéndose que la existencia del delito previo constituye elemento objetivo (normativo) del tipo y su prueba condición asimismo de tipicidad, en ningún caso la jurisprudencia requiere que hubiera precedido sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico (Sentencias del Tribunal Supremo 19.9.2001,19.12.2003, y 23.12.2003), y ni siquiera se considera preciso que se determine la autoría del delito*

22 Doctrina originada en virtud de las sentencias de la Sala Segunda del TS, de 23 de mayo de 1997; 15 de abril de 1998; 9 de mayo de 2001; 18 de diciembre de 2001; 6 de junio de 2002; y por la más reciente de 9 de octubre de 2004.

precedente (Sentencia del Tribunal Supremo 23.2.2005), por cuanto tal requisito, necesidad de condena previa, haría imposible en la practica la aplicación del tipo de blanqueo".

En este sentido, resulta interesante destacar que, tal y como recordara la STS 637/2010, de 28 de junio, *"nos hallamos, por consiguiente, ante un delito "autónomo" cuya declaración no depende de la previa acreditación de ninguno otro anterior (SsTS de 29 de Septiembre de 2001, 10 de Febrero de 2003, 4 de Junio de 2007, 28 de Diciembre de 2009 ó 8 de Abril de 2010, por ejemplo), por lo que ha de bastar para afirmar el presupuesto objetivo del origen delictivo de los bienes, contenido en el tipo descrito en el artículo 301, con la existencia de prueba indiciaria, bastante de acuerdo con los criterios genéricos aplicables a esta clase de pruebas, para concluir con la necesaria certeza la realidad del referido origen enervando el derecho a la presunción de inocencia de los acusados (vid. SsTC como las 174 y 175/1985 y 229/1988)".*

Centrándonos en los indicios acreditados y consignados para alcanzar la existencia del elemento subjetivo del tipo a tenor de la jurisprudencia, cabe señalar que la STS de 22 de julio de 2003 no exige "*que consista en conocer con todo detalle la infracción precedente, siendo suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general y, en su caso, de la procedencia del tráfico de drogas cuando se aplique el subtipo agravado previsto en el art. 301.1 CP 1995, habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad*". Idéntico criterio ofrece la STS de 2 de diciembre de 2004, a tenor de la cual "*el elemento subjetivo del delito del art. 301 CP 1995-conocimiento sobre el origen ilícito del dinero utilizado-, no requiere que se conozca con todo detalle la infracción precedente, siendo suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general, habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad. No se exige un conocimiento preciso y detallado del delito de referencia, ni tampoco que se haya juzgado tal delito principal*". Así, y en virtud de la STS de 10 de febrero de 2003, "*el tipo subjetivo del delito de blanqueo de capitales consiste, ante todo, en conocer o saber que los bienes sobre los que recae la acción de blanquear proceden o tienen su origen*" en una actividad delictiva. Continúa el órgano exponiendo que "*no es suficiente la mera sospecha, sino que es necesario un estado anímico de certeza, aunque el mismo no tiene que abarcar todos los detalles y pormenores de la infracción precedente, pues el conocimiento del*

autor no exige, y por ende no se precisa prueba al respecto, que se extienda a todas las anteriores operaciones delictivas de tráfico de drogas generadoras de tal ganancia, ya que ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución". En el mismo año, la STS de 23 de diciembre expuso que "*en este sentido, no es preciso un concreto conocimiento del hecho delictivo antecedente, sino que basta que el acusado de blanqueo conozca el carácter antijurídico de la procedencia de los bienes*".

En cuando a la constatación del elemento de intencionalidad por parte del sujeto activo, la STS de 10 de enero de 2000 manifestó que *"el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar tal conocimiento; ello se puede obtener tanto mediante prueba directa, que prácticamente será de imposible existencia, dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación, distribución y «lavado» del dinero procedente de las drogas, como por prueba indirecta, que será la más usual".* En esta misma sentencia, el Tribunal Supremo manifestaba que "*el recurrente tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de la droga -cosa que él niega-, lo que se desprende de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir, no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y se beneficia, sin embargo, de esta situación -cobraba un 4% de comisión- , está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa y debe responder, por lo tanto, de sus consecuencias*".

Tratando de mantener una secuencia adecuada de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo a lo largo del tiempo en relación a la prueba indiciaria, no siendo exigible ya una condena previa para poder sancionar el delito de blanqueo de capitales, y resaltando algunas situaciones que he considerado relevantes a lo largo de los últimos años, recordaremos que como elemento nuclear de los posibles indicios o sospechas exteriorizadas por los posibles sujetos activos del delito, *"Basta, en definitiva, "...con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero, en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, que dados los indicios, la conclusión razonable sea su origen delictivo" (STS de 8 de Abril de 2008)*". El mismo criterio mostró la STS 156/2011, de 21 de marzo, al exponer que el delito de blanqueo de capitales es "*un delito autónomo e independiente de los delitos*

precedentes, no interesando conocer ni los concretos delitos anteriores, ni las condenas, antes bien, el único dolo que se requiere y alrededor del que se vertebra el delito está constituído por la existencia de datos o indicios bastantes que en una valoración integrada y no desvirtuada por pruebas o indicios de descargo, permita afirmar tal conocimiento y consentimiento del agente". De igual manera, la STS de 9 de julio de 2012, estableció que *"Es cierto ... que no es suficiente con que el acusado tenga una simple sospecha de la ilicitud del origen de los bienes a blanquear. Esta Sala ha repetido una y otra vez que se requiere certidumbre sobre dicho origen, lo que a su vez tampoco significa el conocimiento de la infracción precedente en todos sus pormenores o en todos sus detalles (véanse, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 1070/2003 de 22 de julio y 1450/2004 de 2 de diciembre)"*; y la STS 300/2013, de 12 de abril expuso que la *"jurisprudencia ha señalado que no es precisa una condena por el delito de tráfico de drogas para poder establecer como probado que los caudales blanqueados tienen ese origen. Y que para ello es posible tener en cuenta cualquier dato que refleje esa relación con esa clase de actividades delictivas, cuando no existen otros que permitan sostener un origen distinto de los caudales o de los bienes. En este sentido, es posible valorar la existencia de detenciones anteriores, o incluso los informes que relacionan al acusado con otras personas a su vez relacionadas con el tráfico de drogas, o con esa clase de actividades, siempre que su contenido presente la suficiente consistencia"*.

Por su parte, la STS 578/2012, de 26 de junio, razona que *"como tenemos dicho, la sentencia que sirve para conectar al acusado con actividades o personas que se mueven en el mundo de las drogas, no tiene por qué ser condenatoria. En nuestro caso la sentencia de la Audiencia ..., casada por esta Sala, sólo se tiene en consideración como un indicio de naturaleza fáctica para alcanzar una inferencia, resultando indiferente que fuera condenatoria u absolutoria.."*.

A modo de ejemplo, pueden servir los pronunciamientos del Tribunal Supremo ante situaciones en las que ha confirmado o impuesto condenas ante evidencias indiciarias. Podemos destacar, entre otras, la STS de 23 de mayo de 1997, que precisaba que en los supuestos *"en el que la acusación se formula por delito de blanqueo de capitales procedentes concretamente del tráfico de estupefacientes, los indicios*[23] *más*

23 Al respecto, en la STS 811/2012, de 30 de octubre, se estima que *"la posición del acusado recurrente como Guardia Civil destinado en el servicio aduanero del aeropuerto .... le proporcionaba*

determinantes han de consistir en primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; en segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y, en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mimas". De modo que *"tanto por la importancia de las cantidades como por la dinámica de las transmisiones y el manejo inusual de efectivo, incluso con maletas repletas de billetes, se pone de manifiesto que se trata de operaciones absolutamente extrañas a las prácticas comerciales propias de los negocios legítimos, lo que constituye efectivamente un primer indicio de especial relevancia para apreciar la concurrencia de un delito de blanqueo de capitales y la participación del recurrente en el mismo; por lo que se refiere al segundo elemento indiciario relevante en este tipo de delitos (inexistencia de actividades negociales lícitas que justifiquen los incrementos patrimoniales o transmisiones dinerarias) ha quedado acreditada suficientemente la falta de realidad de las pretendidas operaciones de importación a que se referían supuestamente las transmisiones dinerarias, constatando incluso certificación de la Dirección General de Aduanas acreditativa de la inexistencia de dichas operaciones".* En sentido similar, la STS de 15 de abril de 1998 configuraba como elementos indiciarios necesarios para constatar los supuestos de blanqueo de capitales, en primer lugar, *"el incremento inusitado de patrimonio*[24] *u operaciones dinerarias manifiestamente anómalas";* en segundo, *"la inexistencia de actividades negociales lícitas que justifiquen los incrementos inusuales de patrimonio, la tenencia de cantidades insólitas de dinero en efectivo o las transmisiones patrimoniales anómalas"* y; en tercer lugar, la *"constatación de la relación con personas implicadas en actividades de tráfico de estupefacientes".*

---

una información privilegiada sobre el tráfico internacional de drogas hacia (la Comunidad Autónoma) y le permitía fácilmente colaborar en la entrada ilícita de productos estupefacientes. Su relación con personas dedicadas al tráfico de estupefacientes es notoria, y si él mismo no ha sido condenado por dicho delito es por la anulación de las pruebas relacionadas con la ocupación de una maleta con treinta kilos de cocaína en el propio aeropuerto. El conocimiento de que el dinero ilícito blanqueado procedía precisamente de dicho tráfico constituye una consecuencia natural y lógica, aplicando al caso las normas más elementales de la experiencia...".

24 La STS de 1 de marzo de 2005, por su parte, declaró como prueba suficiente el conocimiento del origen ilícito del dinero porque el acusado carecía de ingresos legales suficientes y adquirió tres embarcaciones y una motocicleta con valor superior a 100.000 euros, sin explicación alguna sobre la existencia previa de los fondos para su adquisición.

Por su parte, la STS de 29 de septiembre de 2001 disponía que "(...) *se han indicado hechos como el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero en efectivo que, por su cantidad y dinámica de las transmisiones, pongan de relieve operaciones extrañas a la ordinaria práctica comercial, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen, por su entidad e importancia, el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias, y la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico o con las personas o grupos relacionados con las mismas*". De interés resultó también el caso de un detenido cuando la Policía registró la mochila que transportaba en su moto y comprobó que contenía 18.000.000 ptas. Ni se especifica que el dinero procediese de un delito relacionado con el tráfico de drogas, ni que el acusado conociese dicha ilícita procedencia, ni que estuviese tratando de convertir, transmitir u ocultar los bienes o de encubrir su origen ilícito. Se expresa en la sentencia que los agentes policiales acordaron la detención al sospechar que dicho importe pudiera haber sido obtenido con el tráfico de estupefacientes. Efectivamente, las circunstancias de la ocupación de una cantidad de dinero en efectivo tan elevada en una mochila resultan sospechosas y pueden constituir un indicio de su procedencia ilícita (STS de 18 de diciembre de 2001).

En otro orden, la STS de 23 de febrero de 2005 se manifestaba en el sentido de que "*para exculpar a los imputados es necesario que todos los elementos concurrentes estén perfectamente esclarecidos y se pueda demostrar que tienen su origen en una actividad lícita, que responde a la realidad de prestaciones o ingresos realizados por la persona o personas a que conciertan el negocio. Las actividades típicas pasan por convertir, es decir, en transformar por medio de artificios, bienes procedentes de un hecho ilícito, estableciéndose una especial agravación cuando el delito generador sea el tráfico de drogas. También se incluye, para agotar las posibilidades delictivas, las actividades de transformación destinadas a encubrir u ocultar el origen delictivo de los bienes o cualquier forma de auxilio para ayudar a las personas que hayan participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos*". Así mismo, la STS de 10 de febrero del mismo año, indicó que "*se han indicado hechos como el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero en efectivo que, por su cantidad y dinámica de las transmisiones, pongan de relieve operaciones extrañas a la ordinaria práctica comercial, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen, por su entidad e importancia, el incremento patrimonial o las*

transmisiones dinerarias y la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico o con las personas o grupos relacionados con las mismas. (…) En el caso, la acusada acomete la construcción de un restaurante de lujo sin dinero para financiar tan importante obra y sin dar ninguna explicación razonable del origen del mismo, aunque sí afirmó que era de su marido, sujeto del que no constan operaciones comerciales o negocios que pudieran justificar el origen lícito de tan importantes cantidades".

En síntesis, y con independencia de esta secuencia expositiva de resoluciones jurisprudenciales que he considerado interesante resaltar por esclarecedoras de las posibles incógnitas que pudieran derivarse acerca de la idoneidad de los elementos o evidencias indiciarias relacionadas con el blanqueo de capitales y delitos o actividades ilícitas desarrolladas previamente, debe de recordarse y, por tanto, no relegar a un segundo plano, que los indicios más frecuentes en la *praxis*, siempre que no puedan obtenerse o aportarse pruebas directas pese a la dificultad que ello pueda suponer, sobre todo en algunos delitos de dificultoso rastreo y persecución, serán el afloramiento de cantidades de dinero de cierta importancia; la utilización del mismo en operaciones que ofrecen ciertas irregularidades, ajenas a la práctica común en el mercado; y la existencia de algún dato objetivo que relacione a quien dispone de ese dinero con el tráfico de sustancias prohibidas.

* * * * *

Prof. Dra. Carmen Rocío Fernández Díaz
Profesora sustituta de Derecho penal. Univ. de Málaga. Socia de la FICP.

~Garantismo y lucha contra el espionaje empresarial~

I. INTRODUCCIÓN

El espionaje empresarial no es un delito nuevo en el ordenamiento jurídico-penal español, sino que fue tipificado por primera vez hace más de veinte años, cuando el legislador de 1995 decidió castigar a todo aquél que, de manera ilegítima, se hiciera con la información confidencial de una empresa, es decir, los secretos de empresa, con una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Los secretos de empresa son resultado de creaciones intelectuales de las empresas que precisan protección, como impulsores de la innovación y el desarrollo[1]. Estos dos últimos aspectos, junto a la investigación científica y técnica, son considerados factores indispensables para el crecimiento económico de un país y constituyen la base de su progreso y bienestar sociales[2].

El espionaje empresarial, y especialmente el que se comete a través de medios informáticos, sobre la propiedad intelectual, industrial y los secretos de empresa constituye la causa de las pérdidas económicas más importantes que se derivan de la ciberdelincuencia. Así lo pone de manifiesto un reciente estudio sobre el impacto económico de este tipo de criminalidad, elaborado por la principal compañía de seguridad informática a nivel mundial[3].

La punición de esta conducta en nuestro Código penal se ubicó, y así sigue siendo, en el artículo 278 del mismo y su redacción constituyó un traslado acrítico del tipo básico de los delitos contra la intimidad, previsto en el artículo 197.1, con una mera adaptación de la misma al objeto propio de este delito, los secretos de empresa, y un incremento penológico en su límite mínimo, que en el caso de los segundos, era de un

[1] Considerando (3) de la Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

[2] Así lo señala el Ministerio de Economía y Competitividad en la llamada "Estrategia española de ciencia y tecnología y de innovación 2013-2020" (p. 8). A dicho texto puede accederse en el siguiente enlace:
http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Investigacion/FICHEROS/Estrategia_espanola_ciencia_tecnologia_Innovacion.pdf. Último acceso: 4/7/2017.

[3] Informe "The economic impact of cybercrime and cyber espionage" (p. 8), elaborado por el CENTRO PARA ESTUDIOS ESTRATÉGICOS E INTERNACIONALES (*Center for Strategic and International Studies*), a cargo de la empresa de seguridad informática McAfee, en el año 2013.

año. A pesar de dicho traslado, el delito de espionaje empresarial guarda una estrecha relación, no con los delitos contra la intimidad, sino con aquellos contra los derechos de propiedad industrial, como se expondrá respecto al bien jurídico protegido.

Pues bien, contextualizado el delito y el origen de su regulación, la presente comunicación se centra en poner de relieve dos puntos clave de la misma, relacionados con dos aspectos del derecho penal garantista: por un lado, con el bien jurídico protegido y el principio de intervención mínima y, por otro lado, con sus consecuencias penológicas y el principio de proporcionalidad.

II. LA PROPIEDAD INMATERIAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El derecho penal garantista, como ha señalado Díez Ripollés, "considera una virtud, además de un signo inequívoco de una sociedad bien integrada, que su área de intervención sea la mínima imprescindible"[4]. Ante esta consideración – sigue diciendo el autor-, "el derecho penal sólo debe actuar frente a las infracciones más graves a los bienes más importantes, y ello sólo cuando no existan otros medios sociales más eficaces".

Desde esta perspectiva, hay que determinar, en primer lugar, cuál es el bien jurídico protegido en el delito de espionaje empresarial, y, en segundo lugar, si cumple dichos estándares.

En relación a la primera cuestión, si bien este delito no ha sido objeto de una gran atención doctrinal, han sido varias las posturas adoptadas en relación al bien jurídico protegido. Las más recientes y las más relevantes que tienen en cuenta el carácter económico de esta figura delictiva, ponen el acento en la idea de la capacidad competitiva de la empresa[5], la lealtad competitiva[6] o el interés económico del empresario en mantener la reserva[7], como objeto de tutela.

---

[4] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: La política criminal en la encrucijada, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2007, pp. 62-63.

[5] BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, Madrid: Editorial Civitas, 1978, p. 287.

[6] Así, entre otros, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mª. T.: Protección penal del secreto de empresa, Madrid: Colex, 2000, p. 110; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto de empresa, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 18; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 434; SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A.: Derecho penal. Parte especial, 15ª ed., Madrid: Dykinson, 2010, p. 510; SERRANO-PIEDECASAS, J. R. / DEMETRIO CRESPO, E.: Cuestiones actuales de derecho penal empresarial, Madrid: Colex, 2010, p. 312.

[7] RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: Capítulo XI. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ

Sin embargo, si bien estas aportaciones han enriquecido progresivamente la exégesis de este tipo, no han conseguido concretar de manera suficiente, a mi juicio, el bien jurídico protegido en el delito de espionaje empresarial, que considero que se cifra en la propiedad de determinados bienes inmateriales, específicamente, de los secretos de empresa. Para ello, el titular de estos últimos debe adoptar medidas de protección de la confidencialidad de la información empresarial, que aseguren su tutela, al carecen esta de un instrumento como la inscripción registral, que se exige en el caso de los derechos de propiedad industrial.

Sin embargo, la jurisprudencia no se ha hecho eco siempre del objeto de tutela del presente delito. Así, la SAP Girona (Sección 3ª), 168/2008, de 19 de febrero, absolvió al acusado por no considerar secreto de empresa una base de datos con información sobre los clientes de una agencia, que carecía de protección de tipo alguno, como claves de acceso u otra forma idónea de control restrictivo frente a terceros. Esta sentencia apuntó que los actos de apoderamiento y utilización de los que absuelve a los acusados contra dicha base de datos, sólo serían actos de mala fe o de competencia desleal, pero no violación de secretos de empresa a efectos penales. Sin embargo, esta sentencia fue casada por la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 864/2008, de 16 de diciembre, que condenó al acusado, afirmando la cualidad de las listas de clientes, en general, para ser objeto del secreto empresarial, sin considerar en absoluto la presencia de medidas razonables para proteger el carácter reservado de las mismas. También plantea cierta polémica en este sentido la SAP de Ciudad Real de 2 de diciembre de 2015 (ARP 2015, 1317), en la que un sujeto fue condenado por un delito del artículo 278.1 CP, por apoderarse del listado de clientes que se encontraba en un equipo informático de su propiedad, de un centro de estética cuya titular no protegía mediante claves o cualquier otro tipo de medida de seguridad, reconociendo la propia sentencia que "pudo ser una imprudencia por parte de Genoveva el no realizar el borrado de datos", previamente a la devolución del ordenador. De dicho apoderamiento se derivó una utilización posterior de la lista de clientes mediante la creación de un negocio propio. Sin embargo, aun cuando la conducta de apoderamiento, aprovechando que dichos datos que quedaron

---

OLIVÉ, J. C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. / TERRADILLOS BASOCO, J. Mª. (DIRS.): Comentarios al Código Penal, Iustel, 2007, p. 619; CARRASCO ANDRINO, Mª. M.: La Protección Penal del Secreto de Empresa, Barcelona: Cedecs Editorial, 1998, p. 143; GÓMEZ RIVERO, Mª. C. (COORD.): Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial, Madrid: Tecnos, 2010, p. 471; MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. Protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías, Pamplona: Aranzadi, 2002, pp. 129-130.

guardados en su equipo, pudiera resultar reprobable por ser contraria a la buena fe, ésta no debería dar lugar a una condena penal. Ello es así, en mi opinión, en la medida en que, si bien el tipo no exige en su literalidad que se sorteen medidas de seguridad adoptadas por el titular de la información, de una interpretación teleológica de éste, y acudiendo al principio de *ultima ratio* que rige en Derecho penal, se desprende que el sujeto activo de la conducta de espionaje empresarial debe subvertir el orden jurídico de forma inequívoca, lo cual no queda tan claro en el presente caso. Siendo el sujeto que se apodera de la información, propietario del soporte material donde ésta se hallaba, y no habiendo adoptado la titular de la misma medidas de protección alguna, el sujeto no tuvo que acceder a dicha lista de forma ilegítima, subrepticia o violando dichas medidas, que eran inexistentes, por lo que no parece adecuada la imposición de una condena por un delito de espionaje empresarial.

El objeto de tutela del delito de espionaje empresarial, entendido como propiedad de bienes inmateriales, constituye un elemento de naturaleza patrimonial, partiendo aquí de una concepción funcional de patrimonio, de escasa acogida en la doctrina española[8], según la cual, la propiedad no puede tener una protección absoluta por parte del Derecho penal, sino que este "ha de atender necesariamente a la *funcionalidad* que representa para su titular el objeto apoderado, apropiado o fraudulentamente obtenido",

[8] No ocurrió lo mismo en Alemania, donde esta concepción tuvo una amplia acogida, siendo precedida por la concepción personal de patrimonio que, como señala Zugaldía Espinar, máximo exponente en nuestro país de esta última, lo identificaba con un derecho subjetivo al goce de los objetos (ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: Delitos contra la propiedad y el patrimonio, Madrid: Akal, 1988, p. 56), atendiendo exclusivamente a la voluntad individual como aspecto relevante de la propiedad, concepto del que tienden a desvincularse los autores alemanes, tal y como pone de manifiesto DE LA MATA BARRANCO, N.: Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida), Barcelona: PPU, S. A., 1994, p. 80. La teoría personal ya avanzaba numerosos postulados que luego fueron acogidos por la teoría funcional. Los principales defensores de esta última en Alemania fueron, entre otros, OTTO, H.: Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, Berlin: Duncker&Humblot, 1970, pp. 63 y ss. y BOCKELMANN, P.: Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, JZ, 1952, pp. 461-465, quien afirmaba que esta teoría determina el alcance del patrimonio, así como la existencia y magnitud de los daños más bien atendiendo a las legítimas necesidades económicas y los intereses personales reconocidos al titular del patrimonio ("*Sie bestimmt den Umfang des Vermögens sowie Dasein und Ausmaβ des Schadens vielmehr nach dem berechtigen wirtschaftlichen Bedürfnis, dem anerkennenswerten persönlichen Interesse des Vermögensträgers*"). En España, junto a algún otro autor, los principales defensores de esta teoría son ASÚA BATARRITA, A.: El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin, Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 46, fasc/mes 1, 1993, pp. 123 y ss.; y DE LA MATA BARRANCO, N.: Tutela penal de la propiedad. Barcelona: PPU, S. A., 1994, pp. 77 y ss.

si se pretende seguir afirmando de este sector del Derecho su carácter fragmentario y subsidiario[9].

Para fijar la funcionalidad de los secretos de empresa hay que apuntar que estos se ubican en el ámbito del Derecho de la competencia en sentido amplio, de igual forma a como ocurre con la propiedad industrial, estando su regulación civil en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. A partir de aquí se puede concluir que su *funcionalidad* radica en que estos elementos le permiten a su titular competir en el mercado para que su empresa consiga beneficios y evite pérdidas o impedir que otros adquieran una ventaja competitiva.

El enfoque adoptado respecto al objeto de tutela del delito de espionaje empresarial respeta el principio de intervención mínima que debe regir en Derecho penal, basándonos para ello en dos motivos fundamentalmente.

Por un lado, la propiedad de bienes inmateriales, como bien jurídico protegido, constituye un objeto de tutela legítimo que se sustenta en determinados valores constitucionales que se encuentran en la base de la protección de los secretos de empresa, y que vienen dados conjuntamente, a mi juicio, por la libertad de empresa (artículo 38 CE), el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (artículo 20.1.b) CE) y el derecho a la propiedad privada (artículo 33.1 CE).

Por otro lado, vinculando en el plano penal la funcionalidad de este bien al ámbito competitivo, se restringe el tipo en cierta medida respecto al ilícito civil, del cual se excluye expresamente que los hechos se realicen en el mercado o con fines concurrenciales. Así, el artículo 13.3 de la Ley de Competencia Desleal excluye los secretos de empresa de su artículo 2, que es el que define el ámbito objetivo de aplicación de dicha ley, disponiendo que "*La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar*

[9] DE LA MATA BARRANCO, N.: *Ibídem*, pp. 84-85 (cursiva añadida a la cita). Este autor pone de manifiesto que, puesto que nos encontramos en el ámbito de los bienes, esto es, de la relación de un sujeto con objetos concretos a los que reconoce una funcionalidad por su significado económico o por su capacidad para satisfacer intereses de su titular en conexión con su disfrute, es desde esta perspectiva desde la que hay que plantearse el sentido de la protección penal. De esta forma, -continúa diciendo el autor-, allí donde la injerencia de un tercero "suponga o pueda suponer una perturbación significativa de esas funciones, de esa potencialidad del titular en relación a los bienes que se encuentran en su ámbito de dominio y sean idóneos para satisfacer una necesidad individual, estaremos ante la realización del injusto de los delitos contra la propiedad" (p. 87).

al titular del secreto". De esta forma, a la vista de la excepción establecida en el art. 13.3 respecto de lo dispuesto en el art. 2, es irrelevante que el acto de violación de secretos de empresa tenga lugar en el mercado y se realice con fines concurrenciales, pues para la persecución de estos ilícitos no se exigen estos requisitos, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los previstos en la Ley de Competencia Desleal.

III. CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS DEL ARTÍCULO 278 DEL CÓDIGO PENAL

El espionaje empresarial, en sus diversas modalidades, es castigado en el artículo 278.1 del Código penal con una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. No cabe duda de la importancia de este delito y la necesidad de su punición para preservar de forma adecuada la propiedad sobre bienes inmateriales. Sin embargo, la pena que el legislador ha decidido imponer a su comisión, siendo este, además, el tipo de referencia penológica en los relativos a secretos de empresa, parece excesiva si atendemos al principio de proporcionalidad de las penas.

En primer lugar, atendiendo al límite mínimo (dos años), este resulta excesivo si lo comparamos con otros posibles delitos donde se tutelen bienes jurídicos similares al del artículo 278 CP. Así, en numerosos delitos contra el patrimonio el límite mínimo del tipo básico se establece en seis meses, como ocurre, entre otros, en el hurto (artículo 234.1 CP), en los daños (artículo 263.1 CP), en el sabotaje informático (artículos 264.1 y 264 bis.1 CP) e incluso en algunos delitos contra la propiedad intelectual (artículos 270 y 271 CP) e industrial (artículos 273 y 274.2 y 3 CP). Esta incoherencia penológica trae como consecuencia, además, que sólo la imposición de su límite mínimo podría dar lugar a la suspensión de la pena privativa de libertad si se comete el delito de forma consumada (artículo 80.1 CP).

En segundo lugar, su límite máximo también llama la atención, si dirigimos la mirada a determinados delitos que atentan contra bienes eminentemente personales[10], como es el caso del artículo 157, que castiga con una pena privativa de libertad de uno a

[10] PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales, Revista de derecho penal y criminología, 2ª época, nº 11 (2003), p. 150, afirma que la fijación del límite máximo de las penas imponibles a delitos económicos dependerá de dos factores: en primer lugar, la posición del bien jurídico protegido en la escala axiológica del ordenamiento jurídico; y, en segundo lugar, los principios de necesidad y eficacia, defendiendo que en principio, nunca los límites penológicos correspondientes a un delito económico deberían ser iguales a los establecidos para un delito que ataque a un bien jurídico eminentemente personal.

cuatro años las lesiones al feto o el del propio tipo básico contra la intimidad, del artículo 197.1, cuyo límite máximo también es de cuatro años.

Además de lo anterior, la desproporción en las penas del delito de espionaje empresarial da lugar a soluciones insatisfactorias cuando el tipo agravado de espionaje, esto es, la revelación del secreto, se comete en grado de tentativa, produciéndose un solapamiento de las penas difícilmente solventable acudiendo a las reglas generales de determinación de la pena, relativas a las formas imperfectas de ejecución, y que ha dado lugar a diferentes interpretaciones por parte de la doctrina. Así, por un lado, Martínez-Buján, quien estima que no caben formas imperfectas de ejecución por considerar el párrafo primero del artículo 278 CP un tipo de consumación anticipada, defiende que la tentativa del tipo cualificado daría lugar siempre a una sanción menor que la que correspondería en el tipo básico. Por ello, el autor aboga por la solución, *de lege lata*, toda vez que se dé un caso de tentativa acabada de revelación, de aplicar el tipo del artículo 278.1 CP y, dentro del marco penal asignado, imponer la pena en su mitad superior[11]. Esta es la postura mantenida también por la doctrina clásica italiana pues, dada la ausencia de un tipo de apoderamiento, se ha llegado incluso a identificar con éste la tentativa de revelación[12]. Por otro lado, Morón Lerma señala que esta solución supondría no llevar a cabo una *desvaloración íntegra* del hecho, por lo que propone la posibilidad de apreciar un concurso medial de delitos, entre el tipo consumado de apoderamiento y la tentativa de revelación, llegando así en realidad a la misma solución que propugnaba la postura precedente, pero por la vía de apreciar el plus de intención (de revelar) y de desvalor – como afirma la autora -, que supone el intento de revelación frente al apoderamiento consumado[13].

A mi juicio, ninguna de estas dos soluciones resulta satisfactoria por varios motivos. En primer lugar, la primera postura, como bien apunta Morón Lerma, supone obviar totalmente la tentativa de revelación, en la medida en que la aplicación del tipo básico no contempla en ningún momento dicho comportamiento, incluso aun cuando la

[11] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 66-67. En el mismo sentido en relación con el artículo 197.1 CP, CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en VIVES ANTÓN, T. S. (DIR.): Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 1003, quien defiende que en la práctica, dado que el tipo agravado siempre presupone la conducta de apoderamiento, si no hay divulgación se aplicará este último en todo caso, por lo que la tentativa resultaría prácticamente inaplicable.

[12] SINISCALCO, M.: Rivelazione di segreti scientifici o industriali: limiti della fattispecie consumata e tentativo, Il Diritto dell'Economia, anno X, 1ª nuova serie, Torino: Morano editore, 1964, p. 162.

[13] MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. Pamplona: Aranzadi, 2002, pp. 370-371.

intención que pueda presidir la conducta de apoderamiento fuera la de realizar una posterior revelación del secreto. Ello, además, podría resultar también contrario al principio de legalidad por dos motivos. Por un lado, si bien la revelación exige como presupuesto básico un apoderamiento previo, el tipo intentado por parte del sujeto activo no sería exactamente ese, sino el de revelación. Por otro lado, si concurriera, por ejemplo, una circunstancia atenuante, el artículo 66.1.1ª CP establece que hay que imponer la pena en su mitad inferior, por lo que dicha teoría es incompatible con este precepto y, por tanto, con el principio de legalidad. En segundo lugar, de acuerdo con Martínez-Buján, la segunda tesis constituiría una infracción parcial del principio "*non bis in idem*". Así, de un análisis penológico y típico de ambas figuras resulta evidente que el legislador, con el tipo cualificado del artículo 278 CP castiga, no sólo la revelación, sino también el previo apoderamiento, no pudiendo aplicarse un concurso de delitos si concurren ambas conductas, ya que la agravación de pena en el párrafo segundo responde precisamente a la acumulación de ambas, y debiendo resolverse por un concurso de leyes por consunción, en favor del apartado segundo[14].

Pues bien, siendo cierto que si recurrimos a las reglas de aplicación de las penas de la tentativa, la pena que tendría lugar queda por debajo del límite máximo del marco penal del tipo básico de apoderamiento, ello no tiene por qué resultar una solución inaceptable. El artículo 62 CP establece expresamente que a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados respecto la del delito consumado, en *la extensión que se estime adecuada*, para lo que se atenderá al *peligro inherente al intento* y al *grado de ejecución alcanzado*. Este precepto, como se ve, deja un margen considerable al juzgador para que discrecionalmente aplique una u otra disminución de pena, por lo que nada obsta a que en estos supuestos se aplique la pena inferior sólo en un grado, que daría lugar a un marco penal de un año y seis meses a tres años menos un día de prisión. Si bien el límite mínimo de esta pena queda por debajo del mismo en el apoderamiento (dos años), el juez puede optar por aplicar su límite máximo, para salvar así la incoherencia penológica a la que daría lugar otra solución.

Esta vía permite contemplar tanto el apoderamiento como la tentativa de revelación. Así, por un lado, generalmente cuando se produce un apoderamiento

[14] SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3ª. De los delitos relativos al mercado y a los consumidores, CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (DIRS.): Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 616.

consumado suele aplicarse la pena en su límite mínimo de dos años[15]. Por otro lado, la pena de tres años menos un día supondría una agravación de ese límite mínimo donde radicaría el plus de desvalor que conlleva el intento de revelación. Por lo demás, los casos de tentativa inacabada, que resultan complicados e inusuales en la práctica, podrán dar lugar a la misma solución, si se quiere, en la medida en que la reducción de la pena en dos grados no resulta preceptiva en estos casos.

Esta solución, si bien puede tener carácter insatisfactorio si no se acude a los citados límites, es la única que *de lege lata* se ajusta a los principios penales, atiende a la íntegra valoración del hecho en sus distintas conductas típicas y sus respectivos grados de ejecución y da lugar a la solución penológica más satisfactoria. No obstante, a mi juicio, el problema se encuentra en la elevada pena del tipo básico de apoderamiento que requeriría *de lege ferenda* una disminución considerable. Esta, por lo demás, se solapa con la prevista para el tipo agravado, por lo que no se halla mejor solución que la citada.

La incoherencia que presentan las consecuencias penológicas del delito de espionaje empresarial obedece, a mi juicio, al mismo error de técnica legislativa que presenta el precepto en relación con otros elementos. Y es que, de la misma manera que el legislador ha trasladado la estructura típica de los delitos contra la intimidad, también ha partido de la pena del artículo 197.1 CP, agravando sólo su límite mínimo en un año más. Ello hace que quizás sea conveniente plantear *de lege ferenda* una rebaja punitiva de la pena prevista en este delito.

IV. REFLEXIÓN FINAL

La regulación del delito de espionaje empresarial respeta los postulados relativos a un derecho penal garantista, relacionados con el principio de intervención mínima, pero no así con el de proporcionalidad de las penas. Así, por un lado, por lo que respecta al primero de ellos, con el castigo de esta conducta se pretende tutelar un bien jurídico legítimo, sustentado en valores constitucionales, como es la propiedad de bienes inmateriales, concretamente, los secretos de empresa. Sin embargo, es de lamentar que en ocasiones nuestra jurisprudencia haya adoptado decisiones condenatorias en casos en los que dicha propiedad era inexistente. Por otro lado, el

[15] Algunas resoluciones en este sentido son, entre otras, la SAP Alicante (Sección 1ª), 891/1998, de 19 de diciembre; la SAP Tarragona (Sección 2ª), 127/2003, de 4 de abril, que impuso una pena de tres años porque concurría la agravante de abuso de confianza; la SJP 1 Terrassa, 20/2006, de 1 de febrero; SJP 5 Barcelona, de 7 de junio de 2015; o la SAP Barcelona (Sección 8ª), 271/2016, de 2 de junio.

segundo de los principios mencionados se ve vulnerado debido al improcedente arraigo que el legislador penal ha mantenido respecto de los tipos relativos a la intimidad, pues la tipificación del espionaje se produjo mediante un traslado acrítico de aquellos. Por ello, entre otros aspectos de la figura delictiva que sería deseable modificar y en los que no procede profundizar en este momento, se aboga por una necesaria reducción punitiva acorde al principio de proporcionalidad de las penas, tanto en el tipo básico como agravado.

V. BIBLIOGRAFÍA

ASÚA BATARRITA, A.: El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin, Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 46, fasc/mes 1, 1993.

BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, Madrid: Editorial Civitas, 1978.

BOCKELMANN, P.: Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, JZ, 1952.

CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en VIVES ANTÓN, T. S. (DIR.): Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CARRASCO ANDRINO, Mª. M.: La Protección Penal del Secreto de Empresa, Barcelona: Cedecs Editorial, 1998.

CENTER FOR STRATEGIC AND INTERNATIONAL STUDIES: The economic impact of cybercrime and cyber espionage, McAfee, 2013.

DE LA MATA BARRANCO, N.: Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida), Barcelona: PPU, S. A., 1994.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: La política criminal en la encrucijada, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2007.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mª. T.: Protección penal del secreto de empresa, Madrid: Colex, 2000.

GÓMEZ RIVERO, Mª. C. (COORD.): Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial, Madrid: Tecnos, 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto de empresa, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. Protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías, Pamplona: Aranzadi, 2002.

MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

OTTO, H.: Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, Berlin: Duncker&Humblot, 1970.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales, Revista de derecho penal y criminología, 2ª época, nº 11 (2003).

RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: Capítulo XI. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J. C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. / TERRADILLOS BASOCO, J. Mª. (DIRS.): Comentarios al Código Penal, Iustel, 2007.

SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3ª. De los delitos relativos al mercado y a los consumidores, CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (DIRS.): Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A.: Derecho penal. Parte especial, 15ª ed., Madrid: Dykinson, 2010.

SERRANO-PIEDECASAS, J. R. / DEMETRIO CRESPO, E.: Cuestiones actuales de derecho penal empresarial, Madrid: Colex, 2010.

SINISCALCO, M.: Rivelazione di segreti scientifici o industriali: limiti della fattispecie consumata e tentativo, Il Diritto dell'Economia, anno X, 1ª nuova serie, Torino: Morano editore, 1964.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: Delitos contra la propiedad y el patrimonio, Madrid: Akal, 1988.

* * * * *

Mónica Fernández Salgado
Juez sustituta, Orense. Socia de la FICP.

~Presunción de inocencia~

I. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. SIGNIFICADO Y REQUISITOS. *IN DUBIO PRO REO*

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Este principio, conquista de la civilización y uno de los pilares del Estado de Derecho ha sido asumido no solo por el Derecho y la Justicia, sino también por el conjunto de los ciudadanos.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental recogido en el artículo 24.2 de la Constitución[1] que hace recaer la carga de la prueba en los acusadores exigiendo que cualquier acusación deba ir avalada por unos hechos contundentes que la sostengan y teniendo como base la inocencia del acusado debiendo demostrarse su culpabilidad.

Además, desde el punto de vista constitucional, la Presunción de Inocencia ha sido configurada como garantía procesal del imputado y protegible en la vía de amparo.

Se trata de un derecho fundamental por el que toda persona sometida a un juicio penal goza de la presunción iuris tantum de que debe ser declarada inocente si la acusación no presenta medios de prueba suficientes que desvirtúen tal presunción y prueben su culpabilidad. Como derecho fundamental este principio vincula a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata.

No sólo se halla reconocido en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución Española, en Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado o en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino también en todos los textos internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

[1] Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

de 1966 o el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

Según el Tribunal Constitucional la Presunción de Inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha informado la actividad judicial *in dubio pro reo* para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos.[2]

El principio *in dubio pro reo* pertenece a la esfera de la valoración o apreciación probatoria aplicándose cuando, a pesar de existir una prueba, persista una duda racional sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate, pero este principio no debe confundirse con el derecho fundamental a la presunción de inocencia que será eficaz cuando no existan pruebas o cuando las practicadas no reúnan las garantías procesales necesarias.

A diferencia de la vulneración del derecho a la Presunción de Inocencia, el principio *in dubio pro reo* no tiene acceso a la casación puesto que en el ámbito valorativo de las pruebas, su aplicación se excluye si el órgano juzgador no tiene dudas al formar en conciencia su convicción sobre lo ocurrido. Su invocación casacional sólo es excepcionalmente admisible cuando resulte vulnerado su aspecto normativo en la medida en que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda. Solo cuando el tribunal expresa directa o indirectamente su duda y no puede descartar con certeza que los hechos hayan ocurrido de manera distinta y más favorable al causado pero a pesar de ello adopta la versión más perjudicial al mismo puede decirse que s ha vulnerado el principio citado. El *in dubio pro reo* significa un estado de duda del juzgador que no puede revisarse en casación, la duda existe o no existe y ello depende de la convicción individual del juez encargado de enjuiciar. En su aspecto normativo el principio significa que acreditada la duda del juzgador es un imperativo absolver al reo y si no se hace entonces sí su condena podría ser revisada por un órgano superior.[3]

Son elementos esenciales de la Presunción de Inocencia que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la acusación y no a la defensa, las partes acusadoras son las que deben probar los hechos constitutivos de su pretensión penal, no pudiéndose exigir a la defensa una prueba diabólica de hechos negativos, la prueba debe practicarse sin vulnerar ningún derecho fundamental, bajo la inmediación del órgano judicial, con posibilidad de contradicción y publicidad aunque en ocasiones se admite la

[2] Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981.
[3] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1996.

prueba anticipada cuando sea imposible reproducirla en el juicio y se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción. El órgano judicial puede valorar libremente los elementos de prueba que se le presenten ponderando su importancia para fundamentar el fallo de la Sentencia.

Que se exija prueba de cargo requiere probar la perpetración de un hecho delictivo y la participación en el mismo del acusado a través de medios de prueba válidamente introducidos en el juicio, lícitamente obtenidos, asegurando su custodia y aptos para reproducción en el acto del juicio con observancia de todas las garantías que son inherentes al proceso penal (oralidad, publicidad, inmediación y contradicción). No son aptas para producir este efecto ni la prueba ilícitamente obtenida, ni aquella que proceda de efectos o vestigios de los que no pueda afirmarse su autenticidad por comprobarse rota la cadena de su custodia, ni aquellas otras que hayan sido recogidas sin la inmediación judicial o sin la preceptiva contradicción de las partes. La prueba de cargo es aquella actividad probatoria de la que se deriva necesariamente la culpabilidad del sujeto y cada uno de los elementos de delito ya que si surgen dudas sobre el valor de convicción se impone la absolución aunque el principio de in dubio pro reo carezca de relevancia constitucional.[4]

Respecto a la admisión de la prueba preconstituida (test de alcoholemia, acta de reconocimiento y descripción del lugar y del cuerpo del delito, de un registro domiciliario , la grabación de conversaciones telefónicas interceptadas , una rueda de reconocimiento ...) y de la prueba anticipada (declaraciones recogidas con antelación al juicio por riesgo elevado de fallecimiento o imposibilidad del testigo de concurrir al mismo), que no van a ser reproducidas en esencia en el acto del juicio, pero sí pueden resultar aptas para desvirtuar la presunción de inocencia, han de versar sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día del juicio oral, habrán de ser intervenidas por autoridad judicial, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia y necesidad, esté habilitada también la policía judicial para recoger y custodiar los elementos probatorios, siempre que sean llevados inmediatamente a la presencia judicial, ha de garantizarse la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, habrán de realizarse a la presencia del propio imputado y su defensa, y han de ser introducidas en el juicio plenario mediante su lectura o exhibición.

[4] Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 1988

El atestado policial no tiene eficacia probatoria por sí mismo, aunque sus concretos extremos pueden ser introducidos en el acerbo probatorio por la vía de la ratificación solvente de los agentes que han intervenido en él (no sería solvente la mera ratificación formal sin responder el testigo a las preguntas ampliatorias de las partes, por olvido o desconocimiento).

Las declaraciones prestadas en sede policial por testigos o acusados, sin la asistencia de letrado, y no ratificadas ulteriormente a presencia judicial, tienen idéntico valor al atestado policial.

Las declaraciones sumariales prestadas por testigos o acusados, aunque no sean mantenidas en el juicio oral, pueden ser tenidas como prueba siempre que en el juicio se haya puesto de manifiesto la contradicción.

El testigo único es prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia si supera unos estándares de verosimilitud del relato, de persistencia en la incriminación a lo largo del proceso y de credibilidad subjetiva; esta credibilidad podría comprometerse si se verificase algún conflicto de intereses entre el testigo y el acusado que pudiese condicionar la declaración de aquél.

La prueba de indicios es también idónea para desvirtuar la presunción de inocencia siempre que los indicios sean plurales y unívocos, se basen en hechos plenamente acreditados y el órgano judicial explicite el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los datos probados, llega a declarar probados los hechos principales de la acusación.

El testimonio de referencia también será prueba de cargo condicionado a que la fuente de conocimiento del testigo indirecto, el testigo directo, esté impedido para comparecer personalmente a prestar declaración.

La Presunción de Inocencia preside la adopción de cualquier resolución tanto administrativa como jurisdiccional que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos[5].

Sólo queda enervada cuando un tribunal independiente, imparcial y establecido por la ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con las

[5] Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de abril de 1982.

debidas garantías. Para destruirla se exige un mínimo de actividad probatoria obtenida regularmente y que sea de cargo.[6]

La Presunción de Inocencia exige de toda sentencia de condena una motivación o fundamentación solvente del proceso valorativo por el que se llega desde los hechos acreditados a partir de esa prueba de cargo a la convicción judicial en que se soporta la condena. Por lo que hace al procedimiento del Jurado , el deber de motivación no solo es exigible de la sentencia en los términos enunciados, sino que, antes, el veredicto producido por los miembros del Jurado debe de ofrecer ya una sucinta explicación de las razones por las que se han declarado probados los hechos y la culpabilidad del acusado; esa explicación será igualmente exigible en veredicto de no culpabilidad, pues debe procurarse una tutela efectiva también a las acusaciones, sin embargo en caso de veredicto de culpabilidad esa exigencia fundamentadora será de mayor intensidad.

El elemento subjetivo del delito queda fuera del marco de la Presunción de Inocencia toda vez que lo que se alberga en la conciencia y en la mente de la persona , los propósitos que guían su actividad son factores o categorías inaprensibles por los sentidos y por lo tanto ajenas a lo fáctico, material o físico que es el ámbito en el que incide el principio constitucional. [7]

Se vulnera el derecho fundamental a la Presunción de Inocencia cuando se condena sin pruebas, éstas son insuficientes, no son susceptibles de valoración por su ilicitud o irregularidad en su obtención o práctica y también cuando la motivación de la convicción que el tribunal expresa en la sentencia es irracional o no se ajusta a las reglas de la experiencia o de la lógica. La suficiencia de la motivación no es garantía de acierto en la emisión del fallo pues se han podido explicar las razones tenidas en cuentas para dar consistencia a una determinada prueba pero ello no descarta que ésta no tenga entidad incriminatoria suficiente como para justificar una resolución condenatoria [8].

II. DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA 2016/343

La Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, refuerza en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia

[6] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1988
[7] Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000
[8] Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2003

y el derecho a estar presente en el juicio. Los Estados miembros deberán transponerla a sus respectivos derechos internos antes del día 1 de abril de 2018.

Se establecen unas normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la Presunción de Inocencia para reforzar el derecho a un juicio justo en el proceso penal reforzando la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos y contribuyendo a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

Se fijan unas normas mínimas para reforzar los derechos procesales de sospechosos y acusados en los procesos penales, incluso antes de que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan comunicado a dicha persona, mediante notificación oficial u otra vía, su condición de sospechosa o acusada, debiendo aplicarse al proceso penal tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Se aplicará en cualquier fase del proceso penal hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si el sospechoso o acusado ha cometido la infracción penal. No se aplicará ni a los procedimientos civiles ni a los administrativos.

Los Estados miembros garantizarán que se presuma la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley. El Tribunal de Justicia ha reconocido que los derechos que dimanan de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas. Esta Directiva no debe aplicarse a las personas jurídicas, sin perjuicio de que su aplicación a estos entes deba ampararse en las garantías legales y jurisprudencia existentes, cuya evolución determinará la necesidad de una intervención de la Unión.

Según el artículo 4 de la Directiva se vulneraría la presunción de inocencia si las declaraciones públicas de las autoridades públicas, o las resoluciones judiciales que no fuesen de condena se refiriesen a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley. Dichas declaraciones y resoluciones judiciales no deben reflejar la opinión de que esa persona es culpable.

Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que, cuando faciliten información a los medios de comunicación, las autoridades públicas no se refieran a los sospechosos o acusados como culpables mientras no se haya probado con arreglo a la ley la culpabilidad de esas personas, sin perjuicio del Derecho nacional

en materia de protección de la libertad de prensa y otros medios de comunicación la cual no impedirá que las autoridades públicas divulguen información cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal, como por ejemplo cuando se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal, o con el interés público, cuando, por razones de seguridad, se facilita información a los habitantes de una zona afectada por una presunta infracción penal contra el medio ambiente, o cuando el Ministerio Fiscal u otra autoridad competente facilita información objetiva sobre el estado de la causa penal con el fin de evitar alteraciones del orden público, si bien el recurso a este tipo de motivos debería limitarse a situaciones en las que resulte razonable y proporcionado, teniendo en cuenta todos los intereses.

El artículo 5 de la Directiva establece que las autoridades competentes deben abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes, a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad, por ejemplo para impedir que los sospechosos o acusados se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, o para impedir que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas, como testigos o víctimas. Tampoco deben presentar a los sospechosos o acusados ante los órganos jurisdiccionales o el público vistiendo indumentaria de prisión, para evitar dar la impresión de que esas personas son culpables.

El artículo 6 de la Directiva establece que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación y que toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado, preservando el derecho de defensa, y que los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar.

El artículo 7 establece que el derecho a guardar silencio es un aspecto importante de la presunción de inocencia y debe servir como protección frente a la autoinculpación, no debe utilizarse en contra de un sospechoso o acusado y no debe considerarse por sí mismo como prueba de que el interesado haya cometido la infracción penal en cuestión.

Por tanto, no se debe forzar a los sospechosos y acusados, cuando se les solicite que declaren o que respondan a preguntas, a que aporten pruebas o documentos o a que faciliten información que pueda resultar autoinculpatoria.

Este derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo deben aplicarse a los aspectos relacionados con la infracción penal de cuya comisión es sospechosa o acusada una persona y no a las cuestiones relacionadas con su identificación. Ello debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la valoración de la prueba por parte de los jueces o tribunales, siempre que se respete el derecho de defensa.

Las autoridades competentes pueden, no obstante, recabar pruebas obtenidas legalmente del sospechoso o acusado mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el material obtenido con arreglo a una orden judicial, el material respecto del que exista una obligación legal de retención o entrega a petición de la autoridad, como las muestras de aliento, sangre, orina y tejidos corporales para el análisis del ADN.

El derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo no debe limitar la facultad de los Estados miembros de disponer que, para infracciones leves como las de tráfico de menor gravedad, la tramitación del procedimiento, o de ciertas etapas de este, pueda tener lugar por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo.

En el artículo 8 se regula el derecho de los sospechosos y acusados a estar presentes en el juicio para disfrutar de un juicio justo y debe garantizarse en toda la Unión. Si los sospechosos o acusados no pueden estar presentes en el juicio, deben tener la posibilidad de solicitar una nueva fecha para el juicio dentro del plazo previsto por el Derecho nacional. Sin embargo, este no es absoluto. En determinadas circunstancias, los sospechosos y acusados han de poder renunciar a ese derecho, de manera expresa o tácita, pero siempre inequívoca y en determinadas circunstancias, debe poder pronunciarse una resolución de condena o absolución de un sospechoso o acusado, aun cuando la persona interesada no se encuentre presente en el juicio. Se podrá excluir temporalmente del juicio a un sospechoso o acusado, cuando sea con el fin de asegurar el curso adecuado del proceso penal , medidas estas que se aplicarán en consideración a

las necesidades específicas de las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales, entre las que deben incluirse todos los acusados o sospechosos que no puedan comprender o participar eficazmente en un proceso penal debido a su edad, su condición mental o física, o a cualquier discapacidad que puedan tener.

El artículo 9 establece que los Estados miembros velarán por que, cuando los sospechosos o acusados no estén presentes en el juicio estos tengan derecho a un nuevo juicio, u otras vías de recurso, que permita una nueva apreciación del fondo del asunto, incluido el examen de nuevas pruebas, y pueda desembocar en la revocación de la resolución original.

El artículo 10 establece que los Estados miembros velarán por que, en caso de vulneración de los derechos establecidos en la presente Directiva, los sospechosos y acusados dispongan de vías efectivas de recurso que sitúen a los sospechosos o acusados en la misma situación en que se hubiesen encontrado de no haberse producido tal vulneración para proteger el derecho a un juicio justo y el derecho de defensa.

III. CONCLUSIONES

Considero que la Presunción de Inocencia como valor fundamental necesita un respeto no sólo para el Poder Judicial sino también para los medios de comunicación y el conjunto de la sociedad, se deberían exigir determinados modos de comportamiento social con un deber general de respeto que permitan excluir juicios de culpabilidad paralelos que menoscaben el honor de una persona.

La exposición pública de los detenidos y su presentación continua en los medios es un hecho al que asistimos impasibles con una frecuencia que va en aumento y ello en muchas ocasiones parece hacernos presumir la autoría de los hechos que se imputan.

Continuamente nos encontramos con noticias en los medios que hacen suponer la vulneración del principio aquí estudiado, así hemos visto como tres vocales del Consejo General del Poder Judicial, María Victoria Cinto, Roser Bach y Pilar Sepúlveda, solicitan que el Consejo haga un llamamiento a la responsabilidad de los medios de comunicación y del Ministerio del Interior en la difusión de imágenes y datos del supuesto pederasta de Ciudad Lineal. Advierten que "*convertir la fase previa del proceso penal en una suerte de casa de cristal no es un valor democrático ni una garantía de transparencia de la justicia. Es, llanamente, una violación gravísima de nuestro sistema de valores*".

En otra ocasión el Tribunal Supremo ha ordenado a la Sección Sexta de la Audiencia de Barcelona repetir el juicio contra un acusado de un intento de homicidio en Mataró al considerar que una conversación entre el tribunal y la fiscal antes de concluir la vista vulneró su presunción de inocencia. En la sentencia, el Tribunal Supremo ha dado la razón a la defensa del acusado que interpuso un recurso de casación contra el fallo de la Audiencia —que lo había condenado a cinco año y seis meses de cárcel— por haber «*tomado la decisión de condenarle con anterioridad a la finalización del juicio oral*». El juicio se celebró durante tres días entre los meses de junio y julio de 2012 y, al final de la segunda de las sesiones, miembros del tribunal y la fiscal tuvieron una conversación dentro de la sala sobre cómo iba la vista y las pruebas que faltaban, lo que en opinión del acusado afectó a la imparcialidad judicial y a la presunción de inocencia. El Tribunal Supremo ha constatado, tras escuchar la grabación audiovisual aportada, que existió esa conversación en los términos en que denunció el acusado, lo que en opinión del Alto Tribunal supone un «*desequilibrio procesal*».«*Con semejante proceder se lesionó, en efecto, el derecho al proceso debido que asiste a quien ahora recurrente, en su vertiente de derecho a la igualdad de armas*», ha valorado el Supremo, que ha declarado la nulidad del juicio y ha ordenado que se vuelva a celebrar ante un tribunal con otros jueces.

Hemos visto la exposición hasta la saciedad de todos los detalles de instrucciones muy mediáticas como el caso de la niña Asunta asesinada por sus padres o multitud de causas relacionadas con la clase política, supuestos en que salta la duda de si, un componente de un supuesto jurado que tenga que decidir no verá comprometida su decisión por opiniones ajenas al sumario y parciales en ocasiones o carentes de base probatoria.

Somos testigos de cómo se producen constantes vulneraciones del llamado "*secreto del sumario"* que debería obligar a todos y se producen "f*iltraciones*" continuas, con las que llegan a publicarse declaraciones de denunciados y testigos, documentos y hasta grabaciones audiovisuales de las actuaciones judiciales que facilitan los juicios paralelos fuera del proceso judicial y que implica sin duda la comisión de un delito de revelación de secretos. Los registros policiales en domicilios y las detenciones de sospechosos, realizadas ante las cámaras de televisión, casualmente presentes, y la exhibición de esposados, infringen lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que "*la detención y la prisión provisional*

deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación, y patrimonio".

Las aglomeraciones, en las puertas de juzgados y tribunales, para abuchear e insultar a los que van a comparecer ante la Justicia, a veces hasta con agresiones, sometiéndoles a una vejación injusta y arbitraria, anticipatoria de condenas, ataca el derecho a la Presunción de Inocencia, además los tribunales verán comprometido el prestigio de su decisión si esta no coincide con aquellas manifestaciones.

Comprobamos día a día y sin ánimo de ser exhaustivos un grave deterioro de la Presunción de Inocencia lo cual exige la atención de los poderes públicos y nos impone una seria reflexión a todos los partícipes en ella tanto como causantes o meros espectadores.

* * * * *

Victoria Gallego Martínez
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

~Derechos a la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*~

Resumen.- Dentro de las garantías del proceso penal por su importancia destaca el derecho fundamental a la presunción de inocencia. A través del presente estudio se tratará de obtener una primera aproximación al indicado derecho ofreciendo una visión general del mismo, su relación y/o distinción con el principio in dubio pro reo, trayendo a colación y analizando de forma general la normativa europea contenida en la reciente Directiva 2016/343 dictada sobre la materia.

Palabras Clave.- Proceso penal; presunción de inocencia; in dubio pro reo.

I. INTRODUCCIÓN

Prohibida la autotutela penal la aplicación del ius puniendi se atribuye con carácter exclusivo al Estado utilizando como instrumento el proceso penal. En dicho proceso resulta necesario respetar todas las garantías conforme resulta de la propia Constitución que así lo determina en el artículo 24.2[1] in fine entre las que se halla el derecho a la presunción de inocencia que alcanza su sentido una vez formulada acusación operando como antítesis de la misma[2].

Dentro de las garantías procesales en materia probatoria, el derecho a la presunción de inocencia se erige como esencial a la hora de dictar sentencia, erigiéndose como derecho fundamental de todo acusado con los efectos inherentes a dicha naturaleza y constituyéndose al mismo tiempo, como un límite a la libertad de valoración judicial de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso. Supone que no puede exigirse al acusado una actividad probatoria dirigida a hacer prueba de su inocencia correspondiendo a la acusación la prueba de su culpabilidad llevando al juicio oral aquéllas que puedan desvirtuar sus efectos logrando al juez o tribunal alcanzar un nivel de certeza, más allá de la duda razonable, suficiente para afirmar su culpabilidad.

Y es que la presunción de inocencia es una regla sobe la carga de la prueba, de la que resultarán las consecuencias que deriven de la falta de prueba de cargo suficiente para sostener y fundamentar la condena del acusado que no son otras que la necesidad

[1] Artículo 24. 2 in fine Constitución Española de 1978: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

[2] CHOCLAN MONTALVO, José A., El Derecho Constitucional a la presunción de Inocencia, Manuales de Formación Continua 22-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 631.

de una sentencia absolutoria. Precisamente por ello, solo podrá dictarse sentencia condenatoria cuando exista una actividad probatoria de cargo practicada debidamente y que provoque el convencimiento del juzgador de los hechos y de la participación en los mismos del sujeto.

La presunción de inocencia se configura desde 1978[3] como un derecho imprescindible dentro de cualquier ordenamiento jurídico vigente en la actualidad dentro de un Estado de Derecho. Así viene reconocida como derecho fundamental, tanto en la Constitución Española como en Tratados y Convenios Internacionales[4], a todo acusado sin excepción y debe ser entendida como una prerrogativa o privilegio del que parte el acusado en el acto del juicio oral. La labor de desvirtuarla corresponderá fundamentalmente al Ministerio Fiscal como acusación pública y a la acusación particular en el caso de hallarse constituida exigiendo una práctica exitosa de la prueba propuesta y admitida.

Como complemento necesario de la presunción de inocencia nos encontramos con el principio in dubio pro reo que implica que el Juez deberá dictar una sentencia absolutoria en el supuesto de que como consecuencia de la actividad probatoria desplegada en el acto del juico oral surjan dudas razonables bien sea sobre la propia realización del hecho delictivo objeto de enjuiciamiento, bien sea sobre la intervención en el mismo del acusado.

II. SIGNIFICADO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El derecho a la presunción de inocencia constituye una exigencia y una garantía en materia probatoria. Podría decirse tal y como señala FERNÁNDEZ LÓPEZ[5] que, en la actualidad la presunción de inocencia se ha convertido en una garantía de la persona considerada como imputada o que se ve sometida a un procedimiento del que pueda surgir la imposición de una sanción, o bien que se le prive de ciertos derechos subjetivos.

[3] Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1978, cuyo artículo 9 establecía que: "puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley"

[4] Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1950 (art. 6), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14); Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 48).

[5] FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Prueba y Presunción de Inocencia- Madrid; Iustel, 2005.

Supone por tanto que la persona acusada de un ilícito penal, no viene obligado a probar su inocencia, sino que, contrariamente, va a ser la acusación quien deba probar su culpabilidad, en caso contrario, tal y como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional[6], estaríamos ante una "probatio diabólica". Por ello, como señala GUDE FERNÁNDEZ[7] en virtud de este derecho una persona detenida no está obligada a decir la verdad, ni a declararse culpable o declarar contra sí misma.

Frente al sistema de prueba tasada conforme al cual la ley atribuye valor a cada prueba, en la actualidad rige el principio de libre valoración de la prueba, establecido en el artículo 741[8] LECrim que no permite control posterior al momento de dictar sentencia si bien en ningún caso puede suponer la apreciación de la prueba practicada de manera arbtitraria exigiéndose la exteriorización de la convicción del juzgador en la propia sentencia[9] precisamente para evitar que la sentencia condenatoria se base en simples conjeturas y no en verdaderos hechos probados. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha explicado el alcance del artículo citado[10]

[6] Tribunal Constitucional, Sentencia 76/1990, de 16 de abril (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 1990) que concretamente establece que: "la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos".

[7] GUDE FERNÁNDEZ, Ana.- Los derechos del detenido en la Constitución y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estudios Penales y Criminológicos, núm. 27 (2007), p. 223-266.

[8] Artículo 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal .- El Tribunal apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley. Siempre que el Tribunal haga uso libre del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta.

[9] Tribunal Constitucional, Sentencia 94/1990, de 30 de mayo (BOE, núm. 147, de 20 de junio de 1990) que establece en el Fundamento Jurídico 3; "Es con el contenido del juicio oral, y no con el de las diligencias preparatorias o sumario, con el que el Tribunal ha de formar su convicción, razonando su apreciación en la sentencia, todo ello para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, que el justamente lo contrario del lícito y correcto arbitrio que la Ley autoriza y la Constitución no prohíbe, si bien integrándolo con el deber de motivar las Sentencias (art. 120.3 C.E), no solo para satisfacer el derecho del ciudadano acusado, sino para garantizar la revisión de posteriores instancias judiciales o, en su caso, de este Tribunal Constitucional"

[10] Por todas, Sentencia TS, Sala 2ª, núm. 650/208, de 23 de octubre que señala que "la estimación en conciencia a que se refiere el art. 741 LECrim no ha de entenderse a hacer equivalente o cerrado e inabordable el criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo que lleva a un relato histórico de los hechos en adecuada relación con ese acerbo probatorio, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haga posible reunir en el proceso. Suele centrarse la atención sobre las propias expresiones de los arts. 717 y 741 LECrim en orden a fijar el alcance y límites de la función valorativa y estimativa de los Jueces. Criterio racional -dice la STS 29 de enero de 2003-, es el que va de la mano de la lógica, la ciencia y la experiencia, dejando atrás la arbitrariedad, la suposición o la conjetura. Por ello, precisamente en aras de tales principios es insoslayable la explicitación del proceso razonador de los Jueces en virtud del cual adoptan "en conciencia" una determinada conclusión valorativa en lugar de otras también plausibles"

El derecho a la presunción de inocencia por tanto constituye una exigencia en materia probatoria por lo que el principio de libre valoración debe matizarse con el aquél que determina las condiciones en que esa valoración puede tener lugar. Significa, en esencia, el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada o contrastada y ratificada en el juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad. Desde este punto de vista, conlleva el derecho a obtener no cualquier resolución de fondo, sino una sentencia precisamente desestimatoria de la pretensión de la acusación si no se ha practicado la prueba de cargo en determinadas condiciones de valorabilidad. Como pone de relieve la doctrina[11], la presunción de inocencia es un derecho a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Doctrina reiterada del Tribunal Constitucional señala que el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas. Ello exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referidas a todos los elementos esenciales del delito, y que de aquélla mínima actividad pueda inferirse razonablemente los hechos y la participación en los mismos del acusado.

Esa prueba de cargo suficiente podrá quedar cumplida con prueba directa pero se admite asimismo que la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito pueda ser indiciaria, partiéndose siempre de hechos plenamente probados y siempre que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, puestos de manifiesto en la Sentencia.

En todo caso la prueba de cargo sobre la que se fundamente una sentencia condenatoria debe reunir plenas garantías, sin vicios que provoquen su invalidez e ineficacia, debe tratarse de medios de prueba válidos y obtenidos de forma lícita practicándose en el plenario, durante la fase de juicio oral respetando las garantías de defensa, contradicción e igualdad.

[11] BACIGALUPO ZAPATER, E. La Constitución Española en su XXV aniversario, Barcelona, 2003, p. 300.

III. TITULARES

Los titulares del derecho a la presunción de inocencia son todas las personas sin excepción, ya sean nacionales o extranjeras (SST 99/1985 y 115/1987) que se encuentren en territorio español, sean o no residentes, incluidas las personas jurídicas (STC 53/1983), tanto de derecho privado como de derecho público (STC 64/1988) siempre que sean sujetos pasivos de procedimientos penales o sancionadores del Estado.

IV. CONTENIDO

Este derecho comporta en el orden penal, determinadas exigencias que conforme a la doctrina[12] se sintetizan de la siguiente forma;

1.º La carga material de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabolica de los hechos negativos.

2.º Sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad.

3.º De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada[13] , cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción; y

4.º La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del órgano judicial, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración (por todas, la STC 76/1990, de 26 de abril).

---

[12] CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. El derecho constitucional a la presunción de inocencia. Manuales de formación continua. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 627 a 658.

[13] La Sentencia del TC de 22 de abril de 2002, trae a colación la reiterada doctrina emanada del Alto Tribunal, consolidada desde la sentencia 31/1981, de veintiocho de julio y reiterada en múltiples sentencias (SSTC 217/1989, 154/1990, 41/1991,118/1991, 303/1993, 259/1994, 51/1995, 173/1997, 228/1997, 49/1998, 97/1999 de 31 de mayo, según la cual, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los Tribunales en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, pues la actividad probatoria debe tener lugar, necesariamente, en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.

Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente -art. 299 LECrim- que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

A los condicionantes anteriores podemos añadir el elemento normativo del principio, ya que la presunción de inocencia sólo puede quedar desvirtuada por pruebas que se hayan obtenido con todas las garantías y no las reúnen las que han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos.

En todo caso, la presunción de inocencia se proyecta sobre todos los elementos del hecho punible en los que la carga de la prueba corresponde a la acusación. Es un juicio negativo de atribuibilidad. Para su destrucción se requiere por tanto, como señala CHOCLAN MONTALVO[14], las siguientes circunstancias: 1) que se pruebe que el hecho existió; 2) que reviste los caracteres de un hecho típico y, 3) que se pueda imputar al sujeto a título personal su realización.

En relación al contenido de la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo en Sentencia 318/2016[15], señala que parte de una relación lógica entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado y "*esa relación exige, previamente, que aquélla actividad probatoria se constituya por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión*".

V. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Podrá constatarse la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no hayan pruebas de cargo válidas y por consiguiente, la sentencia se haya fundamentado en una valoración de la actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de las necesarias garantías, cuando no se motive el resultado de dicha valoración o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado[16].

Como supuestos recientes, señalar entre otros los siguientes;

[14] CHOCLAN MONTALVO, José A.; El Derecho constitucional a la presunción de inocencia.- Manuales de Formación continua., 22-2004- Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005.

[15] TS, Sala 2ª, Sentencia 318/2016, de 15 de abril, Recurso de Casación 1542/2015. Ponente.- Luciano Varela Castro.

[16] STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y citándola, entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 20 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 26/2010, de 27 de abril , FJ 6, y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 24

La STC del Pleno, 8/2017, de 19 de enero de 2017[17] se pronuncia sobre un aspecto del derecho a la presunción de inocencia sobre el que no hay doctrina constitucional, como es la eficacia del citado derecho en los procedimientos seguidos por anormal funcionamiento de la administración de justicia. Estima el recurso de amparo de una persona a la que se denegó una indemnización solicitada por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia después de ser absuelto por falta de pruebas de un delito contra la salud pública, hecho por el que estuvo en prisión preventiva unos catorce meses. Anula la Sentencia con la que el Tribunal Supremo confirmaba la denegación de la indemnización basándose en que la absolución del demandante se había producido por falta de pruebas esto es, por aplicación del principio de presunción de inocencia, y no porque los hechos no fueran constitutivos de delito. Considera el Tribunal Constitucional que en sus razonamientos jurídicos el TS "cuestiona y pone en duda la inocencia del demandante", hecho que vulnera su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por otro lado la STC sección 4, de 17 de noviembre de 2014[18], establece que "es doctrina de este Tribunal que la lesión del derecho a la presunción de inocencia puede derivarse de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías "si al eliminar las pruebas valoradas sin la debida inmediación, el relato de hechos probados no tiene contenido suficiente que permita sustentar la declaración de culpabilidad del acusado, bien cuando la prueba personal eliminada sea la única tenida en cuenta por la resolución impugnada, o cuando dicha prueba fue esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia en dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia" , y cita otras Sentencias entre ellas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 5 y 195/2013, de 2 de diciembre, FJ 6. Y, en el supuesto concreto, tras sentencia absolutoria de una persona por delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducción bajo los efectos del alcohol la Audiencia Provincial condena por dicho delito sin practicar ninguna prueba en la segunda instancia y el TC estima vulneración del derecho a la presunción de inocencia por no haberse respetado las garantías de inmediación y contradicción, al haber constatado la sentencia de apelación la influencia de la ingesta de bebidas

[17] STC, Pleno, Sentencia 8/2017, de 19 de enero de 2017. Recurso de amparo 23412012.Promovido por Marcus August Baier en relación con las Sentencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional. BOE jueves 23 de febrero de 2017, núm. 46, p. 12944.

[18] STC, Constitucional, sección 4, de 17 de noviembre de 2014 (ROJ; STC 191/2014-ECLI;ES;TC;2014;191), Sentencia 191/2014, Recurso 293/2014, Ponente; Juan José González Rivas.

alcohólicas considerándola acreditada sobre la base de nueva valoración de la prueba testifical de los policías locales en primera instancia.

VI. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO

A la vista de lo expuesto la presunción de inocencia para ser desvirtuada requiere única y exclusivamente la comprobación de que se haya aportado en el juicio oral una mínima actividad probatoria de cargo. Lo demás pertenece a la función jurisdiccional de juzgar, al ámbito de la valoración de la prueba.

Y, como hemos adelantado anteriormente, el derecho a la presunción de inocencia, tiene como complemento del principio "in dubio pro reo".

Este es un principio general del Derecho, dirigido al juzgador como norma de interpretación, conforme al cual en aquéllos casos en los que a pesar de haberse realizado una mínima actividad probatoria la misma conlleva duda sobre la existencia de la culpabilidad del acusado, debe dictarse sentencia absolutoria. Se trata por tanto de una regla de interpretación que supone una duda subjetiva del juzgador, esto es, que pese a la prueba practicada, existen dudas sobre la culpabilidad del acusado. De ahí que pueda señalarse que tanto la presunción de inocencia como el principio in dubio pro reo son una manifestación del clásico principio informador del proceso penal moderno "favor rei",

Pese a que pudiera pensarse que ambos tienen igual significado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo[19] los han diferenciado históricamente si bien considerándolos como manifestación del genérico "favor rei". Se concluye que la presunción de inocencia se desarrolla en el marco de la carga probatoria y supone que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien la mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y

[19] TS, Sala 2ª, sentencia 936/2006, de 10 de octubre que partiendo del principio de libre valoración de la prueba señala que para dictar una sentencia condenatoria es necesario deslindar dos fases diferenciadas dentro del proceso de análisis de las pruebas:1º) una primera de carácter objetivo que podría calificar de constatación de la existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas: a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas; y, b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo. 2ª) Una segunda fase de carácter predominantemente subjetivo, para la que habría que reservar "strictu sensu" la denominación usual de "valoración del resultado o contenido integral de la prueba", ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal. En la primera fase operaria la presunción de inocencia, en la segunda, el principio "in dubio pro reo".

que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo. Por su parte, el principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir, de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal a quien compete su valoración en conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos.

En consecuencia la diferencia esencial entre ambos estriba en que el principio de presunción de inocencia va referido a la necesidad de la existencia de pruebas tanto sobre los hechos como sobre la participación que en los mismos ha tenido el acusado, siempre que se hayan obtenido válidamente, mientras que el principio in dubio pro reo se refiere a un momento posterior a la práctica de la prueba, el momento de su valoración, cuando existan dudas en el juzgador de forma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absolutorio. Se trata por tanto de un criterio interpretativo.

Recientemente el propio Tribunal Supremo[20] despeja las dudas que pudieran existir refiriendo que si bien es cierto que alguna posición reconduce las consecuencias del principio in dubio pro reo al contenido de la presunción de inocencia mientras que otras señalan que la presunción de inocencia es un derecho fundamental y el principio in dubio pro reo no va más allá de una indicación de seguimiento no impuesta legal ni constitucionalmente señala que se trata de cosas diversas. En concreto señala que "lo determinante es precisar cuál es el sujeto de cuya duda se trata. Si es la subjetiva del Tribunal o se trata de una duda objetiva a compartir por la generalidad. Como hemos expuesto antes, la presunción de inocencia exige una certeza no solamente del órgano jurisdiccional, sino que, por su condición de objetiva, es decir, justificada desde la lógica y la experiencia, se compartirá por la generalidad, más allá de la convicción del propio tribunal. Y son las dudas que, desde las mismas referencias de lógica y experiencia, puedan ser tenidas por objetivamente razonables, las que con su presencia impiden tener por enervada la presunción constitucional. Por el contrario, cuando el Tribunal duda subjetivamente, incluso de existir razones que conforme a la lógica y experiencia común avalarían la veracidad de la imputación, la condena no vulneraría el precepto del artículo 24 de la Constitución, no otro precepto legal, salvo en el caso del

[20] TS, Sala 2ª, Sentencia 318/2016, de 15 de abril, Recurso de casación 1542/2015, Ponente: Luciano Varela Castro

proceso ante el Tribunal del Jurado que expresamente remite a la observancia de tal principio."

VII. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL ÁMBITO EUROPEO.- DIRECTIVA 2016/343

En el ámbito de la Unión Europea siendo uno de los objetivos la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia[21] se ha intentado mediante Directivas, establecer una serie de normas mínimas sobre los derechos de las personas, y por lo que se refiere a tales derechos en el campo concreto del procedimiento penal se ha venido afirmando la insuficiente protección en la Unión Europea del principio de presunción de inocencia, considerado como base y complemento de otros derechos procesales y del proceso penal justo. Para finalizar con esta situación el 9 de marzo de 2016 se ha aprobado la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Viene a plasmar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance de la presunción de inocencia derivado del art. 6.2 del CEDH[22] que establece que todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida, que los miembros del Tribunal no partan de la idea de que el acusado ha cometido el acto que se le atribuye, que la carga de la prueba pesa sobre la acusación, que la duda beneficia al acusado, que no puede imponerse la carga de la prueba a la defensa. De hecho no se limita a codificar dicha jurisprudencia sino que la completa y amplia por considerar insuficiente el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia tanto en la Carta de Derechos Fundamentales como en el CEDH, como lo demuestra , según refiere, la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que conoce frecuentes violaciones de este derecho.

Se dicta sobre la base de que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre los distintos Estados exige confianza entre los mismos respecto de los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros para lo que trata de establecer una serie de mínimos incluyendo mecanismos de protección de los derechos de las personas sospechosas o acusadas . Dispone que "mediante el

[21] Art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea

[22] Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

establecimiento de normas mínimas comunes sobre la protección de los derechos procesales de los sospechosos y acusados, la presente Directiva tiene la finalidad de reforzar la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos y contribuir de este modo a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal..."

En su artículo 3, establece expresamente que "los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley".

Dispone el artículo 2 que la Directiva es de aplicación exclusivamente al proceso penal y dentro del mismo a las personas físicas sospechosas o acusadas. Incluye además un enfoque global de la presunción de inocencia estableciendo que debe aplicarse desde el momento en que lo sean y por tanto "incluso antes de que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan comunicado a dicha persona, mediante notificación oficial u otra vía, su condición de sospechosa o acusada" aplicándose en cualquier fase del proceso penal hasta la firmeza de la resolución final. Pretende con ello garantizar un alto nivel de protección asegurando que el sospechoso o acusado se presuma inocente durante la totalidad del procedimiento penal mientras no se pruebe su culpabilidad garantizando que la carga de la prueba de la culpabilidad corresponde a la acusación y que cualquier duda sobre esa culpabilidad beneficiará al acusado[23], lo que supone la imposición a los Estados miembros de garantizar asimismo el principio in dubio pro reo. No obstante ello permite la utilización de presunciones relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado dentro de unos límites razonables, atendiendo a la importancia de los intereses en conflicto y preservando en todo caso el derecho de defensa.

Para ello establece[24] el deber de las autoridades de abstenerse de referirse a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se pruebe su culpabilidad con arreglo

[23] Directiva UE 2016/343 - art. 6.- "Carga de la prueba.- 1.- Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable. 2.- Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto".

[24] Directiva UE 2016/343.-art. 4 -"Referencias públicas a la culpabilidad. 1.- Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable.

a la ley. Asimismo el deber de abstenerse de presentarlo[25] ante los órganos jurisdiccionales o el público mediante el uso de medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes a menos que sea necesario por motivos de seguridad o para impedir su fuga o para evitar que contacten con terceras personas como pueden ser las víctimas, lo que exigirá una decisión formal sobre el uso de tales medios. Igualmente deberán abstenerse de presentarlos vistiendo indumentaria de prisión "para evitar dar la impresión de que esas personas son culpables".

Contempla además como aspectos importantes de la presunción de inocencia el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo[26] especificando que implica que las autoridades no deben obligar a los sospechosos o acusados a facilitar información si no desean hacerlo sin que pueda utilizarse aquéllos derechos en contra del sospechoso o acusado ni pueda considerarse por sí mismo como prueba de que ha cometido la infracción penal, siempre sin perjuicio de las normas relativas a la valoración de la prueba y del respeto del derecho de defensa.

Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o en pruebas de cargo. 2.- Los Estados miembros velarán por que se disponga de medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 1 del presente artículo, de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables, de conformidad con la presente Directiva, en particular con su artículo 10. 3.- La obligación establecida en el apartado 1 de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no impedirá a las autoridades públicas divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público"

[25] Directiva UE 2016/343.- art. 5.- "Presentación de los sospechosos y acusados.- 1.- Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que los sospechosos o acusados no sean presentados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física. 2.- El apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar los medios de coerción física que sean necesarios por motivos del caso específico, relacionados con la seguridad o la necesidad de evitar que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas.

[26] Directiva UE 2016/343.- artículo 7.- "Derecho a guardar silencio y derecho a no declarar contra sí mismo.- 1.- Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a guardar silencio en relación con la infracción penal de que sean sospechosos o se les acuse. 2.-Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos o acusados tengan derecho a no declarar contra sí mismos. 3. El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados. 4. Los Estados miembros podrán permitir a sus autoridades judiciales que, al dictar sentencia, tomen en consideración un comportamiento cooperador por parte de los sospechosos y acusados. 5.- El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate. 6.- Lo dispuesto en el presente artículo no limitará la facultad de los Estados miembros de decidir que, para infracciones leves, la tramitación del procedimiento, o de ciertas fases de este, pueda desarrollarse por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo."

VIII. CONCLUSIONES

La presunción de inocencia es un derecho fundamental de toda persona sospechosa o acusada y a la vez una garantía frente al ejercicio del ius puniendi del Estado incluido en el catálogo de garantías procesales contenidas en el art. 24.2 de la Constitución Española y que pretende la consecución de mayores niveles de equidad en la Administración de Justicia tratando de asegurar que toda persona sea tratada como inocente a lo largo de la investigación judicial y del proceso penal hasta que exista una sentencia firme.

Es una norma reguladora de la sentencia exigiendo que únicamente pueda dictarse sentencia condenatoria cuando exista una actividad probatoria de cargo, practicada adecuadamente y que provoque en el juzgador el convencimiento de la existencia del hecho y de la participación del acusado en el mismo.

Exige que la carga de la prueba recaiga sobre la acusación y que no sea la defensa quien deba acreditar su inocencia. Se complementa con el principio in dubio pro reo, que opera en un momento posterior, en el de la valoración de la prueba ya practicada.

Encuentra su regulación como derecho fundamental en la Constitución Española habiéndose visto recientemente reforzada por la Directiva 2016/343 que supone un refuerzo a las garantías procesales en los distintos Estados miembros de la Unión Europea con la finalidad de obtener una garantía del más elevado nivel de protección de tal derecho.

* * * * *

Dr. Santiago Javier Granado Pachón

Juez sustituto, Huelva. Socio de la FICP.

~Consideraciones acerca de la configuración del Derecho penal de menores como Derecho penal mínimo~

Como afirma BERISTAIN, quien se adentra en el estudio del derecho penal de menores se pierde en un laberinto de difícil salida.[1] Esta afirmación casa perfectamente con las dificultades que encierra no sólo lo concerniente a la capacidad de los menores para delinquir, sino también con aquellas otras derivadas de la búsqueda de un modelo que pueda dar una respuesta sólida a la justicia juvenil. Y es en este análisis, en el que pretendemos detenernos. En efecto, la elección de un modelo satisfactorio no es tarea fácil sobre todo si se tiene en cuenta la tensiones que viven los planteamientos sistémicos-funcionalistas con los propios de la protección y tutela de los bienes jurídicos, adquiriendo la afrenta especial relieve cuando pretende aplicarse al derecho penal de menores.

Tan es así, que un modelo ajustado a los fines constitucionales, para que pueda resultar eficaz, debe responder a las exigencias particulares del sujeto infractor que va a ser objeto de la intervención penal, y que en este caso aparece caracterizado por ser un individuo en pleno proceso evolutivo. Esto significa que debemos configurar una justicia accesible a los jóvenes infractores, en la que exista debidamente insertados lo que denomino "frenos inhibidores de la propia intervención sancionadora" y en donde la vía reparadora o tercera vía fomente acciones autorresponsables de aquellos. Si debe tutelarse el proceso evolutivo de los menores infractores, debemos concebir un sistema de justicia Juvenil que no se desentienda de la protección de los bienes jurídicos y como tal, de garantizar ese proceso evolutivo de manera adecuada, y sin merma del mismo, en detrimento de otros fines que le son ajenos, como la seguridad y la firmeza en el cumplimiento de la norma. Esta significación lleva a que el sistema penal de menores deba huir de planteamientos sistémicos-funcionalistas[2] por ser inherente al menor su

[1] Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A., Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, nº10-1996, p. 179.

[2] Para SILVA-SÁNCHEZ, J.M., Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona, Bosch, 1992, p.305, el Derecho penal cumple, de facto, una función simbólica cuando su utilización tiene como principal- y a veces único-efecto de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, dirigidos en última instancia a sugerir una eficacia estatal en la resolución de los conflictos que no es tal en la realidad. También Vid. MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal y control social, Jerez de la Frontera, España, 1985, p.28, para quien las teorías sistémicas, pretenden que la función del derecho penal se agote en garantizar el funcionamiento del sistema social. Añadiendo, que en última instancia, esta posibilidad

valor de individuo en pleno desarrollo evolutivo que debe ser protegido,[3] sin que el titular del *ius puniendi* esté legitimado para poner cortapisas al mismo a través de la sanción penal con base en los planteamientos sistémicos aludidos, que no miran al infractor para disuadirle, sino al ciudadano que cumple las leyes para tranquilizarle con la finalidad de restablecer su confianza en las instituciones que se ha visto quebrantada por el delito.[4]

Ante esta necesidad de justicia penal y social (dado la especialidad consistente en garantizar el desarrollo evolutivo) la justicia juvenil debe participar de los postulados del derecho penal mínimo, que como afirma BARATTA[5], aparece caracterizado por un lado porque el esfuerzo de la intervención penal debe ser dirigida a la realización de los principios constitucionales informantes del derecho penal, y por otro, por la aplicación de los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el funcionamiento de estos sistemas y sobre las políticas públicas de protección de los derechos, afirmando también, que una política de contención de la violencia punitiva es realista sólo si se inscribe en el movimiento para la afirmación de los derechos humanos y de la justicia social.[6] Como se observa en esta aproximación inicial, el derecho penal mínimo enlaza directamente con una intervención protectora del Estado a través de determinadas políticas que tienden a dar prioridad a los bienes jurídicos y esta protección también ha de venir referida a la sanción penal, cuya virtualidad alcanza un nivel superior cuando tratamos como menores infractores, que hacen ver a la sociedad el criterio básico de que las necesidades sociales de la infancia y de la adolescencia, son el resultado de la

conduciría a un derecho penal legitimador y reproductor de las injusticias sociales que al sustituir el concepto del bien jurídico por el de "funcionalidad del sistema" perdería el último punto de apoyo que le queda para la crítica del derecho penal positivo.

[3] Cfr. BENITEZ ORTÚZAR, I., Derecho penal de menores en el Estado Social y Democrático de Derecho: breve referencia a los principios que disciplinan el *ius puniendi* Estatal frente al joven infractor, en: Benítez Ortúzar/Cruz Blanca (dirs.), El Derecho penal de menores a debate, I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil, VVAA, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 54 y 55. "Pudiera decirse que la respuesta punitiva otorgada al sujeto responsable de sus actos que aún no alcanzado la mayoría de edad, deriva de una especie de " deber de garante" que asume el Estado respecto de aquellas personas a las que no se les reconoce capacidad en el tráfico jurídico. Aquellas personas que están aún en estado de desarrollo psicológico y biológico tutelado hasta su completa emancipación social que se alcanzará con la mayoría de edad".

[4] Cfr. GARCÍA PABLOS, Derecho penal. Introducción. Madrid. 1995, p. 51

[5] BARATTA, A., La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, capítulo criminológico, Vol. 26, núm. 2, 1998. Pp. 33 y ss., para quien la actuación del derecho penal mínimo consiste en adelantar un esfuerzo continuo por el control de los mecanismos de criminalización, por la reforma de la legislación, de la policía y de la cárcel. Tal esfuerzo será dirigido a la realización de los principios constitucionales en materia penal y a la aplicación de los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el funcionamiento de los sistemas penales y sobre las políticas públicas de protección de los derechos.

[6] Cfr. BARATTA, A., Principios de derecho penal mínimo: criminología y derecho penal, compilación in memoriam, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004. p.303

ineficiencia o inexistencia de las políticas públicas.[7] En este aspecto, no le faltaba razón a Von Liszt cuando nos dice que la mejor política-criminal es una buena política social, tanto para la prevención de la criminalidad, como para la resocialización de los delincuentes.[8]

Lo anterior enlaza con una premisa de la cual parto, y es que es necesario aislar derechos fundamentales de las posibilidades aflictivas que puede proporcionar la pena, y entre estos se encuentra precisamente el propio desarrollo evolutivo del menor, afirmando con FERRAJOLI[9] que hay bienes jurídicos-derechos fundamentales- que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos. Esta aseveración parte también del fundamento de considerar que el derecho penal posee una doble función preventiva, la prevención de los delitos y la prevención general de las penas privadas, arbitrarias y desproporcionadas.[10] Es decir, la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos; la pena no es amenazada e infligida *ne peccetur,* también lo es cumplida en *ne punietur,* no tutela solamente la persona ofendida por el delito, pues del mismo modo protege al delincuente de las reacciones informales públicas o privadas. En esta perspectiva, la pena mínima necesaria de la cual hablaron los iluministas no es únicamente un medio, es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta contra el delito.[11] No obstante, no debemos caer en el error de reducir lo aflictivo a la pena, sino que el proceso judicial lleva de por sí una carga violenta como medio de expresión de la aflictividad última en la que se materializa la sanción penal. Tratamos por tanto, con una reacción violenta de la norma que es inherente al conjunto del sistema penal, en donde obviamente también se inscribe las adjetivas o de procedimiento. Y se nos dirá, que tratamos con una mera visión teórica sin base empírica, empero es frecuente detectar muestras de esta violencia

[7] Cfr. MARTÍN RÍOS, M.P., Consideraciones acerca de la circular 9/2011 de la FGE sobre criterios de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de Menores. Anuario de Justicia de Menores. Editorial Astigi. 2011, p. 176.

[8] Esta concepción del derecho penal, según RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación, en revista de derecho penal y criminología, núm.9-10, 2007,p.10:14, obtiene su legitimación, en la medida en que se convierta en instrumento para la salvaguarda de una serie de bienes -que son los bienes jurídicos en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social-que no deben lesionar ni con la realización del delito ni con la intervención punitiva en un Estado democrático, esta aludida función de protección de bienes jurídicos, ha de traducirse en la protección o tutela de los bienes jurídicos de " todos los ciudadanos" con independencia del lugar que ocupen en el sistema social, y con independencia, también, de que sean potenciales delincuentes o potenciales víctimas.

[9] Vid. FERRAJOLI, L., Derecho y Razón, Trotta, Madrid, 2009, p.335.

[10] Vid. FERRAJOLI, L., El Derecho penal mínimo, en prevención y teoría de la pena, 25-48, Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago de Chile, 1995,p.38

[11] Vid. FERRAJOLI, L., ult. ob, cit, p.37.

ejercida por la norma con tintes sistémicos. En este sentido, podemos ejemplificar de modo directo esta violencia coactiva perfectamente trasladables a menores de edad del siguiente modo: imaginemos dos hermanos convivientes en un mismo domicilio familiar, hombre y mujer, el primero de 25 años de edad y el segunda de 22, entre quienes surge una discusión motivada por acceder a un determinado programa televisivo y que lleva a que el varón agreda a su hermana dándole repetidos golpes en la cara y en el cuerpo, causándole lesiones. Resulta que la mujer no denuncia, pero "*la notitia criminis"* llega al juzgado no por su denuncia expresa, a la sazón hermana del agresor, sino por el llamado "parte judicial" de los servicios sanitarios correspondientes incoándose el procedimiento penal correspondiente y ordenándose la detención del hermano agresor; quien, tanto en su declaración ante la guardia civil como en el juzgado, mantiene que fue una pelea entre hermanos y que otras veces le tocaba a él recibir los arañazos, reiterando que no consideraba que estos hechos fueran delito alguno; además la mujer renuncia tanto a las acciones civiles y penales, aunque declara que su hermano es bastante impulsivo y que a veces se peleaban entre ellos. No obstante, a pesar de la inexistencia de denuncia expresa de la víctima, el Ministerio Fiscal no solicita el archivo, instando la continuación del procedimiento, cuya instrucción llega a durar más de un año y medio. A tales efectos, el Ministerio Público solicita una orden de prohibición de acercamiento y de comunicación, por lo que el presunto agresor se ve obligado a abandonar el domicilio familiar en el que vivía con sus padres y sus hermanos, sin que el núcleo familiar llegue a comprender la medida impuesta. Como se vislumbra, la repercusión familiar y social es cruenta, pues por una lado sus padres no se explican en qué lugar va a vivir su joven hijo, su hermana no quiere que su hermano se aleje de ella, y por último, el afectado tampoco comprende que lo que había hecho tuviera tanta relevancia como para romper a su familia durante un tiempo que además en aquél momento se presentaba incierto. Además, la situación social del joven disminuye, porque se ve obligado a residir junto con unos amigos de la misma edad, que mal viven en un piso alquilado durante el tiempo del procedimiento, sin que tal ambiente favorezca la estabilidad social, que ya poseía cuando vivía con su familia. Una vez acabada la instrucción y llegada la vista oral después de un año y medio, los hermanos se reconcilian, acogiéndose a su derecho a no declarar conforme al artículo 416 de la LECRM, dictándose sentencia absolutoria. Pues bien, atendiendo a éste caso, la violencia ejercida por el proceso es tal, que originó en los protagonistas una gran desconfianza en el funcionamiento de la administración de Justicia, sin contar con

el drama personal y social que vivió esa familia durante más de un año. Es decir, el proceso judicial únicamente debe ser puesto en marcha con una finalidad material concreta y no sólo para mostrar la seguridad y confirmación de la vigencia de la norma.

Por otro lado, la evitación de aquella violencia normativa es la que inspira el derecho penal mínimo que también se encuentra íntimamente relacionado con el principio de intervención mínima del derecho penal, aunque desde nuestro punto de vista, en la justicia juvenil este principio debe asentarse en un peldaño superior, de suerte, que llegada la necesidad de la intervención penal debe enrolarse también en la fase de aplicación de la intervención inspirando la satisfacción de los propios filtros inhibidores determinados por el propio sistema penal de menores, antes de reactivar la intervención penal juvenil definitiva.[12] Estos filtros inhibidores a los que anteriormente no referíamos, encuentran soporte legal en el artículo 43.3b) de la Convención de Derecho del Niño, por el cual, siempre que sea apropiado y deseable, se adoptarán medidas para tratar a estos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; es decir, nada impide que sea el propio sistema de justicia quien diseñe tales filtros, dando salida al conflicto surgido por el delito, sin el uso estigmatizador del proceso. Esta necesidad de alejar a los menores de los procedimientos judiciales es brillantemente ejemplificada por GIDDENS cuando se refiere a que un hecho delictivo cometido por un menor consistente en el destrozo de un escaparate, una noche de un sábado que ha salido con sus amigos, puede generar diferentes consecuencias político-criminales para el mismo. Así, si la sociedad acepta el hecho como una manifestación de una euforia excesiva propia de la juventud, el hecho delictivo será considerado como un acto primario de aquél que en aquella ocasión actuó de una manera demasiado camorrista, y será simplemente amonestado; en cambio, si se judicializa el hecho hasta sus últimas consecuencias con la imposición de una condena condicional y con la obligación de que el menor comparezca ante al juzgado cada cierto tiempo, el incidente puede convertirse en el primer paso de un proceso de desviación secundaria. Se trata de romper con estos mecanismos desviadores originados por el propio sistema, en su misión de corregir la conducta infractora: cárceles y reformatorios.[13] Para ello, el derecho penal mínimo

[12] Según afirman ROXIN, C./ARTZ, GUNTHER/TIEDEMANN, K., Introducción al derecho penal y al derecho procesal, Ariel, Barcelona, 1989, p. 33., sólo cuando a pesar de haber sido aplicadas las anteriores medidas y no se han obtenido resultados positivos o cuando la culpabilidad sea grave, es cuando entran en juego los puntos de vista de la retribución y de la prevención general pero con una relevancia mucho menor que en el derecho penal de adultos.

[13] Vid. GIDDENS, A., Sociología, Alianza Editorial S.A, Madrid, 2000,p. 238

puede evitar no sólo el etiquetamiento del menor que se adentra por primera vez en el procedimiento judicial, sino también el llamado proceso de aprendizaje, para lo cual, el menor infractor, debe en la medida de lo posible mantenerse alejado del proceso judicial. Como señala MARTÍN WRIGHT[14], el sistema penal estigmatiza a una de las partes en el conflicto como delincuente, pues le pone antecedentes penales, la pena se hace trascendental al tener consecuencias para toda la vida, y en el caso de existir, acaba con la relación entre los involucrados.

En realidad, se trata de proteger el desarrollo evolutivo del menor, que como bien jurídico necesario, ha de ser objeto de Tutela. Ese estado evolutivo hace que el joven sea más fácilmente recuperable que el adulto; y por esta razón, la salida más justa del derecho penal juvenil se encuentra en estructurar un sistema que entienda que toda intervención de los mecanismos formales de control social es violenta, y que también es violento el delito; procurando disminuir la violencia propia de todo sistema penal a fin de evitar la violencia que ocurriría, en caso de no tener lugar la solución penal. Esta protección del individuo que no ha alcanzado la plena capacidad jurídica y social, es la que obliga al Estado a establecer unas medidas específicas frente a aquellas conductas desviadas constitutivas de delito, en las que rija por encima de todo, la prevención especial, tendente únicamente a resocializar o a enderezar el sistema socializador del menor, o simplemente a iniciar el proceso socializador mismo, evitando- en lo posible- la estigmatización y los efectos meramente retributivos que pudieran derivarse de una prevención general, en las medidas aplicadas al menor infractor por el ilícito penal cometido.[15]

En síntesis, la respuesta punitiva ha de ser entendida a partir de criterios resocializadores y educativos, teniendo en cuenta siempre que el derecho penal como tal no es el único medio de control, pues existen múltiples instrumentos de control social disponibles en cualquier sociedad organizada: opinión pública, sistema educativo, familia, religión, etc. De hecho, y a mi juicio, la esencia de la concepción del derecho penal mínimo parte de la ineficacia previa del resto de los controles sociales y también de la consideraciones político-criminales limitativas de la intervención, construidas a

[14] Vid. WRIGHT MARTÍN, Derecho, justicia e idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia, Conclusiones del I congreso Internacional sobre justicia restaurativa y Mediación penal, Dimensiones Teóricas y Repercusiones prácticas, celebrado en la facultad de la Universidad de Burgos. España. 2010.

[15] Cfr. BENITEZ ORTÚZAR, I., en: Benítez Ortúzar/Cruz Blanca (dirs.), Derecho penal de menores 2010, p. 55

partir de principios naturales como el de necesidad[16] o del interés del menor. El derecho penal mínimo aplicado a la justicia de menores nos permite afirmar de manera evidente que el legislador conculcaría los postulados mínimos si impusiera mandatos o prohibiciones en causas sobre hechos de bagatela o que no generen un gran interés públicos en su persecución y sobre los que en definitiva, podría prescindirse de la acción penal.[17] Es más, en los delitos leves y de mediana gravedad que son de lejos la mayoría en el ámbito de menores, debe practicarse una mayor tolerancia para cubrir razones de prevención especial, en cuyo caso, la pena, tal y como afirma ROXIN puede quedarse por debajo de la medida de culpabilidad y pueden producir eficacia todos los beneficios basados en las posibilidades de suspensión de la pena, en la reconciliación civil y en el trabajo comunitario.[18] Así, nada impide la desjudicialización y la no incriminación de formas imperfectas de ejecución y de los actos preparatorios en el derecho penal de menores, salvo en los supuestos de delitos graves; y atendiendo a datos estadísticos que acreditan que la mayoría de los delitos cometidos por menores de edad son contra la propiedad, la despenalización de los delitos de hurto, hurto de uso de vehículos de motor, de los robos con fuerza en las cosas o los daños, frente a los que se recurrirá exclusivamente a medidas de reparación del daño causado.[19] Como venimos afirmando, el principio de intervención mínima alcanza su máxima intensidad en el

[16] Con respecto a la necesidad, Vid. MORILLAS CUEVA, L., Los derechos humanos, homenaje al Excmo. Sr. D. Luís Portero García, Publicaciones de la Universidad de Granada, 2001, en el mismo sentido BENITEZ ORTÚZAR, I., en: Benítez Ortúzar/Cruz Blanca (dirs.), Derecho penal de menores 2010, p. 60. "(...) A lo mejor un día el derecho penal se muestra innecesario para la resolución de los conflictos sociales más graves, precisamente porque estos no existen, suprimidos por grandes dosis de solidaridad, igualdad y libertad. Mientras tanto y me temo por mucho tiempo, es imprescindible conseguir un derecho punitivo verdadero protector de los derechos humanos y una educación y un compromiso entre los ciudadanos que hagan inviable la destrucción gratuita, aberrante e incompresible de los bienes jurídicos del más alto nivel, entre ellos, la vida. Para que los hombre y mujeres, buenos, justos y comprometidos puedan aportar su sabiduría y bondad a una sociedad más libre, más equitativa y que ello lo pueden hacer sin temor, en paz (…)"

[17] Siguiendo a GARCÍA PÉREZ, Los actuales principios rectores del derecho penal juvenil: un análisis crítico, en Revista de derecho penal y criminología, 2ª Época, núm.3. Uned, Madrid, p. 40, en referencia a la desjudicialización-diversión, expone que con éste último término se alude a una serie de técnicas tendentes a poner fin al proceso penal formal en fases anteriores a la constatación de la culpabilidad del menor, renunciando a la acusación o suspendiendo el proceso o incluso impidiendo que se inicie, no comunicando la policía la notitia criminis a los órganos de la administración de justicia. Además señala, como razones fundamentales para la desjudicialización, por un lado, la necesidad de evitar la estigmatización del infractor por medio del proceso penal y las sanciones en él impuestas, así como, la necesidad de descongestionar una Administración de Justicia sobrecargada de trabajo. En todo caso, el art.2 de la Recomendación NRO(87) 20 del Consejo de Europa, propone alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación "a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivada de ello".

[18] Cfr. ROXIN, C., ob. cit, p. 83.

[19] Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto de tradicional de inimputabilidad del menor, protección jurídica del menor, Comares, Granada, 1997,p. 131-133

derecho penal de menores, en aras de un efectivo cumplimiento de los superiores objetivos de la constitución,[20] con el añadido de tutelar el desarrollo evolutivo de todo menor. [21] Piénsese que la utilización inmediata y directa de la justicia juvenil como mecanismo de lucha contra la marginalidad social, supone reproducir la violencia a través del uso legítimo de la coerción estatal,[22]por eso, el derecho penal juvenil debe caminar hacia la consecución de limitar la intervención a los casos estrictamente necesarios, adoptando en materia de respuesta punitiva mecanismos alternativos a las sanciones privativas de libertad con bases a adecuaciones político-criminales y criminológicas.[23] En esta apuesta, es básica la configuración de este sistema como un derecho penal mínimo generador de los "filtros inhibidores de su propia intervención" tales como crear "zonas restaurativas" o bien dar una configuración adecuada y estructurada al principio supremo del interés del menor desde una perspectiva natural que lo haga eficaz dentro del hecho punible. Por último, no podemos dejar de elogiar a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menor, en cuanto que gobierna el

[20] Como afirma ZUÑIGA RODRÍGUEZ, E., La política criminal, Cole Madrid, 2001,p. 50, el sistema de valores y principios contenido en la Constitución constituye sin duda el marco de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad. En el mismo sentido ARROYO ZAPATERO, L., Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución, revista de la Universidad de Castilla la Mancha, 1987, p. 99, para quien la Constitución no es una mera regla formal de atribución de competencias, sino que comprende también un amplísimo catálogo de prescripciones materiales, por lo que el ordenamiento penal forzosamente ha de ser comprendido e integrado a la luz de los principios constitucionales. También Vid, ARROYO ZAPATERO, L., Control constitucional del derecho y de la justicia penal, CPC, 1987,p. 385 y ss, en el que se hace referencia "al programa penal de la Constitución" que es entendido por LAMARCA PÉREZ, C., Posibilidades y límites de la dogmática penal, CPC, 1987,p. 547, como un conjunto de valores, principios y normas que sin determinar por completo las opciones legislativas, limitan y dotan de un sentido finalista a esta rama del ordenamiento jurídico.

[21] Vid. BERDUGO DE LA TORRE, I/ ARROYO ZAPATERO, L/ FERRÉ OLIVÉ, J.C/ GARCÍA RIVAS, N/ SERRANO PIEDECASAS, J. R/, TERRADILLOS BASOCO, J., Curso de derecho Penal, Parte General, Ediciones Experiencia, SL, Barcelona, 2004, p. 82.

[22] Cfr. MARTÍN RÍOS, M.P., Anuario de Justicia de Menores, 2011, p.176. También Vid. ROLDÁN BARBERO, H., ¿Qué queda de la contestación social de los años 60 y 70 en la criminología actual?, en revista de derecho penal y criminología, 2002, núm. 10. pp. 221-222. Para quien el control social es un asunto de poder. En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación, en revista electrónica de derecho Penal y Criminología, 2007, núm 9-10. pp.10:1-10:2,p. 10:3., identificando el control social como asunto de poder, expone que de este dato se han derivado dos importantes consecuencias para el Derecho penal y su función de control social., la concepción de la delincuencia como respuesta al conflicto de poderes, por una parte y la consideración del sistema penal como expresión de una violencia estructural, por otra.

[23] Cfr MARTÍN RÍOS, M.P Anuario de Justicia de Menores, 2011, p.175.También Vid. ROXIN,C/ARTZ GUNTHER/TIEDEMANN, K., Introducción, 1989, p. 33, "(...) en tales casos el legislador pretende ofrecer soluciones en lo posible a través de medidas sin carácter penal. En este sentido se dispone que con motivo de la comisión de un delito por un joven, puede ordenarse la aplicación de medidas educativas, que normalmente consisten en meras reglas de comportamiento para "promover y asegurar la educación del joven. De no bastar las medidas educativas, pueden aplicarse diversas medidas correctivas, como la reprensión, la imposición de realizar determinadas tareas y el arresto de jóvenes, que deben servir para hacerle presente que tiene que responder de sus hechos delictivos. Pero tales medidas todavía no presentan los efectos jurídicos de una pena."

principio de oportunidad o la mediación en esa tarea de contemplar al menor como un sujeto en plena evolución, aunque lo hace de manera insuficiente, pues no desarrolla la posibilidad de establecer programas de esta naturaleza fuera del ambiente judicial que permite dar salida al interés del menor como principio clave e inspirador del todo el sistema.

* * * * *

M.ª José Hernández García

Abogada, Santa Cruz de Tenerife. Socia de la FICP.

~El concepto de "investigado" en la Ley Procesal Penal: ¿una pérdida de nitidez de la parte pasiva del proceso penal?~

I. INTRODUCCIÓN

El Mundo[1], en su ejemplar del siete de diciembre de 2015, se hacía eco de la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal operada por LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley d Enjuiciamiento Criminal[2], y que entraba en vigor el 6 de diciembre, con el siguiente titular: "De imputado a investigado y otras claves de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", justo en el momento en que dicha reforma entraba en vigor, tras una vacación de la ley de dos meses.

Entre las principales novedades que trajo dicha modificación[3], destacamos, a nuestro juicio, las siguientes:

1. Se establecía plazo límite de duración para la instrucción de los procedimientos: Seis meses para las causas sencillas y 18 meses para las complejas. Podrían prorrogarse por iguales periodos. Esa ampliación ha de ser solicitada (y no cabe acordarla de oficio por el juez de instrucción) bien por el fiscal, la acusación popular, acusación particular, defensa y Abogacía del Estado.

2. Las llamadas macro-causas habrían de fraccionarse en tantas causas como delitos. Se perseguía por el legislador la disminución de la complejidad de la investigación, con el objetivo, a la postre, de hacer posible el cumplimiento de los plazos en la instrucción.

3. Eliminación del término "imputado". A partir de la entrada en vigor de la reforma, se hablaría de "investigado"; que pasaría a ser denominado "encausado" tras el auto formal de acusación.

4. Se modificaba también el contenido del art. 520 de la LECrim., con el objeto de garantizar, de manera efectiva, los derechos al honor, intimidad e imagen, consagrados en el artículo 18 de la Constitución Española. De esta forma, ahora la

[1] Diario El Mundo, de 7 de diciembre de 2015, sección España. http://www.elmundo.es/espana/2015/10/01/560c05c622601d475c8b459e.html.

[2] https://boe.vlex.es/vid/ley-organica-13-2015-583908674.

[3] Cit. ant.

norma procedimental viene a exigir que la detención y la prisión provisional se practiquen en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quedan implicados en el cumplimiento efectivo de la norma tanto quienes acuerden la medida como quienes han de cumplirla como quienes procederían a hacer los siguientes traslados posteriores. encarguen de los traslados ulteriores.

5. Por primera vez, se regula la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; y el correo electrónico. También podrían ser interceptados los mensajes de Whatsapp; pero para ello, es necesario la autorización judicial.

6. También la modificación permite la utilización de claves, códigos y un software de vigilancia en un ordenador, teléfono móvil o dispositivo electrónico; es decir, de intervenir el dispositivo electrónico (como ya se hacía con las escuchas) a semejanza de aquéllas: "pinchar" tales dispositivos.

7. La modificación operada por la ley daba paso al/la "Policía encubierto/a virtual": La idea es la misma que para el tradicional "policía encubierto, sólo que ahora, su labor es a través o por medio de la red.

8. También se liberó de carga de trabajo a los juzgados otorgando el carácter administrativo a los atestados policiales abiertos sin conocerse al autor de los hechos.

9. Y también se amplió, con la reforma, el decomiso: El objetivo perseguido por el legislador era pode actuar contra todo el patrimonio de un penado para recuperar el dinero defraudado como consecuencia de los hechos delictivos cometidos.

II. INVESTIGADO, ENCAUSADO, PROCESADO, CONDENADO Y REO.

Sabíamos que se adquiría la condición de imputado, con base en la doctrina consolidada del Tribunal Supremo[4], citamos la nº 610 de 1997, desde que se produce la admisión de la denuncia o querella o desde que existía cualquier actuación procesal de la que resultara la imputación de un delito contra persona o personas determinadas. Nacía así, en el Derecho procesal penal, en garantía del sujeto pasivo, el concepto de imputación, que la jurisprudencia constitucional había precisado; en el sentido de que

[4] STS 610/1997; de 5 de mayo de 1997; Roj: STS 3124/1997 - ECLI: ES:TS:1997:3124. http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3143694&links=%22288%2F1996%22&optimize=20030918&publicinterface=true.

había de haber al respecto una actuación del órgano jurisdiccional encargado de la instrucción. Lo contrario (recordaba el Supremo) las partes acusadoras, públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano; y en ese caso, se confundiría el principio acusatorio con el dispositivo; con la consiguiente merma de las garantías de defensa. Y ello porque, en ese caso, personas a la postre inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la "pena paralela" que supone el pasar por un procedimiento penal que es, generalmente y como una garantía más, público.

Por tanto, El propio Tribunal Supremo (en el Fundamento jurídico tercero de la sentencia indicada) establecería una "frontera" a partir de la cual se consideraría que había "verdadera parte pasiva" del procedimiento penal. Se establecería la necesidad de que un juez admitiera a trámite la querella o la denuncia; sería preciso una resolución judicial que señalara a un responsable concreto como autor de un ilícito penal. También valdría la citación para declarar en calidad de posibles responsables por algún delito en el caso de que los cargos aparecieran en otra diligencia.

A partir de la modificación operada por la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, toda referencia que en la doctrina consolidada del TS hagan referencia a la condición de "imputado", han de considerarse realizadas al "investigado". Y la reforma también acordó, expresamente, la sustitución de términos en un detallado número de artículos de la LECrim. Así, con la entrada en vigor de la reforma, los artículos[5] 120, 309 bis, 760, 771, 775, 779, 797 y 798 de la LECrim., el "**imputado**" sería "**investigado**"; en el caso de los artículos 325, 502, 503 al 508, 511, 529, 530, 539, 544 ter, 764, 765, 766, y 773 de la LECrim., el concepto de imputado se vería sustituido por el de "**investigado" o "encausado"**. La expresión "imputados a procesados" contenida en el art. 141, se sustituiría por la de "investigados o encausados". Finalmente, la referencia a "imputado" contenida en los artículos 762, 780, y 784 debería sustituirse por el de "encausado". La mención "imputada" reflejada en los arts. 503 y 797 se sustituiría, tras la reforma, por el de" investigada".

Por tanto, por "investigado", en el proceso penal[6], venimos a identificar a la persona que se le atribuye la comisión de un hecho considerado delito; bien porque se

[5] https://legislacion.vlex.es/vid/ley-enjuiciamiento-criminal-real-septiembre-170233.

[6] Hay que indicar que en las conclusiones del presente trabajo venimos a poner de manifiesto el difuminado de límites con la consiguiente pérdida de rigor técnico que supone utilizar palabras que

haya admitido a trámite una denuncia (previamente, en este caso, será el denunciado), se haya hecho lo propio con una querella (en cuyo caso, es el querellado) o bien porque se haya remitido al Juzgado el correspondiente atestado policial y se haya decidido, por parte del instructor, dar comienzo con éste, el proceso penal. Hay que recordar que ninguno e los documentos presentados hasta este crucial momento se consideran judiciales. La fase instructora del proceso ha comenzado y se practicarán las diligencias se consideren (por el Instructor) necesarias; tendentes al esclarecimiento de los hechos y la depuración de las responsabilidades (recordamos que en el Derecho Penal español, junto a la responsabilidades penales pueden ventilarse las civiles. Es ésta una de las características particulares de éste; que sin duda, revierte en la economía procesal y en la "rapidez" (al menos en teoría) del resarcimiento de los perjuicios derivados del delito a la/s víctima/s y a otros perjudicados por la acción antijurídica, culpable y punible.

Hay que recordar, nos obstante, que el Tribunal Constitucional ya había señalado que: "la acusación (en el procedimiento abreviado) venga precedida de una previa imputación para evitar así acusaciones sorpresivas sin que se le haya dado oportunidad al así acusado de intervenir en la fase instructora del proceso penal. (…) Por ello, una vez establecida la verosimilitud de la imputación e incoado un proceso contra persona determinada, no es constitucionalmente admisible (…) dar por concluida la instrucción sin haberle oído en la condición de imputado (SSTC 128/1993, F. 4, 149/1997, F. 2, 41/1998, F. 27; 220/1998, F. 2 ; 19/2000, F. 5; 68/2001, F. 3; 87/2001, F. 3; 118/2001, F. 2)[7]. Por tanto, tiene señalado que no puede cerrarse la fase de instrucción (salvo que se acuerde el sobreseimiento o el archivo) sin que se haya informado al "investigado" del hecho punible que constituye el objeto de las diligencias practicadas. Y ello se produce, efectivamente, tal y como se señala en el art. 775 de la LECrim., en la primera comparecencia del investigado; momento en el que también se le informa de sus derechos.

A la luz de la reforma, el "**encausado**" se identifica con la persona a la que, una vez concluida la fase de instrucción (y a tenor de los resultados obtenidos en la misma)

encierran conceptos más amplios; teniendo en cuenta que el Derecho penal es de "última ratio"; es la reacción más dura del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

[7] Roj: STS 4418/2016 - ECLI: ES:TS:2016:4418; del 13/10/2016. Fundamento Jurídico primero. http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7845106&links=adquisici%C3%B3n%20condici%C3%B3n%20imputado&optimize=20161021&publicinterface=true.

la autoridad judicial imputa formalmente la comisión o participación en un hecho concreto que se considera delito y está tipificado como tal.

El "**procesado**", y guiándonos por el contenido del art. 384.1 de la LECrim., es la persona contra la que se dirige el procedimiento Sumario Ordinario desde que se dicta el auto de procesamiento. No existe artículo que venga a establecer lo propio para el procedimiento abreviado. Este vacío normativo ha sido completado por nuestra Jurisprudencia, otorgando la misma equivalencia al auto de apertura del Juicio Oral (art. 783 LECrim.).

El "**acusado**" se identifica con la persona contra la que existe una acusación, **pero una acusación que ya está formalizada**. ¿Y cuándo se considera formalizada? Pues cuando se hayan presentado conclusiones provisionales en el Procedimiento Ordinario o los escritos de acusación en el Procedimiento Abreviado.

El "**condenado"** es quien cuenta con una sentencia condenatoria, que puede ser firme, en cuyo caso es condenado definitivo o puede ser provisional (con pendencia de algún recurso en espera de ser resuelto; bien de apelación o casación más comúnmente).

Y "**reo**" es quien cumple la pena señalada, en aplicación de la ley (Código Penal), en la sentencia.

- **Condenado**: es la persona acusada respecto de la que ya se ha dictado sentencia condenatoria.
- **Reo:** es la persona, ya condenada, que está cumpliendo la pena impuesta en la sentencia.

III. CONCLUSIONES

La reforma[8] tenía por objetivo principal, en el extremo que estamos analizando, "adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal **a los tiempos actuales** y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y

[8] https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725.

formalmente la comisión de un hecho punible[9]".

El objetivo del legislador era "evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal"[10].

Así, se estimaron vocablos más convenientes los de "investigado" y "encausado", según la fase procesal, frente al de "imputado", más es estigmatizador y negativo.

No nos cabe la más mínima duda de que el legislador, conscientemente, ha difuminado los contornos de la norma, incorporando en el mandato un concepto mucho más general; que nada aporta de específico en el proceso penal; un término que vale para investigación que se realiza por una administración (local, autonómica o al estatal); que vale para el guardia de seguridad de un edificio o que vale para la labro que realiza un investigador privado. Un término que es tan polisémico sólo nos avoca a una conclusión: la protección por el lenguaje en la norma de "señalamiento" por la sociedad. La contrapartida, menos importante (a juicio del legislador) es la pérdida de rigor técnico en la redacción de la norma; una clara, (para el legislador) cuestión menor. Y la imprecisión y la falta de rigor ya empieza desde el propio preámbulo de la ley: resulta llamativo leer en su párrafo V, que el término investigado va a servir para identificar a quien está sometido a investigación por el delito. ¿Enriquece algo, (desde la obviedad de la afirmación) el hecho de que el adjetivo "investigado" sea definido por el sustantivo del que deriva (investigación)? Una tautología innecesaria a nuestro muy modesto juicio.

Después, la ley contiene otra afirmación que no podemos pasar por alto. Dice el preámbulo, también en el punto V: "(…) con el término encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto". La pregunta que surge, de manera natural, es ¿y de manera particular, es decir, concreta (o no general)? No se nos aclara. Ni en el Preámbulo, ni en el articulado de manera expresa.

[9] Punto V del Preámbulo de 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.

[10] Cit. ant.

Y como "broche final" (permítaseme la expresión) en el Preámbulo (que no abandonamos) se nos indica que "en todo caso, esta sustitución no afecta a otras nomenclaturas empleadas para definir al investigado o encausado por su relación con la situación procesal en que se encuentra. Así, se mantienen los términos "acusado" o "procesado", que podrán ser empleados de forma indistinta al de "encausado" en las fases oportunas". ¿Quiere esto decir, a nuestro humilde entender, que el legislador nos está diciendo que podremos utilizar los vocablos "acusado", "procesado" y "encausado" como sinónimos, intercambiables entre sí? Otro ejemplo más de la rebaja de rigor técnico en la modificación de una Ley, que data de 1882.

BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir)/GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.)/MATALLÍN EVANGELIO, Á. (coord.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2015, pp 56 y ss.

LUZÓN PEÑA, D.: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 80 y ss.

MUÑOZ CONDE F./GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal, Parte General, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 75 y ss.

ZOCO ZABALA, C. Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones. LO 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. Editorial Civitas, Madrid, 2016.

* * * * *

Francisco José Malfeito Natividad
Abogado Fiscal sustituto adscrito a la Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Tenerife.
Socio de la FICP.

~El *Ius Puniendi* y el Derecho penal~

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal es un conjunto de normas dirigidas a la protección de la sociedad frente a los comportamientos más gravemente antisociales. Los elementos fundamentales, lo específicamente jurídico-penal, es que opera mediante normas, que éstas se refieren a conductas humanas que afectan a lo más básico y esencial de lo social, y que se imponen penas[1]. También el Derecho penal se basa en saberes empíricos, el homicidio presupone la muerte de una persona humana, que alguien habrá de certificar, el médico forense, o puede implicar a un agente que padece una enfermedad psíquica, que alguien habrá de describir, el psiquiatra[2]. Pero ni éste ni aquél pueden relevar y sustituir al juez en su labor específica. Dicha tarea específica, propiamente jurídica, es la de atribuir responsabilidad, imputar, por la infracción de una norma. Se trata de un juicio que comprende y valora la situación.

El fin del Derecho penal es la protección del bien jurídico y el fin de la pena es la resocialización del delincuente según se refleja en el artículo 25.2 CE, que establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. Esta protección a través de la fuerza está monopolizada por el Estado y no debe realizarse de forma arbitraria, sino ajustada a unos principios garantizadores de respeto a los derechos de los ciudadanos. Por tanto, el derecho a castigar o sancionar del Estado (el ius puniendi) debe realizarse conforme a unos principios que limiten ese poder. El derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas, aquí partiremos de la concepción del Estado social y democrático de derecho, recogida en el art. 1 de la CE.

La norma jurídico penal está compuesta por el tipo y la pena; desde su origen, el tipo fue explicado por Ernesto BELING como la descripción de una conducta como

[1] SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo/ IÑIGO, Elena/RUIZ DE ERENCHUN, Eduardo, Concepto y Fundamentos de Derecho Penal, Universidad de Navarra, Materiales docentes para la asignatura de Concepto y fundamentos de Derecho Penal, 2015, pp. 3.

[2] SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo/IÑIGO, Elena/RUIZ DE ERENCHUN, Eduardo, Concepto y Fundamentos de Derecho Penal, Universidad de Navarra, Materiales docentes para la asignatura de Concepto y fundamentos de Derecho Penal, 2015, pp. 5.

delictiva, y la pena como la sanción punitiva, como la medida más enérgica del poder coactivo prevista por el Estado para el sujeto activo del delito[3].

Vamos a hablar del ius puniendi, o lo que es lo mismo, el derecho del Estado para imponer una pena al transgresor de las conductas previstas como delito.

II. LÍMITES DEL IUS PUNIENDI

Al hablar de los límites del Ius Puniendi, se deben de tener en cuenta los límites formales, y los límites materiales.

En relación a los límites formales del Ius Puniendi, debemos de tener en cuenta, el Principio de legalidad, y el Principio de seguridad jurídica, como manifestación de un Estado de Derecho y Social [4].

El principio de legalidad, se encuentra proclamado en el artículo 25 CE y en el artículo 1 CP, que establece que no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad**.** El principio de legalidad se expresa en su aspecto formal, con el aforismo "nullum crimen, nulla poena sine lege", procedente de Feuerbach, quien vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución francesa, art. 8 de la declaración de derechos del hombre, de 26 de agosto de 1789, y de la Constitución de 3 de septiembre de 1791, la prevención general supone la prevención frente a la colectividad. Concibe la pena como medio para contrarrestar la criminalidad latente en la sociedad. En su sentido actual el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo.

BECCARIA trasladó más que nadie el espíritu de la Ilustración al Derecho penal, estableciendo que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en le legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social.

Las Constituciones y los códigos penales españoles desde el de 1822 recogen el principio de legalidad.

[3] Vid., por ejemplo, Tratado de Derecho penal, MEZGER, E, trad. de la según la edición alemana y notas de J. A. Rodríguez Muñoz, 2. ed., 1946, p. 362.

[4] Tema 5. Los Principios Inspiradores del Ius Puniendi. OCW Universidad de Cádiz. Introducción al Derecho Penal, pp. 1 y siguientes.

El Principio de seguridad jurídica[5], que establece que los ciudadanos deben conocer con exactitud las conductas castigadas penalmente y sus sanciones correspondientes.

En relación a los límites materiales del Ius Puniendi**,** y que se refieren a los límites relacionados con las bases de sustentación o legitimación del ius puniendi del Estado, como manifestación de un Estado social, debiendo de tener en cuenta los siguientes principios:

El Principio de intervención mínima, en relación a este principio debemos de decir, que la intervención del Estado sólo está justificada en la medida en que resulta necesaria para el mantenimiento de su organización política. El Derecho penal se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos.

El Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal, exponer que según este principio el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar, cuando otros medios menos lesivos han fallado. Por tanto, subsidiario en este caso, no significa subordinado, es decir, que el Derecho penal está por debajo de otras ramas del ordenamiento jurídico, sino que se utilizará en última instancia. Y carácter fragmentario del Derecho penal significa que no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así pues, protege contra un fragmento de conductas lesivas, no todas, sólo las más peligrosas.

El Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en el sentido que los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan bienes jurídicos. El Derecho penal sólo puede proteger bienes jurídicos. El concepto de bien jurídico se atribuye a BIRNBAUM, de mediados del siglo XIX.

Como manifestación de un Estado democrático, el Derecho penal tiene que ser respetuoso con el ciudadano que se haya dotado de una serie de derechos derivados de su dignidad humana.

[5] Es interesante conocer la opinión de RADBRUCH, El espíritu del Derecho inglés, 1946, trad. Peg Ros, Madrid/Barcelona, 2001, pp. 59- 71, cuando se plantea como uno de los rasgos fundamentales del sistema jurídico inglés precisamente la seguridad jurídica, p. 59, y el modo de realización del Derecho no cuenta con las leyes formales como lo hacen los sistemas continentales.

El principio de humanidad de las penas, que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del contenido del sistema penal contemporáneo. Nació de la mano de la reivindicación de una humanización de las penas previstas en el Derecho del Antiguo Régimen. Fue un punto central del programa de la Ilustración que concretó especialmente BECCARIA[6] en el siglo XVIII y que no ha dejado de inspirar la evolución doctrinal posterior y buen número de las reformas penales que se han producido. Se pasó de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales a otro cuyo núcleo son las penas privativas de libertad.

El Principio de culpabilidad, que requiere que el hecho delictivo sea materialmente causado por el sujeto para que puede hacérsele responsable de el. Es preciso además, que el hecho haya sido querido, se denominará doloso, o haya podido preverse y evitarse, se denominará imprudente.

Del Principio de culpabilidad se derivan a su vez, los siguientes principios:

El principio de personalidad, que impide castigar a alguien por un hecho ajeno.

El principio de responsabilidad por el hecho, que se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser.

El principio de dolo o culpa, según el cual el principio de atribuibilidad o de culpabilidad en sentido estricto, impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permiten su acceso normal a la prohibición infringida. Es el caso de los inimputables, ya sea por ser menores de edad, ya por causa mental, defecto de inteligencia o trastorno mental transitorio.

El Principio de proporcionalidad, en el sentido de que la pena tiene que ser proporcional al hecho cometido. Se trata de una exigencia que no nació para las penas, sino para las medidas de seguridad. Hay dos aspectos que distinguir: por una parte la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho.

[6] BECCARIA, Tratado de los delitos y de las penas, traducido del italiano por don Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1774 y correspondencia entre PIETRO GIUSTI, BECCARIA y PAOLO FRISI, puede verse la edición de BECCARIA preparada por Franco VENTURI, Einaudi, 1981, pp. 564-569.

El Principio de resocialización, que se acoge en la legislación española, tanto en la CE en el artículo 25.2, como en la Ley 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que en su artículo 1, recoge que las Instituciones penitenciarias tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad.

III. CONCLUSIONES

El Ius puniendi es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. Se traduce literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos. El ius puniendi sería un derecho subjetivo porque el Estado ocuparía una posición tal que el Derecho Penal se pondría a su disposición para que ejerza el castigo ante el sujeto pasivo. El ius puniendi sería una potestad del Estado. Se decía que esta definición tenía mucho riesgo de justificar el totalitarismo, pero este planteamiento subjetivo se ha ido abandonando progresivamente conforme se ha ido consolidando los principios de Orden Constitucional propios de un Estado social y democrático de Derecho. En el Estado actual, que es normalmente democrático y de derecho, el ius puniendi será la potestad o poder atribuida a determinados órganos del Estado para imponer penas, sanciones y medidas de seguridad a quienes después de un proceso, también contemplado en la ley, los establezca como responsable de los delitos y estados peligrosos. A estas personas, una vez juzgadas, se les van a aplicar penas, sanciones y medidas de seguridad, siempre previstas en la ley si se les considera culpables.

El ius puniendi no es el derecho penal, sino el derecho a penar. Es la facultad o derecho del Estado a castigar y para ello se sustenta o legitima en varias teorías tales como las Absolutas, las Relativas y las Mixtas[7]. Las Teorías Absolutas se caracterizan por definir que el castigo se justifica como la justa retribución de la infracción del deber por parte del delincuente. Las Teorías Relativas o Utilitarias también denominadas Intimidatorias justifican la Pena desde la utilidad que las mismas pueden tener como medio de intimidación, escarmiento, prevención general, para que no se viole la norma. Las Teorías Mixtas son las que toman en cuenta para justificar las Penas el carácter utilitario como represivo de la Ley y en ellas se enmarcan el Sistema Anglosajón, el sistema Alemán y el Cubano.

[7] ABEL SOUTO, Teorías de la Pena y Límites al Ius Puniendi desde el Estado Democrático. Editorial Dilex. Colección: 1ª Edición, 2002. pp. 1 y ss.

El Derecho penal es una rama, parcela, o sector del Derecho u ordenamiento jurídico general, concretamente, el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delincuente y les asignan, como consecuencias jurídicas más importantes, penas o medidas de seguridad. El Derecho penal es un conjunto, más o menos organizado, de normas jurídicas. En la medida que están recogidas en el Código Penal, las normas penales, ya están agrupadas siguiendo un cierto orden; pero como ese orden es muy imperfecto y también existe una multiplicidad de leyes penales especiales, es la ciencia jurídico-penal quien tiene que ordenar y sistematizar tales normas, entre si y en relación con el Código Penal[8].

De todo lo expuesto con anterioridad, debemos de hacernos una pregunta, y es la siguiente: ¿Qué justifica o legítima al Estado para sancionar mediante una pena?

Considero que radica en la afirmación, de que corresponde al Estado el ejercicio del ius puniendi, y que éste forma parte de los atributos de la soberanía de que está investido. La norma jurídico-penal, cumple la función de posibilitar la convivencia humana en sociedad. Su peculiaridad estriba en que funciona intentando proteger las condiciones elementales mínimas para esa convivencia social, y en que solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a esas condiciones mínimas de la convivencia pacífica en la comunidad.

* * * * *

[8] LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Alcance y función del Derecho Penal. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 42, 1989, p. 9.

Diego Martín Fernández
Abogado en Rodrigo Abogados, Toledo. Socio de la FICP.

~El derecho a la última palabra~

Resumen.- Establece el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el derecho del acusado a la última palabra. Derecho, éste, que será objeto de análisis por medio del presente estudio, tanto en lo relativo a su naturaleza y vinculación con los derechos fundamentales del acusado, como con el distinto tratamiento que se ha venido dando a tal institución por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Cuya postura al respecto, aun manteniendo la esencia de tal derecho, se ha venido matizando a lo largo del tiempo.

Palabras clave.- Última – palabra – defensa – acusado - garantía – proceso –nulidad – jurisprudencia

I. INTRODUCCIÓN

Nos indica el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que una vez que haya finalizado la acusación y la defensa de formular sus respectivos informes, el Presidente del Tribunal (no olvidemos que este artículo viene referido al sumario ordinario, aunque es de aplicación a cualquier tipo de proceso), preguntará a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal.

En tal sentido, y si el procesado contestase afirmativamente, el presidente del Tribunal habrá de concederle la palabra.

Derecho que asiste al procesado, incluso, aunque hubiese sido expulsado por el Tribunal de la Sala, en sus funciones de policía, de conformidad al artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo llamar al acusado para que vuelva a ésta y ser informado de la posibilidad de ejercitar el mismo[1].

Consecuentemente, y como fruto de lo anterior, habremos de dar respuesta a si tal derecho se erige en parte sustancial del derecho de defensa que asiste al acusado, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, y si su omisión supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, consagrada en el mismo precepto a que se ha hecho mención.

Así, y para lograr lo anterior, efectuaremos un breve estudio doctrinal y jurisprudencial en relación al mismo, para determinar su fundamento y naturaleza, así como las consecuencias de la omisión del mismo, observando como una inicial y rígida postura por parte de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal

[1] TRILLO NAVARRO, Jesús Pórfilo, El derecho a la última palabra, Diario La Ley, Sección Doctrina, Editorial La Ley, Madrid, abril de 2007, p. 4.

Supremo se ha venido, en los últimos años, matizando, hasta el punto de que, para lo que inicialmente supondría una vulneración de derechos fundamentales, a día de hoy se torna en una especie de prueba diabólica en relación a la acreditación del contenido de lo que no ha existido y la afectación de tal extremo al derecho de defensa del acusado.

Igualmente, estudiaremos el alcance y valoración que deba tener aquello que manifiesto el acusado en el uso del derecho a la última palabra, en relación con la posibilidad de suponer una enervación de la presunción de inocencia que le asiste, cuando tal manifestación no se encuentra sometida a contradicción alguna.

II. NATURALEZA DEL DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA. Y ALCANCE

Conforme nos indican RIVERO ORTIZ[2] y TRILLO NAVARRO[3], tal derecho, consagrado en el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha de entender que forma parte del fundamental derecho de defensa, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, íntimamente conectado con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, establecidos en el mismo precepto. Encontrándose, además, en el artículo 6.2 y 3c del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y el artículo 14.1 y 3d) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Según los cuales, se impide la posibilidad de condenar a alguien sin haber sido oído con anterioridad.

Se constituye, así, en una garantía del derecho de defensa, tal y como nos exponen BERBELL BUENO y RODRÍGUEZ VIDALES[4], que no puede, ni debe, ser confundido con cualquier otro momento procesal en que intervenga el acusado, como el interrogatorio, ni entenderse subsanado porque éste haya tenido lugar.

Todo ello, por cuanto, y como nos expone MAGRO SERVET[5], no se han de confundir los derechos del acusado en el juicio oral, debiéndose respetar todos y cada uno de ellos, habida cuenta se dan en momentos distintos del mismo y, por tanto, su finalidad es diferente. Y que se pueden resumir en el derecho que asiste el acusado a conocer y ser informado de la acusación que se le está planteando, a guardar silencio y

[2] RIVERO ORTIZ, Rafael, ¿El derecho a la última palabra afecta a la presunción de inocencia?, Diario La Ley, Sección Tribuna, Editorial La Ley, Madrid, enero de 2015, p. 1.

[3] TRILLO NAVARRO, Diario La Ley, abril de 2007, p. 1.

[4] BERBELL BUENO, Carlos/RODRÍGUEZ VIDALES, Yolanda, Historias de la Justicia, Ed. La Ley, Madrid, enero de 2009, pp. 8 y 9.

[5] MAGRO SERVET, Vicente, El derecho de la última palabra en el juicio de faltas, La Ley Penal, Editorial LA LEY, Madrid, abril de 20069, p. 4.

no confesarse culpable, a la presunción de inocencia, a que no se supere la petición de penas formulada frente a él y, finalmente, al uso del derecho a la última palabra.

Por tanto, se habrá de añadir a lo anteriormente expuesto que tal derecho se encuentra relacionado, también con el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en cuanto proscribe la indefensión, que se podría entender vulnerada de no acatarse la garantía procesal relativa al derecho al uso de la última palabra.

Y, consecuentemente, se habrá de entender que el derecho a la última palabra no es una mera formalidad, sino que se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de defensa, ya que se ofrece al acusado la posibilidad de matizar, refutar o confesar distintos hechos o declaraciones. Pudiendo, incluso, llegar a disentir de lo argumentado por su propia defensa en el acto del juicio.

Se funda, así, en el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído[6], llevando tal derecho hasta sus últimas consecuencias. Será al acusado a la última persona que, si él quiere, se habrá oído por parte del Tribunal antes de dictar Sentencia. Lo que evidencia que tal derecho no puede ser interpretado por parte de los Tribunales de una forma que se pueda sostener que es restrictiva para el acusado[7].

O, como nos dice LÓPEZ YAGÜES, se ha de entender tal derecho, el de la última palabra, como la última manifestación del derecho a que asiste al acusado de ejercitar su propia defensa[8].

En suma, resulta un derecho que se añade al propio de asistencia letrada que asiste al acusado, así como al de contradicción, el cual es configurado como una obligación legal en cuanto a su ofrecimiento, pero voluntario en cuanto al uso o no del mismo por parte del acusado, el cual requiere de su presencia en el Tribunal, constituyendo la última oportunidad que tiene de exculparse de la acusación que frente a él se formula. Todo ello, con un solo límite, conforme nos indica el artículo 739 de la Ley de

[6] MAGRO SERVET, Vicente, De nuevo sobre el derecho a la última palabra ante la reforma de la LECrim y el contenido del acta del juicio oral, La Ley Penal, Sección Práctica penal, Editorial LA LEY, Madrid, mayo de 2009, p. 7.

[7] MAGRO SERVET, Vicente, El Derecho a la última palabra de los acusados, La Ley, Editorial LA LEY, Madrid, 2006, p. 1.

[8] LÓPEZ YAGÜES, Verónica, La reforma del proceso penal, Ed. La Ley, Madrid, abril de 2011.

Enjuiciamiento Criminal. Cual es que por la utilización de tal derecho no se puede faltar el respeto al tribunal ni ofender a la moral[9].

Pero, lo manifestado por medio del uso de tal derecho, por parte del acusado, ¿Cómo ha de ser interpretado por parte del Tribunal? Ante la inexistencia de prueba en el acto del plenario suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia, si el acusado, en el uso de su derecho a la última palabra, reconoce la autoría de los hechos que se le están imputando. ¿Es suficiente como para entender que se puede legítimamente haber enervado su presunción de inocencia? Máxime cuando, en definitiva, tales manifestaciones que no se encuentran sometidas a ningún tipo de contradicción por las partes intervinientes. La respuesta a tales cuestiones, tal y como nos indica RIVERO ORTIZ[10], ha de ser afirmativa.

Efectivamente, como sostiene el anterior autor, se puede entender que ha existido una enervación de la presunción de inocencia perfectamente válida, ya que tal expresión supone actividad probatoria. Eso sí, siempre y cuando, obviamente, tales manifestaciones sean suficientemente convincentes como para ser entendidas como ciertas por parte del Tribunal, y no existan otros elementos que pueda hacer legítimamente dudar de la asunción de responsabilidad que se ha llevado a cabo por el acusado en tal momento procesal.

Por tanto, y habida cuenta la trascendencia de lo manifestado en fruto de tal derecho a la última palabra, a fin de dotar de mayores garantías al proceso, sostiene algún autor, como TRILLO NAVARRO[11], que como quiera que el magistrado es garante y promotor de los derechos fundamentales, se habrá de advertir al acusado del alcance que pudiera tener aquello que manifestase en el ejercicio de tal derecho, incluyendo que podría ser objeto de valoración por el Tribunal y que puede tener alcance incriminatorio.

Así, hemos podido estudiar cual es la naturaleza y alcance del derecho a la última palabra que establece el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que resultan, fruto de lo expuesto, sumamente trascendentes, pero nos restará por efectuar un breve estudio a las consecuencias de la omisión de tal derecho. Lo que se llevará a efecto en el siguiente epígrafe.

[9] MELÓN MUÑOZ, A. (DIR), Memento práctico. Procesal Penal, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 486 y 487.
[10] RIVERO ORTIZ, Diario La Ley, enero de 2015, p. 4.
[11] TRILLO NAVARRO, Diario La Ley, abril de 2007, pp. 12 y 13.

III. CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE TAL DERECHO.

Hemos podido observar la trascendencia jurídica del derecho a la última palabra, por cuanto supone expresión del derecho de defensa que asiste al acusado.

Consecuentemente, la omisión en el acto del juicio de tal trámite había sido entendida jurisprudencialmente, de forma unánime, como constitutiva de una nulidad del juicio desde inicio. De tal forma que se debería proceder a llevar a cabo un nuevo enjuiciamiento con un nuevo Tribunal que no se encontrase contaminado. Todo ello, por tratarse de una omisión trascendental en lo que a las del proceso se refiere, conforme hemos expuesto anteriormente.

Así, nos había dicho el Tribunal Constitucional que tal omisión no podría entenderse subsanado ni por el informe que hubiese efectuado el letrado defensor, ni con lo que el acusado hubiese podido manifestar al momento de efectuarse su interrogatorio, de tal forma que, como hemos indicado, la omisión del trámite vendría sancionada con la nulidad del juicio. Conforme sostiene TRILLO NAVARRO en cita de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional[12].

Esto es, se venía sosteniendo que la omisión de tal derecho no podría ser entendida de forma distinta a una vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española, conforme reiteradamente manifestó, también, el Tribunal Supremo[13].

Pero, no obstante la doctrina anteriormente expuesta, en virtud de la cual la sola omisión de tal trámite supondría la nulidad del juicio; el Tribunal Constitucional, por medio de sus Sentencias de fecha 16 de enero de 2006 y 18 de diciembre de 2007, efectuó un giro en la interpretación de la omisión de tal derecho, al definir y perfilar el mismo, en palabras utilizadas por MAGRO SERVET[14].

Así, fruto de tales resoluciones, el Tribunal Constitucional sostiene que no debe imponerse de forma automática la nulidad del juicio y que éste se deba repetir, sino que se podrá valorar si la omisión del trámite relativo a dar la posibilidad al acusado a la utilización del derecho a la última palabra, ha supuesto, de hecho, o no, una vulneración del derecho de defensa, generador de indefensión. De tal forma que si, a pesar de tal

[12] SSTC 33/2003, de 13 de febrero y 13/2006, de 16 de enero.
[13] STS de 28 de enero de 2005.
[14] MAGRO SERVET, Vicente, La Ley Penal, Sección Práctica penal, Editorial LA LEY, Madrid, mayo de 2009, p. 1.

omisión, no se producido vulneración alguna, no procederá declarar la nulidad del juicio y la vulneración de tal derecho no conllevará, en la práctica, consecuencia alguna.

Por tanto, y tal y como ahora sostiene el Tribunal Constitucional, se habrá de introducir, al formularse la denuncia de la omisión, cual ha sido el alcance de la indefensión que se hubiese podido producir fruto de no respetarse el derecho a la última palabra. Esto es, qué es lo que pudo haber dicho el acusado y no dijo en el uso de la misma, cuán importante resultaría y que trascendencia podría tener en relación con el resultado del procedimiento. De tal forma que si una vez lo anterior, se entiende por el Tribunal ad quem que no se ha generado indefensión, no se deberá tener por vulnerado el derecho de defensa del acusado, por no haberse respetado el derecho a la última palabra que le debía haber sido concedido.

Bien parece, así, que se trata, por medio de tal interpretación, de constituir una especie de prueba diabólica sobre el acusado que haya sido condenado (no parece lógico que el acusado al que no se le haya respetado tal derecho y haya resultado absuelto recurra tal omisión), por cuanto se le obliga a manifestar que es lo que, a su vez, hubiese indicado en el uso de tal derecho, valorando tal extremo el tribunal ad quem, a fin de determinar si se ha generado, o no, indefensión, con tal omisión, teniendo en cuenta lo que el acusado iba a manifestar.

Y todo ello, sin que debamos olvidar que el Tribunal ad quem, que decidirá en relación a si ha existido o no vulneración del derecho de defensa y si se ha generado indefensión, no ha intervenido en la práctica de la prueba, de tal forma que no ha gozado de la inmediación que resulta indispensable para valorar, en su conjunto, tal manifestación con el resto de la prueba que ha sido practicada. Por lo que tal respuesta puede, y debe, ser duramente contestada.

IV. CONCLUSIÓN

Conforme a cuanto ha sido expuesto a lo largo del presente estudio, podremos concluir que el derecho a la última palabra consagrado en el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, supone una manifestación del derecho de defensa del acusado, en cuanto a su derecho a ser oído por el Tribunal, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, por lo que ofrecimiento ha de entenderse como necesario, en cuanto a las garantías propias del proceso penal, ya que de lo contrario, además, se podría estar causando indefensión al acusado, proscrita en el artículo 24.1 de la

Constitución Española.

Si bien, y a pesar de lo anterior, habiendo sido unánime a lo largo del tiempo el hecho relativo a que la omisión de tal derecho supondría la nulidad del juicio con obligación de que éste se debiese volver a repetir, conformado por un nuevo Tribunal (extremo que podría, también, entenderse como vulnerador de la prohibición de bis in ídem procesal, de tal forma que lo procedente hubiese ser la revocación de la sentencia y el dictado de una nueva de sentido absolutorio); dicho criterio ha venido siendo matizado en la más reciente Jurisprudencia Constitucional, de tal forma que se viene a exigir, para entender procedente la nulidad, que se acredite por la parte recurrente que con la omisión de tal extremo se ha generado indefensión al acusado, habiéndose vulnerado su derecho de defensa.

Además, y sin perjuicio de todo lo dicho, hemos de concluir llamando la atención sobre un extremo sumamente importante, cual es la necesidad de instruir a los acusados, de las consecuencias que se podrían derivar de lo que se manifestase en el ejercicio de tal derecho, pues puede ser elemento suficiente como para enervar la presunción de inocencia y, con ello, lograr el dictado de una Sentencia condenatoria a la que podría no haberse dado lugar si el acusado no hubiese hecho ejercicio del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

BERBELL BUENO, Carlos/RODRÍGUEZ VIDALES, Yolanda, Historias de la Justicia, Ed. La Ley, Madrid, enero de 2009.

LÓPEZ YAGÜES, Verónica, La reforma del proceso penal, Ed. La Ley, Madrid, abril de 2011.

MAGRO SERVET, Vicente, El Derecho a la última palabra de los acusados, La Ley, Editorial LA LEY, Madrid, 2006.

—El derecho de la última palabra en el juicio de faltas, La Ley Penal, Editorial LA LEY, Madrid, abril de 2009.

— De nuevo sobre el derecho a la última palabra ante la reforma de la LECrim y el contenido del acta del juicio oral, La Ley Penal, Sección Práctica penal, Editorial LA LEY, Madrid, mayo de 2009.

MELÓN MUÑOZ, A. (dir.), Memento práctico. Procesal Penal, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

RIVERO ORTIZ, Rafael,¿El derecho a la última palabra afecta a la presunción de inocencia?, Diario La Ley, Sección Tribuna, Editorial La Ley, Madrid, enero de 2015.

TRILLO NAVARRO, Jesús Pórfilo, El derecho a la última palabra, en Diario La Ley, Sección Doctrina, Editorial La Ley, Madrid, abril de 2007.

* * * * *

Dra. Luisa M.ª Pérez Rúa
Fiscal sustituta, Granada. Socia de la FICP.

~Diligencias urgentes e igualdad de armas~

"*Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus la condición de un sujeto, prevista asimismo 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*"[1]. Son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, que serían meras palabras, "*derechos de papel*", sin técnicas de garantías, instituciones de garantías, por ser derechos de todos y la base de la igualdad y que en el ámbito del derecho penal se vincula y expresa la minimización del terrible poder que es el poder punitivo.[2]

De este modo, se habla de un conjunto heterogéneo de medios que el ordenamiento preveé para la protección, tutela o salvaguarda de los derechos fundamentales, ya frente a la ley, al propio legislador, ya frente a actuaciones administrativas y jurisdiccionales.

Derechos fundamentales que han sido objeto de múltiples clasificaciones pero que por su función bien pudieran ser clasificados como derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales, y si a lo que se atiende es a su estructura, a la naturaleza de la facultad que otorgan a su titular, entre éstos –y en cuanto a lo que ahora interesa- se habla de los derechos de defensa.

I. NATURALEZA DEL PROCESO PENAL Y DERECHOS QUE GARANTIZA

Sin embargo y antes de analizar lo que es objeto del presente trabajo, es preciso realizar una serie de consideraciones generales, aunque breves, en torno a nuestro

[1] FERRAJOLI, L. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Ed. Trotta. 3ª edición. Madrid. 2007, p. 37

[2] Conferencia sobre el garantismo penal, impartida por Luigi FERRAJOLI en noviembre de 2010, dentro del Congreso Internacional, El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina.

proceso penal, entendido éste como conjunto de normas procedimentales y orgánicas que propician la aplicación del derecho sustantivo al caso concreto cuya resolución se solicita, siendo el instrumento para el ejercicio del ius puniendi del Estado, a la vez que medio de garantía de los derechos de las partes.

Así, si se examina la historia de dicho proceso, se suele hablar de tres sistemas fundamentales de procedimiento: el acusatorio, el inquisitivo y el mixto.

El primero que corresponde a la concepción privada del derecho penal y cuyos caracteres fundamentales son:

a) El juez no procede por iniciativa propia, ex officio. Ni poner en marcha el procedimiento, ni investigar dentro de éste los hechos, es misión suya. Su papel consiste exclusivamente en examinar lo que las partes aporten y decidir sobre su verdad. Dirige el combate y anuncia el resultado.

b) Consiguientemente, el proceso acusatorio es contradictorio, oral y público.

c) En la decisión la comunidad está representada, no por funcionarios, sino por particulares, jueces profanos o jurados, o adscritos a una jerarquía.

El sistema inquisitivo, en el que el Estado procede de oficio, y con el mismo órgano, en la doble función de acusador y juez.

Y por último nos encontramos con un sistema mixto en el que se conjugan aquéllos otros y que se caracteriza esencialmente por la separación de la función de investigación y acusación y la función de juzgar[3], próximo al actual pero que al ajustarse a las previsiones constitucionales va a hacer que sea el juez el director de la investigación, con competencia exclusiva sobre los actos de investigación o medidas cautelares que afecten a derechos fundamentales de las personas.

Se comenzó hablando de los derechos fundamentales como forma de recalcar la importancia con que éstos cuentan en este tipo de procesos y ello puesto que las bases del mismo se asientan en todo un elenco de valores básicos de la democracia constitucional, que van a determinar que vinculen a todos los poderes del Estado, para su protección, tutela o salvaguarda.

De este modo, es el art. 24 de la Constitución Española el que contiene dos grupos de derechos, uno que hace referencia a un derecho de acceso a los tribunales y otro

[3] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA; Derecho Procesal Penal. 10ª ed. Madrid 1987, p. 117 y ss.

grupo que se detalla en su numero segundo en el que se reseñan las garantías constitucionales clásicas del proceso penal, tales como la predeterminación del juez, defensa, presunción de inocencia, y otros, entre los que cobra especial importancia el derecho a un proceso con todas las garantías, la posibilidad de contradicción que se complementa con el de la igualdad de partes, o como expresa el art. 6 CEDH un "derecho a un proceso equitativo".

Por otro lado, es el art. 14 CE, el que proclama el principio de igualdad, que no tiene un sentido descriptivo sino siempre prescriptivo que se refiere exclusivamente a la esfera jurídica, es decir, a los criterios empleados para la asignación de derechos y deberes, que operan como término de comparación[4], de tal manera que cualquier discriminación que pudiera otorgarse dentro del proceso a favor de una de las partes y en detrimento de la otra, provocaría, en principio, la vulneración de aquélla norma constitucional, salvo que la discriminación o privilegio procesal gozaran de una justificación objetiva y razonable, eso si, siempre que ésta no produzca la violación de otros derechos fundamentales.

II. LAS PARTES DEL PROCESO

Si hablamos de parte en el proceso penal, de parte formal sin más, es quien va a actuar pidiendo al órgano judicial el dictado de una resolución puesto que va a promover la actuación de éste aportando el material para la resolución del contenido determinado que postula, de tal manera que atendiendo a la posición procesal que va a ocupar en el proceso se va a poder hablar de la necesidad de que existan, al menos, dos posiciones y de que éstas estén enfrentadas, de tal manera que se refleje en el proceso una parte activa y una pasiva.

La activa que generalmente vendrá ejercida por el Ministerio Fiscal como órgano público instituido por el Estado en función de la justicia pero independiente del órgano jurisdiccional, con quien coopera y que constituye la pieza fundamental y característica del sistema procesal, pero que no monopoliza esta posición dado que en dicha posición activa también cabe el acusador particular (por descontado el acusador privado y el popular) y en cuyo caso estaremos ante un litisconsorcio activo, pero que aún así, no le impone una actuación conjunta de modo necesario.

[4] DÍEZ-PICAZO; Sistema de Derechos Fundamentales. 1ª ed. Thomson, Civitas. Madrid 2003, p. 178.

La pasiva, que es aquélla contra la que se formula la acción penal, contra la que se dirige el proceso, el sujeto de la relación procesal contra quien se procede.

Son los avatares políticos que va a atravesar España, los sucesivos cambios de régimen, monárquico, dictatorial, republicano, los que durante un largo periodo de tiempo van a provocar toda una serie de cambios en la configuración institucional en la figura del Ministerio Fiscal, hasta que en el año 1978 aparece el texto constitucional que en su art. 124 va a enunciar sus principios básicos, describir sus funciones y determinar su estructura, aunque se va a olvidar de hacer mención alguna acerca de qué es, pero que a la postre se va a considerar como un órgano de relevancia constitucional y con personalidad jurídica propia integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, único para todo el Estado y cuya actuación se va a regir por los principios de legalidad e imparcialidad (con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados), en las funciones que le atribuirá el art. 3 de su Estatuto Orgánico, siendo precisamente la más importante "*la de ejercer la acción penal, la cual consiste tanto en iniciar el proceso penal frente a persona sospechosa de haberse cometido un delito, cuanto a acusarla formalmente si ha lugar para ello (arts 650, 780 y 800 LECrim)*"[5].

Sin entrar en disquisiciones sobre esta cuestión, por otro lado compleja, lo cierto es que tal y como está formulada la figura del Ministerio Fiscal, el proceso penal parece centrarse entre un modelo de Juez instructor y un Fiscal investigador para el ejercicio de la acción penal, de marcado carácter acusatorio y cuyo punto de partida se encuentra en el moderno constitucionalismo.

Conformado el proceso con la parte acusatoria y la defensa, se va a estimar cumplido ese principio de igualdad de armas, cuando en la actuación procesal, tanto el acusador como el investigado gozan de los mismos medios de ataque y de defensa en idénticas posibilidades y carga de alegación, prueba e impugnación[6].

III. PARIDAD ENTRE ACUSACIÓN Y DEFENSA EN LAS DILIGENCIAS URGENTES

Los Códigos Procesales decimonónicos fijaban en el momento de la apertura del juicio oral, el trámite preceptivo de la obligada intervención del abogado de la defensa,

[5] ASENCIO MELLADO; Derecho Procesal Penal. 7ª edición. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015, p. 31

[6] GIMENO SENDRA; Manual de Derecho Procesal Penal. 1ª ed. Castillo de Luna, Ediciones Jurídicas. Madrid 2015, p. 76

para a continuación, el encuadramiento del principio de igualdad de armas en el derecho a un proceso con todas las garantías, obligar al órgano judicial a ser respetuoso con el cumplimiento del mismo en las actuaciones procesales, esto es, sin lugar a dudas en el juicio oral y en la prueba, centrándose en este caso en los escasos supuestos de prueba, para luego alcanzar al momento de la imputación formal.

Pero es la reforma operada en el año 2015 la que acaba con la lógica inquisitorial obsesionada por la eficacia de la persecución penal que ha impregnado las representaciones sociales sobre las instituciones procesales y en muchas ocasiones motivadores de la práctica policial y forense, que ha llegado a ser percibida en muchas ocasiones "*como un inconveniente, una concesión formal necesaria para la liturgia que envuelve el proceso, pero molesta y perturbadora*"[7].

Es por ello por lo que sobre la base de que los derechos fundamentales son derechos de todos y la base de la igualdad, y la afirmación de que sin garantías penales y procesales, no sólo se produce el peligro para la libertad de los ciudadanos sino también no se produce la verificación de la verdad, la razón por la cual se ha de partir ahora de que en el proceso penal, todos los ciudadanos y con independencia de la posición que ocupen en el mismo (denunciante, víctima, investigado, procesado, etc), han de recibir idéntico tratamiento por parte de los órganos jurisdiccionales.

En especial, en el tratamiento de la prueba por cuanto que si la prohibición de indefensión es una garantía general que implica el respeto del esencial principio de contradicción en el proceso, el art. 24 CE reconoce los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa, el derecho a aquélla igualdad de armas y el de defensa contradictoria de las partes, lo que supone es que han de tener la misma posibilidad de ser oídas y acreditar, mediante los oportunos medios de prueba, lo que convenga a la protección de sus derechos e intereses legítimos (por todas, SSTC 231/1992 y 273/1993), debiendo el órgano judicial mantener el equilibrio y equidistancia de las acusaciones y defensas concediendo a ambas la posibilidad de someter a dicho debate contradictorio sus tesis, y lo que es más importante, como anteriormente se apuntó, sus pretensiones probatorias.

Conocido es que en el proceso penal, es común imponer a la defensa ciertas cargas probatorias similares, correlativas o análogas a las de la acusación, de manera

[7] MARCHENA GÓMEZ / GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO; La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015. 1ª ed. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna. Madrid 2015, p. 94

que a la acusación le va a corresponder la carga de probar la hipótesis acusatoria por encima de cualquier duda razonable (el hecho punible que se le atribuya, la participación en éste por parte del investigado o procesado, la culpabilidad), mientras que la defensa va a tener que probar la hipótesis de descargo, sea cual fuere ésta en la que se fundamente. Eso si, teniendo en cuenta cuál es la parte que está en mejores condiciones de demostrar la tesis que mantenga en el proceso, puesto que además existe un amplio consenso doctrinal y jurisprudencial respecto a que en todo caso, nadie está obligado a probar la propia inocencia.

Centrándonos en lo que es objeto de consideración, es la Ley 38/2003, la que va a dar entrada en nuestro ordenamiento a los llamados Juicios Rápidos, que van a proceder ante la comisión de delitos castigados con penas privativas de libertad no superiores a cinco años o cualesquiera otras cuya duración no exceda de diez años siempre que se den determinadas condiciones como que el proceso se incoe en virtud de atestado policial, que el investigado se halle a disposición del Juzgado de guardia, bien por haber sido detenido o citado para comparecer ante el mismo, que se trate de delitos flagantes o cuya instrucción se presuma sencilla y que se concentre en ese Juzgado de guardia o que aún no siéndolo, se persiga cualquiera de los delitos previstos expresamente en el art. 795.1-2ª LECrim, de tal manera que se propicie bien la llamada conformidad del acusado que supondrá automáticamente la reducción de la pena que se solicite por la acusación y que sea aceptada, en un tercio, ya un enjuiciamiento inmediato ante el Juzgado de lo Penal correspondiente, en un plazo no superior a quince días.

Por su parte, la inmediatez y aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia que persiguió la reforma procesal con la introducción de ese proceso, puede llegar a chocar con la preservación que merecen aquéllos derechos fundamentales que antes se enunciaron, puesto que si se parte del hecho de la existencia de distintas clases de guardias en los Juzgados de Instrucción en atención al número de órganos judiciales con que se cuente en el partido judicial, pudiendo ser de periodicidad diaria hasta llegar a abarcar una periodicidad semanal, ello puede incidir a la hora de adoptarse la resolución de que habla el art. 798 LECrim.

Establece la Ley procesal que contra el auto de incoación de diligencias urgentes a llevar a efecto ante el Juzgado de guardia, no cabe recurso alguno y que en el mismo se habrán de acordar todo un elenco de diligencias de prueba (art. 797 LECrim) tendentes al esclarecimiento de los hechos, de su tipificación o no, y de la autoría por parte de

quien figure como investigado. Pero siempre, lo va a ser sobre la base de ese atestado policial que le ha sido presentado y en atención a los datos que en éste se hayan hecho constar.

Así, aún cuando ninguna duda alberga que "*El Abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido en todas las actuaciones que se verifiquen ante el Juez de guardia*" y que va a disponer de copia de cuantas actuaciones se hayan realizado o se realicen en el mencionado Juzgado de guardia (art. 797.3 de la citada Ley procesal), no va a ser hasta la celebración de la comparecencia que refiere el artículo siguiente, el 798, cuando se deberá oir a las partes para que se pronuncien (oralmente y no por escrito) sobre la suficiencia de las diligencias practicadas tendentes al esclarecimiento de si se cumplen aquéllos presupuestos (tipicidad, autoría, culpabilidad, etc) para la continuación o no del proceso, esto es y esencialmente, si procede ratificar las diligencias urgentes, convertirlas en diligencias previas del procedimiento ordinario, archivo, transformación a delito leve y demás. Siempre, dentro del plazo preclusivo de duración de aquél servicio de guardia, con la salvedad de su ampliación adicional por setenta y dos horas cuando dicho servicio no sea permanente y tenga una duración superior a las veinticuatro horas (art. 799 LECrim).

¿Qué ocurre si el Ministerio Fiscal y las demás partes acusadoras, si las hubiera, consideran suficientes las diligencias practicadas puesto que determinan provisionalmente los hechos punibles e identifican la persona o personas a quienes se los imputan, y la defensa se opone interesando la práctica de diligencias de prueba para desvirtuar, sirva de ejemplo, la no concurrencia de algún elemento del tipo penal, de error, causa de exención de responsabilidad, de su mera atenuación, de la ausencia de culpabilidad, de la no autoría, etc., y el Juez de guardia dicta auto en los términos en que las acusaciones le han interesado?.

Para empezar, este auto que se plasmará por escrito, no es susceptible de recurso, como tampoco lo va a ser el consiguiente auto de apertura de juicio oral, abocando necesariamente a la defensa a enfrentarse a la vista oral que se celebrará dentro de aquéllos quince días siguientes a los que antes se aludió y a la que, por causa de la celeridad del proceso, se le ha privado de un verdadero ejercicio del derecho de defensa y respecto al cual, salvo que expresamente se interpongan oralmente los recursos admitidos en derecho en cuanto a la denegación de la prueba interesada y se alegue una

clara vulneración de lo dispuesto, cuando menos, en aquél art. 24 de la Constitución Española, tampoco permitirá el planteamiento posterior y ante el órgano de enjuiciamiento, de una posible indefensión y, consecuencia de ello, la nulidad de aquélla resolución tomada ante el juzgado de guardia.

Paralelamente, el derecho de defensa, que ha sido objeto de un gran reforzamiento a través de la modificación del articulado de la Ley procesal, va a permanecer en este proceso de diligencias urgentes, también ligeramente cuestionado, pues si a mayores de esa denegación de prueba, la defensa opta, porque así se prevee, por pedir el plazo de cinco días para la presentación del escrito de defensa, su concesión por parte del juez de guardia es obligatoria. Sin embargo, se va a presentar ya, no en este Juzgado, sino ante el Juzgado de lo Penal correspondiente, luego ¿y si no dispone la defensa de datos suficientes para que por el juzgado de guardia se proceda a la citación de testigos o peritos que tenga la intención de proponer para el acto del juicio, y presentado el escrito de defensa ante el Juzgado de lo Penal, proponiendo que éstos sean citados a la vista, se rechaza su pretensión por la inmediatez de la celebración de la vista?.

Las variantes que en este sentido se pueden llegar a plantear son numerosas, pero en todo caso, tienen una clara incidencia en los principios analizados de contradicción y de igualdad de armas en el proceso, puesto que si bien una justicia ágil y eficiente, es una senda importante y un logro en un Estado moderno, también lo es una justicia segura que inspire confianza e igualdad tanto de la víctima, como del investigado, por transmitirse claramente la idea de fortalecimiento del derecho de defensa, por ser el sujeto pasivo una verdadera parte del proceso penal y que tal y como está configurado el proceso penal que se acaba de ver en grandes pinceladas, bien puede ser medianamente cuestionado, por no protegerse ya al más débil en ese estadio procesal y que además ya no es un mero investigado, sinó acusado, pero respecto al cual se ha marcado una clara falta de equidistancia respecto a la acusación que bien puede determinar la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en un sentido efectivo y material del concepto.

* * * * *

Sacramento Ruiz Bosch
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~El delito de administración desleal de patrimonios ajenos~

I. INTRODUCCIÓN

La estructura del delito de administración desleal de patrimonios ajenos en el derecho español vigente es un producto de la interpretación jurisprudencial de los anteriores artículos 252 y 295 del Código Penal, relativos a la apropiación indebida el primero de ellos, y a la administración desleal societaria el segundo[1].

Antes de la reforma del Código Penal de 1995 por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se tipificaba la administración desleal como un delito societario en el artículo 295[2].

MUÑOZ CONDE resaltaba la necesidad de tipificación de esta conducta, que ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia, ante la impunidad con que con anterioridad a la entrada en vigor del ya derogado artículo 295 del Código Penal, podían producirse acciones perjudiciales para un patrimonio ajeno confiado al autor, al no poder subsumirse en el delito de estafa, básicamente por la inexistencia de engaño previo, sino de una ruptura de la confianza, y aun en los supuestos en que pudiera darse el engaño, porque quien engaña es la misma persona que realiza la disposición patrimonial, y porque tampoco se dan siempre los elementos de la apropiación indebida, pues generalmente no se trata de la apropiación de dinero o cosas muebles entregadas por un título que obligue a devolver, sino de actos de disposición que afectan a derechos patrimoniales en general, y no a la propiedad de cosas determinadas[3].

PUEYO RODERO también advertía que el art. 295 del Código de 1995, debido a sus complejas interferencias con el delito de apropiación indebida de dinero aconsejaba una reforma legislativa que debiera regular, de modo general, la administración desleal de

[1] BACIGALUPO ZAPATER, E., La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal,, Diario La Ley, nº 8637, de 3 de noviembre de 2015, p. 1.
[2] ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), La Ley Penal nº 121, julio-agosto 2016, p. 2.
[3] MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 505.

todo patrimonio separado (societario o no) y, al mismo tiempo, establecer un tipo agravado cuando dicha conducta se produjera en el ámbito societario[4].

La reforma de 2015 dejó sin contenido el artículo 295 del Código Penal, desplazando el delito de administración desleal al ámbito de los delitos patrimoniales, diferenciándolo a su vez del delito de apropiación indebida al ubicar ambos en el mismo Título y Capítulo, pero en Secciones independientes[5].

En efecto, la reforma de 2015:

1) modificó el tipo de apropiación indebida (artículos 253 y 254);

2) derogó el delito societario de administración desleal (artículo 295);

3) introdujo un delito de administración desleal genérico (art. 252); y

4) configuró el delito de malversación de caudales públicos como una modalidad de administración desleal del patrimonio público cometida por autoridad o funcionario público (art. 432).[6]

Actualmente el artículo 252 del Código Penal castiga a los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

Este precepto establece que:

> "1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.
>
> 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses."

Con anterioridad a la reforma de 2015, el artículo 295 del Código Penal castigaba al administrador de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida

[4] PUEYO RODERO, J. A., Aproximación al delito societario de administración desleal, en ECHANO BASALDUA, J. I. (coord.), Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 495-511.

[5] ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., Los delitos, La Ley Penal nº 121, julio-agosto 2016, p. 2.

[6] PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. Una aproximación a su fundamento y límites (1), La Ley Penal nº 128, septiembre-octubre 2017, p. 1.

o en formación que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispusieran fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrajeran obligaciones a cargo de ésta, causando directamente un perjuicio evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

El Código Penal sólo contaba con un tipo de apropiación indebida en cuya modalidad de distracción se subsumían algunas deslealtades consistentes en la disposición no justificada del patrimonio administrado. El Legislador sólo tomaba en consideración la relación de administración en cuanto generadora de un título de posesión lícita a efectos de apropiación indebida[7].

Como argumenta la Sala II del Tribunal Supremo en la recientísima Sentencia núm. 772/2017, de 29 de noviembre "Del examen de ambas redacciones resulta sin dificultad que las conductas que antes encontraban acomodo en el artículo 295, pueden subsumirse ahora en el artículo 252. Pues en éste no se estrechan los límites de la conducta típica, sino que, al contrario, se suprime la exigencia de que el autor del hecho sea un administrador, de hecho o de derecho, de una sociedad, por lo que puede serlo todo el que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno con independencia de quien sea su titular; no se exige que actúe en beneficio propio o de tercero, sino que basta con que de la infracción de las facultades resulte un perjuicio para el patrimonio administrado; no se limita la conducta típica a la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o a la contracción de obligaciones a cargo de ésta; e incluso desaparece la mención a que el perjuicio sea evaluable."

En el nuevo artículo 252 se incorpora "un supuesto de administración desleal de mayor amplitud que el anteriormente vigente, ya que no se limita al ámbito societario y a unas concretas modalidades de conducta, sino que alcanza a cualquier persona que tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno" (STS, Sala II, núm. 739/2017, de 16 de noviembre).

[7] PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., El deber de gestión leal, La Ley Penal nº 128, septiembre-octubre 2017, p. 1.

II. ANÁLISIS DEL ACTUAL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIOS AJENOS.

1. Sujeto activo

BACIGALUPO ZAPATER sostiene que el nuevo delito de administración desleal es un delito especial propio, y por tanto, solamente pueden cometerlo los que reúnan los elementos característicos del administrador, es decir, la deslealtad exigida en el tipo penal solamente puede haber sido cometida por quien tenga facultades para administrar un patrimonio ajeno[8]. Para quienes sostienen esta postura, el obligado por el deber de lealtad siempre responde a título de autor, con independencia de la relevancia de su aportación, y en cambio, los sujetos no obligados por el deber de custodia patrimonial únicamente podrán ser partícipes (cómplices o inductores)[9].

La condición de autor del delito de administración desleal vendrá determinada por la posesión y el ejercicio de facultades de administrar el patrimonio en cuestión, y ello con independencia de la denominación del cargo, siendo indiferente el origen de la designación (legal, judicial, administrativa, testamentaria o contractual), si bien en el caso de designación por disposición inmediata de la ley o nombramiento de la autoridad competente, habrá de atenderse a la naturaleza del patrimonio administrado para descartar que suponga ejercicio de funciones públicas y que, por tanto, nos pudiéramos encontrar ante un delito de malversación[10].

En el Código Penal no existe una definición del administrador, pero del artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital se infiere que es administrador, en general, quien tiene facultades de gestionar y de representar un patrimonio ajeno[11].

El núcleo del tipo penal viene conformado por la infracción del deber de lealtad que incumbe al administrador, lo que determina el carácter de delito especial propio. La reforma de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, tiene una especial relevancia en relación a este nuevo delito de administración desleal de patrimonios ajenos y en el ámbito del derecho penal de las sociedades, pues introduce una serie de

[8] BACIGALUPO ZAPATER, E., La reforma, Diario La Ley, nº 8637, de 3 de noviembre de 2015, p. 2.
[9] PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., El deber de gestión leal, La Ley Penal nº 128, septiembre-octubre 2017, p. 12.
[10] RAMOS RUBIO, C., El nuevo delito de administración desleal en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 532.
[11] BACIGALUPO ZAPATER, E., La reforma, Diario La Ley, nº 8637, de 3 de noviembre de 2015, p. 2.

deberes de diligencia, de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto de interés, que en realidad no son sino una variedad de los deberes de lealtad[12].

2. Sujeto pasivo

La condición de sujeto pasivo vendrá determinada por la titularidad exclusiva o compartida del patrimonio administrado. En el caso de masas patrimoniales sin titular, como puede ser una herencia yacente, o de entidades sin personalidad jurídica, será preciso acudir a determinadas ficciones en virtud de lo dispuesto en los artículos 6.4º y 7.5 y 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[13].

Entiende PUEYO RODERO que pueden ser sujetos pasivos de este delito los terceros titulares de intereses patrimoniales sobre el patrimonio administrado del que no son titulares, siempre que el patrimonio administrado por el sujeto activo sea ajeno para éste, como sucede, por ejemplo, en los casos de administración desleal de patrimonios separados protegidos o autónomos, en los que ni el administrador ni los beneficiarios son titulares de dicho patrimonio, aunque éstos últimos tengan evidentes intereses patrimoniales en su correcta administración, pudiendo así resultar perjudicados por la gestión desleal[14].

3. Bien jurídico protegido

El nuevo delito de administración desleal protege el patrimonio ajeno, tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas[15].

Este tipo penal es un delito patrimonial, no sólo por su ubicación sistemática entre los delitos patrimoniales y por el tenor literal del precepto, sino porque el elemento de la deslealtad no contiene un injusto propio adicional de menoscabo de la confianza, sino que dicho menoscabo es el modo de atacar los intereses patrimoniales administrados[16].

A los efectos del título XIII del Libro II del Código Penal, MUÑOZ CONDE define el patrimonio como "un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero". Así

[12] BACIGALUPO ZAPATER, E., La reforma, Diario La Ley, nº 8637, de 3 de noviembre de 2015, p. 3.

[13] RAMOS RUBIO, C., El nuevo delito, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 533.

[14] PUEYO RODERO, J. A., Aproximación al nuevo delito de administración desleal. Interferencias con la apropiación indebida de dinero, en Cuadernos Penales José María Lidzón, núm. 13, Modificaciones sustantivas en Derecho penal y el Estatuto de la víctima, Universidad de Deusto, Bilbao, 2017, p. 56.

[15] ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., Los delitos, La Ley Penal nº 121, julio-agosto 2016, p. 7.

[16] PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., El deber de gestión leal, La Ley Penal nº 128, septiembre-octubre 2017, p. 4.

pues, es necesario que el patrimonio tenga un valor económico estimable en dinero. Pero lo que caracteriza el concepto penal de patrimonio es tanto el valor económico como la protección jurídica que se le brinda a la relación de la persona y la cosa, defendiendo el autor una concepción mixta jurídico-económica del patrimonio.[17]

La concepción mixta del patrimonio se caracteriza por la doctrina de la siguiente manera:

a.- Sólo pueden ser objeto material de un delito patrimonial aquellos bienes dotados de valor económico.

b.- Para ser sujeto pasivo no basta con tener una relación meramente fáctica con la cosa, sino que es preciso que el sujeto esté relacionado con ella en virtud de una relación protegida por el ordenamiento jurídico.

c.- El perjuicio patrimonial es toda disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona[18].

4. Objeto

El objeto de este delito es el patrimonio ajeno.

A la hora de distinguir si nos encontramos ante un delito de administración desleal o ante un delito de apropiación indebida deberemos analizar la relación del sujeto activo y el objeto, de manera que si el sujeto activo ostenta facultades de gestión nos encontraremos ante un supuesto de administración desleal, pero, si el sujeto activo posee una obligación concreta sobre un bien, nos encontraremos ante un supuesto de apropiación indebida.

La gestión desleal de un patrimonio propio que perjudica intereses patrimoniales ajenos queda extramuros de este delito[19].

Por patrimonio debemos entender "el conjunto de bienes, de derechos y de obligaciones, incluyendo las expectativas razonables de beneficio o ganancia, pertenecientes a una determinada persona, física o jurídica, pudiendo tener también carácter colectivo"[20].

[17] MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 pp. 352-353.
[18] MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 p. 353.
[19] ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., Los delitos, La Ley Penal nº 121, julio-agosto 2016, p. 7.
[20] RAMOS RUBIO, C., El nuevo delito, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) Comentario a la Reforma Penal de 2015", Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 534.

No se precisa que las facultades de administración del sujeto activo tenga encomendadas abarquen a todos los elementos que componen un determinado patrimonio, sino que pueden limitarse a determinados elementos patrimoniales del mismo[21].

5. Conducta típica

La conducta típica consiste en infringir las facultades para administrar un patrimonio ajeno (emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico) excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causar un perjuicio al patrimonio administrado.

Para MAGRO SERVET la materialización del delito consiste en:

1) Infringir estas facultades excediéndose en el ejercicio de las mismas,

2) Quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad o asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza.[22]

El artículo 252 del Código Penal no se limita a sancionar las conductas del administrador consistentes en disponer o contraer obligaciones, sino a todo uso desleal de las facultades de administración idóneo para perjudicar el patrimonio administrado. Las facultades de disponer y contraer obligaciones son esenciales, pero no las únicas, pues el concepto de administración abarca "toda facultad de adoptar decisiones sobre el patrimonio administrado, entre las que se cuenta, por ejemplo, la de omitir determinadas acciones obligatorias con efectos lesivos sobre éste"[23].

El exceso en el ejercicio de las facultades de administración ha de entenderse como cualquier infracción del empleo de dichas facultades, sin que ello implique una expropiación definitiva de los bienes. El criterio diferenciador entre la apropiación indebida y la administración desleal es que en la primera la disposición de los bienes tiene carácter definitivo en perjuicio de su titular, en tanto que en el delito de

[21] RAMOS RUBIO, C., El nuevo delito, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 534.
[22] MAGRO SERVET, V., Incidencia de la próxima reforma del Código penal en el mundo de la empresa, La Ley Penal nº 113, marzo-abril 2015. Delitos de Corrupción, p. 5.
[23] ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., Los delitos, La Ley Penal nº 121, julio-agosto 2016, p. 8.

administración desleal existe un mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular, pero sin pérdida definitiva de los mismos[24].

Este tipo penal requiere la existencia de un exceso en el ejercicio de las facultades de administración, y no una simple infracción de los deberes de administración. En opinión de ANDRÉS DOMÍNGUEZ esto impide la comisión por omisión del delito de administración desleal, pues el precepto tipifica el "exceso" en el ejercicio y no el "defecto" en el mismo[25].

En sentido contrario, PASTOR MUÑOZ y COCA VILA, sostienen que hay omisiones que sí pueden ser constitutivas de este delito, como la omisión del cobro de créditos, la omisión de la información a la sociedad del descubrimiento de "cajas negras", etc.[26].

Entienden además estos autores que resulta complejo determinar exactamente el alcance de la actuación debida del administrador, es decir, el alcance de su posición de garantía, que es el referente para afirmar la relevancia penal de la omisión, y consideran que los deberes derivados de la posición de garantía que preconiza el artículo 252 del Código Penal son deberes negativos, esto es, deberes de no lesionar la esfera jurídica del titular de los intereses que se administran[27]. Para BACIGALUPO SABATER se deberán tener en cuenta los deberes de lealtad y diligencia de los administradores introducidos por la reforma de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014.[28]

6. Elemento subjetivo

El delito de administración desleal de patrimonios ajenos es un tipo doloso.

Aunque es suficiente el dolo eventual, éste debe abarcar necesariamente la existencia del deber de custodia infringido y la causación del daño, aunque no su entidad o importancia[29].

Pero el delito de administración desleal no requiere ánimo de lucro en el autor, ni de otros elementos subjetivos específicos añadidos al dolo, configurándose como un

[24] ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., Los delitos, La Ley Penal nº 121, julio-agosto 2016, p. 8.
[25] ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., Los delitos, La Ley Penal nº 121, julio-agosto 2016, p. 8.
[26] PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., El deber de gestión leal, La Ley Penal nº 128, septiembre-octubre 2017, p. 4.
[27] PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., El deber de gestión leal, La Ley Penal nº 128, septiembre-octubre 2017, p. 4.
[28] BACIGALUPO ZAPATER, E., La reforma, Diario La Ley, nº 8637, de 3 de noviembre de 2015, p. 3.
[29] RAMOS RUBIO, C., El nuevo delito, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) Comentario a la Reforma Penal de 2015", Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 534.

delito de daños con infracción de deber al haberse suprimido del tipo la imposición de que el delito se cometiera en beneficio propio o de un tercero[30].

7. Delito de resultado

El resultado es el perjuicio patrimonial.

La conducta típica descrita (infringir las facultades para administrar un patrimonio ajeno excediéndose en el ejercicio de las mismas) debe causar un perjuicio al patrimonio administrado. El tipo se configura por tanto como un delito de resultado lesivo[31].

El perjuicio debe entenderse en sentido patrimonial o económico, como ocurre en la apropiación indebida o la estafa, a cuyo marco punitivo se remite el delito de administración desleal[32].

Entiende la doctrina que en el perjuicio patrimonial habrá de incluirse tanto el daño emergente como el lucro cesante o ganancia dejada de percibir.

8. Remisión penológica

Al configurarse el delito de administración desleal como una defraudación patrimonial de resultado lesivo, la penalidad se establece en iguales términos que la apropiación indebida y la estafa. La remisión penológica al artículo 249 del Código Penal debe entenderse comprensiva no sólo de la pena sino también a los criterios de determinación de la pena referidos en dicho precepto[33].

9. El delito leve de administración desleal de patrimonios ajenos

Establece el apartado 2 del artículo 252 del Código Penal que "Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses".

La reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 22 de junio, superando la clásica distinción de las infracciones penales entre delitos y faltas, ha suprimido esta última categoría mediante la derogación del Libro III y la conversión

[30] PUEYO RODERO, J. A., Aproximación, Universidad de Deusto, Bilbao, 2017, pp. 55-57.
[31] PUEYO RODERO, J. A., Aproximación, Universidad de Deusto, Bilbao, 2017, p. 56.
[32] PUEYO RODERO, J. A., Aproximación, Universidad de Deusto, Bilbao, 2017, p. 56.
[33] PUEYO RODERO, J. A., Aproximación, Universidad de Deusto, Bilbao, 2017, pág. 55.

de las faltas que se encontraban anteriormente previstas, bien en cuestiones meramente civiles, bien en infracciones administrativas, o bien en delitos leves[34].

No obstante el Código Penal actual mantiene la tradicional clasificación tripartita de las infracciones penales, pero ahora distinguiendo entre delitos graves, delitos menos graves y delitos leves[35].

La definición legal de los delitos leves viene recogida en el artículo 13.3 del Código Penal que refiere que "Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve", es decir, las infracciones penales castigadas con las penas establecidas en el artículo 33.4 del Código Penal.

La comisión de delitos leves no genera antecedentes computables para la agravante de reincidencia (art. 22 CP), ni relevantes para la suspensión de la pena de un delito posterior (art. 80.2.1º CP)[36].

III. CONCLUSIONES

En general la doctrina ha valorado positivamente la reforma del delito de administración desleal llevada a cabo en 2015, anteriormente circunscrita, como hemos visto, al ámbito societario. El nuevo tipo penal aborda de forma global la gestión desleal de patrimonios ajenos.

Así, BACIGALUPO considera que la derogación del artículo 295 del Código Penal y la inclusión entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico del nuevo artículo 252 del Código Penal ha sido un acierto, pero critica que el Legislador haya cometido el error de mantener como objeto de la apropiación indebida el dinero recibido, que por ser una cosa fungible no es susceptible de apropiación como cosa ajena[37].

Entiendo, tal y como expone PUEYO RODERO, hubiera sido aconsejable que la reforma de 2015 recogiera además del tipo básico y del delito leve de administración desleal de patrimonios ajenos, un tipo agravado relativo al ámbito societario,

[34] MARCHENA GÓMEZ, M./ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 407.

[35] HERNÁNDEZ GARCÍA, J./RAMÍREZ ORTIZ, J.L., Las consecuencias procesales de la reforma, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) Comentario a la Reforma Penal de 2015", Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 242.

[36] MARCHENA GÓMEZ, M./ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 408.

[37] BACIGALUPO SABATER, E., La reforma, Diario La Ley, nº 8637, de 3 de noviembre de 2015, p. 6.

precisamente por la importancia de dichas conductas cuando afectan al ámbito económico-financiero.

Por otra parte, como expone DOLZ LAGO, resulta interesante remarcar que aunque es creencia general que la reforma de 2015 sólo se ha referido a la derogación del delito del artículo 295 del Código Penal relativo a la administración desleal y a su sustitución por el nuevo delito genérico de administración desleal de patrimonios ajenos del artículo 252, sin embargo, las continuas referencias de normas extrapenales, preferentemente mercantiles y económico-financieras a las que se remiten todos los delitos societarios y los numerosos cambios legislativos llevados a cabo en nuestro país entre los años 2013 y 2015 en estas materias, han supuesto que todos los delitos societarios hayan sufrido importantes modificaciones.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADAS.-

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), La Ley Penal nº 121, julio-agosto 2016.

BACIGALUPO ZAPATER, E., La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal, Diario La Ley, nº 8637, de 3 de noviembre de 2015.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J./RAMÍREZ ORTIZ, J. L., "Las consecuencias procesales de la reforma" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) Comentario a la Reforma Penal de 2015", Aranzadi, Pamplona, 2015.

MAGRO SERVET, V., Incidencia de la próxima reforma del Código penal en el mundo de la empresa, La Ley Penal nº 113, marzo-abril 2015. Delitos de Corrupción.

MARCHENA GÓMEZ, M./ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RAMOS RUBIO, C., "El nuevo delito de administración desleal" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) Comentario a la Reforma Penal de 2015", Aranzadi, Pamplona, 2015.

PASTOR MUÑOZ, N./COCA VILA, I., El deber de gestión leal como eje central del nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP. Una aproximación a su fundamento y límites (1), La Ley Penal nº 128, septiembre-octubre 2017.

PUEYO RODERO, J. A., Aproximación al delito societario de administración desleal, en ECHANO BASALDUA, J. I. (coord.), Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

PUEYO RODERO, J. A., Aproximación al nuevo delito de administración desleal. Interferencias con la apropiación indebida de dinero, en Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 13, Modificaciones sustantivas en Derecho penal y el Estatuto de la víctima, Universidad de Deusto, Bilbao, 2017.

DOLZ LAGO, M. J., Los delitos societarios ante la legislación gatopardiana de la crisis económica (años 2013 a 2015). Síntesis (1), Diario La Ley, nº 8874, de 1 de diciembre de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, núm. 772/2017, de 29 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, núm. 739/2017, de 16 de noviembre.

* * * * *

Daniel Sánchez Romero
Letrado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera.
Socio de la FICP.

~Garantías procesales en el ámbito penal: los principios de inmediación y contradicción. Casuística general~

I. INTRODUCCIÓN

Entrando de lleno en el proceso penal, podemos observar como principios informadores básicos los de inmediación, oralidad, concentración, contradicción y publicidad, artículo 229 LOPJ, consistiendo la garantía de la inmediación en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que le corresponda su valoración[1].

La aplicación práctica de estos principios informadores se resume en la condición de que será en el Juicio oral, donde tendremos que desahogar todos los medios de prueba que hayan sido admitidos en la etapa intermedia, llevando a presencia del Juzgador la versión jurídica de la fuente de información, lo que significa que será la parte, el testigo o el perito, quienes deberán de concurrir para declarar, con la finalidad de que el tribunal acceda al conocimiento directo e inmediato de lo que la fuente de la información aporte en términos de relato de los hechos.

Dicho lo cual, podemos comprobar cómo la inmediación adquiere una verdadera transcendencia en relación con las pruebas caracterizada por la oralidad, de modo que su dimensión de garantía constitucional, artículo 24 CE, resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean prioritariamente orales, artículo 120.2 CE[2]

Por todo ello, resulta importante resaltar que, los principios de inmediación y de contradicción significa volcar en fase de juicio oral, todos los medios de prueba recabados y admitidos legalmente, sometidos a un contexto contradictorio por la contraparte que será la encargada de vigilar la calidad de la información que se vierte en el mismo, siendo el Juzgador en última instancia, quien valore la credibilidad de las mismas y le permitan asignarle un valor coherente con la apreciación directa que es capaz de efectuar en ese contexto contradictorio.

[1] Por todas, STC 16/2009, de 26 de enero.
[2] STS 323/2013, de 23 de abril.

Sobre este concepto, vamos a analizar los principio de contradicción y de inmediación y su aplicación práctica, sobre la base de lo establecido por la Ley y la Jurisprudencia emanada al respecto.

II. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Este principio podemos encuadrarlo dentro de la idea de un proceso penal donde existen dos partes enfrentadas en igualdad de condiciones, ante un Juzgador que actúa como tercero imparcial y ajeno a dicho conflicto, y ello es así porque la solución misma del conflicto, se sostiene sobre las bases del principio de contradicción, donde se estima "inherente a la idea de dualidad de posiciones de las partes en la contienda procesal, y consagra la posibilidad real de conocimiento por el órgano enjuiciador, en condiciones de igualdad, de las dos tesis enfrentadas"[3].

Es la idea de enfrentamiento entre partes, de lucha entre iguales o duelo contradictorio, todo ello asociado al principio de contradicción en condiciones de igualdad procesal[4].

Siguiendo esta vertiente, se entenderá que se estará vulnerando el principio de contradicción por parte del órgano enjuiciador, cuando el trabajo del mismo vaya más allá de lo solicitado por las partes o lo que es lo mismo, cuando entre a resolver una controversia en contra de lo que las partes le exponen como hechos respecto de los cuales no existe controversia.

En la misma línea, habría que entender el proceso desde la óptica del derecho fundamental a la contradicción, compartiendo la afirmación doctrinal que señala que el principio de contradicción es de aquellos principios inherentes al proceso, en términos tales que entienden que:

> *La existencia de dos posiciones enfrentadas, la del actor que interpone su pretensión y la del demandado oponiéndose a la misma, constituye una nota esencial de todo proceso. A diferencia de los procedimientos inquisitivos del Antiguo Régimen, en el proceso moderno, se ha reafirmado la idea de que la evidencia, presupuesto ineludible de la sentencia, no puede lograrse sino mediante la oposición entre dos ideas contrapuestas, a través del choque entre la*

[3] VELAYOS MARTÍNES, María Isabel, El testigo de referencia en el proceso penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 70.

[4] CARNELUTTI, Francesco, Cuestiones sobre el proceso penal, Librería El For, Buenos Aires, 1994, p. 214.

pretensión o acusación y su antitético pensamiento, esto es, la defensa o resistencia[5].

Sin duda que esta vertiente del principio de contradicción, entendido en relación con el derecho a ser oído, con el derecho de audiencia, que bebe en el antiguo brocardo romano del *audiatur et altera pars*, entendido a la manera clásica como el principio de bilateralidad de la audiencia, se encuentra presente de modo inequívoco en el contexto del modelo contradictorio.

Como se puede observar de las referencias bibliográficas anotadas, existe una doble mirada que puede efectuarse al principio de contradicción:

1) Por una parte, entendiéndolo vinculado a la noción de los derechos fundamentales, en cuyo caso se le relaciona estrechamente con el derecho de defensa y el derecho a la igualdad de armas.

2) Por la otra, como método de investigación o averiguación o descubrimiento de la verdad, asociado al juicio contradictorio.

Y la versión fuerte del principio insiste con mucha fuerza en la idea que, dicho control se practique respecto de la fuente originaria de la información, de la persona fuente directa del conocimiento de los hechos, única forma de asegurar la calidad de la información que se produce en el contexto de contradicción entre las partes en condiciones de igualdad[6]

De manera tal que el principio de contradicción implica el despliegue de todas las potencialidades para asegurar el control del ingreso de la información por las partes al juicio, lo que sólo es posible de obtener a través del ejercicio de las objeciones y del contraexamen en el contexto de la declaración de todo medio de prueba personal.

Precisamente se refieren a esta materia, en términos de reconocer que toda persona tiene derecho a "controlar la prueba", entendiéndose que los derechos humanos reconocidos por nuestros países se encuentra indisolublemente ligado a la misma noción de debido proceso o proceso justo.

[5] Introducción al derecho procesal, 2003, versión electrónica en http://marisolcollazos.es/procesal-penal/Introduccion-derecho-procesal.pdf, lección 21.

[6] VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel, El Testigo de referencia en el proceso penal, Tirant Monografías, Valencia, España, 1998, p. 90.

III. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

En este contexto, asimismo, entenderemos el principio de inmediación como aquel que ordena que el tribunal del juicio perciba a través de sus propios sentidos, de forma directa y sin intermediarios, la información que proviene de la fuente directa donde ésta se encuentra registrada, de modo que no se produzcan mayores filtros interpretativos que el propio y esencial a la fuente de la prueba de que se trate.

Entendiendo por lo mismo, que el principio de inmediación tiene una doble dimensión:

1. Dimensión formal o subjetiva: percepción por sus propios sentidos, sin intermediarios; y

2. Dimensión objetiva o material: de la fuente directa donde se encuentra la información acerca del hecho acaecido.

En concreto, si estamos en presencia de una fuente personal de prueba, se trata de presenciar al testigo y escuchar el relato de hechos que éste ha vivido, con todas las posibilidades que ofrece la percepción directa por el juez de ese testimonio de un testigo presencial.

Cabe recordar que, por la propia naturaleza de la fuente de prueba, ésta estará supeditada a las siguientes restricciones:

a) relativas a las capacidades de percepción del hecho, tanto subjetivas como objetivas, que tenía la persona en el momento que ocurrió el suceso;

b) relativas a las capacidades de interpretación del hecho observado, que interfieren la sola descripción del hecho observado;

c) de las capacidades de memoria de los detalles jurídicamente relevantes del testigo; y

d) de las capacidades narrativas para expresar de modo certero aquello que efectivamente fue presenciado por éste.

Ello pues en el juicio, se trata de que los jueces presencien directamente a quien estuvo en el momento en que el hecho se produjo en la esfera de la realidad, quien realizará afirmaciones acerca de los hechos observados según sus capacidades de percepción, interpretación, memoria y narración explicitadas.

Si nos encontramos ante una exposición pericial, El principio de inmediación asegura que el tribunal tendrá acceso directo a la fuente donde se encuentra toda la información relativa a la pericia realizada, de modo que el juez del juicio perciba, a través de sus propios sentidos, todas las explicaciones y análisis que el experto realice, así como las diversas variables que sus conclusiones permiten extraer de su ciencia, arte u oficio.

Si miramos ahora el soporte material de información, esto es, las fuentes de prueba materiales, tales como documentos, prueba material y otros medios de prueba análogos, en que la información está contenida directamente en el documento, objeto u otro soporte análogo, el principio de inmediación impide que se introduzca algún factor distorsionante de la percepción directa del juez que decidirá respecto del signo, la huella, el indicio, la señal que se guarda en el soporte respectivo.

Por cierto, debemos advertir, con IVÁN DÍAZ[7], que las dos facetas del principio de inmediación son sólo conceptualmente distinguibles. Ello se debe a que, en realidad, cualquier mediación de la información afecta simultáneamente ambas dimensiones del derecho fundamental en referencia. Así, por ejemplo, si en lugar de la fuente directa de la información (por ejemplo, el testigo) se presenta una fuente indirecta (por ejemplo, una declaración escrita o un testigo de referencia), ni se contará con la fuente inmediata ni ella será percibida por el juzgador.

Desde luego, cuando se menciona la dimensión subjetiva de la inmediación, se están considerando las complejidades que el actual estado de desarrollo de las ciencias de la comunicación nos presenta, cuando se sostiene que las personas –y por ende también los testigos– transmiten información –de eso se trata el examen y contraexamen de un testigo, de la extracción de información de la mejor calidad posible para que el juez adopte la mejor decisión judicial que esos antecedentes fácticos permiten– no sólo a través de lo que las palabras que emplean dicen en sí mismas, sino que también a través de las formas que emplea el cuerpo para decirlo, esto es, acompañadas del lenguaje no verbal que también comunica, transmite información a través de los gestos,

[7] DÍAZ, Iván, Tesis Doctoral Derechos fundamentales y decisión judicial. Algunos criterios para la mejor aplicación del Derecho penal, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Getafe, 2009, p. 115.

las expresiones del rostro, las pausas, los énfasis, las dudas, las miradas, la intensidad de la expresión, etc[8].

Como sostiene IVÁN DÍAZ, en su tesis doctoral ya citada, aborda la dimensión objetiva de la inmediación y el juicio de hecho, señalando que desde la dimensión objetiva del mismo parece posible sostener que dos son sus objetivos. Ellos son: (1) impedir que en el proceso penal se agraven sus inevitables problemas epistemológicos y (2) permitir que el juzgador reciba la totalidad de la información que proveen las fuentes de la misma.

En cuanto al primer objetivo señala que la inmediación evita que se produzcan mediaciones adicionales entre la declaración del testigo de los hechos y el juzgador.

Según se ha expresado más arriba, el enjuiciamiento penal, como todo proceso judicial, se caracteriza porque el juzgador no ha presenciado los hechos que juzga.

La información que percibe de los hechos ya se encuentra mediada por los soportes probatorios en que la misma se encuentra. Aunque esa mediación es ineludible, resulta posible evitar que se añadan nuevas mediaciones. Esta es, precisamente, la finalidad del principio de inmediación.

En efecto, su cumplimiento permite que el tribunal reciba la información acerca de los hechos directamente de quien los ha presenciado. En otras palabras, y reflejando esa ineludible mediación, el principio pretende asegurar que el tribunal perciba lo que una persona dice que los hechos fueron.

En cuanto al segundo objetivo, agrega que el principio de inmediación permite que el tribunal capture la totalidad de la información entregada por el medio de prueba. Según se ha dicho ya, ello se traduce en que el juzgador se entere de la información ofrecida por aquél a través de sus palabras (lenguaje verbal), de los tonos, énfasis y silencios de su voz, y de los gestos y expresiones de su cuerpo (lenguaje no verbal).

A lo dicho puede añadirse un tercer objetivo cuya existencia y relevancia dependerá de la configuración del respectivo sistema procesal penal: respecto de los testigos (común, experto o perito y el propio acusado), el derecho fundamental a la inmediación permite que el tribunal les formule preguntas de manera directa.

[8] ÁLVARO PERAZA, en http://www.encuentos.com/ psicologia-positiva/la-comunicacion-emocional/

Ellas podrán ir, siempre dependiendo del sistema jurídico concreto, hasta la dirección del interrogatorio, como ocurre en el sistema procesal penal alemán, en que es el juez quien primero pregunta al testigo.

IV. SOBRE LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN Y LA DECLARACIÓN MEDIANTE VIDEOCONFERENCIA.

No obstante lo anterior, este principio de la inmediación no es absoluto, pues es bien cierto que

> "en nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal" (STC 120/2009, de 18 de mayo).

Así pues, puede darse el caso –como de hecho se da– que la declaración de una parte, de un testigo o un perito no sea personal y espacialmente ante el tribunal llamado a sentenciar, sin que por ello signifique *ope legis* la invalidez de la práctica de la prueba y su futura valoración.

Y este es el caso de la videoconferencia, como medio alternativo en virtud del cual se pueden hacer presentes declaraciones de todos los agentes intervinientes en el proceso, en fase de plenario. Su cobertura legal se ubica en el art. 229.3 LOPJ, según redacción dada por la LO 13/2003, de 24 de octubre: *"estas actuaciones* –se refiere a las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, todas ellas señaladas en el apartado 2– *podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal"*, desarrollando este principio general el art. 731 bis de la LECrim, reiterando para el juicio oral lo prevenido en el art. 325 en fase de instrucción.

Así, y de la lectura contrastada de estos preceptos, se infiere que

> "mientras el art. 229 de la LOPJ condiciona la utilización de la videoconferencia a que no se resientan los principios estructurales de contradicción y defensa, el art. 731 bis de la LECrim. rodea esa opción tecnológica de cautelas que sólo justificarían su empleo cuando se acreditara la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la constatación de un

gravamen o perjuicio para quien haya de declarar con ese formato" (STS 161/2015, de 17 de marzo).

La casuística jurisprudencial es prolija en afirmar que no existe contradicción entre la videoconferencia y los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, tales como la oralidad, la inmediación y la contradicción (SSTS 641/2009, de 16 de junio; 957/2006, de 05 de octubre; 1351/2007, de 05 de enero; AATS 961/2005, de 16 de junio; 1301/2006, de 04 de mayo; 1462/2006, de 21 de junio; 2314/2006, de 23 de noviembre).

Mas la videoconferencia, como medio válido e instrumento útil de incorporación de la prueba a la fase oral, tiene también su entronque en el espacio jurídico europeo:

Apartados 5 a 7 del art. 24 de la Directiva 2014/41/CE[9], que regula las condiciones para la utilización de la videoconferencia.

La información 2014/C y 182/C[10] que incluye la ampliación de la videoconferencia, la teleconferencia y otros medios adecuados de comunicación a distancia para las vistas orales;

La Directiva 2013/48/UE[11], como instrumento técnico que hace posible la asistencia letrada;

Y el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal[12], como precursor y primer instrumento jurídico que abordó una regulación detallada de esta posibilidad tecnológica al alcance de los Tribunales de Justicia.

Pues bien, en dicho Convenio de 2000, se exigía como requisito para el uso de la videoconferencia "que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio" (art. 10.1).

Estos presupuestos de oportunidad y posibilidad habrán de ser debidamente valorados por el Tribunal ante el que se solicite la utilización de la videoconferencia[13]

No obstante lo anterior, existe una idea restrictiva respecto del uso de la videoconferencia, que se traslada a un modo subsidiario de proceder, pues

[9] Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 03 de abril.
[10] La Información 2014/C 182/02 del Plan de Acción Plurianual 2014-2018.
[11] La Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre.
[12] Y el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000.
[13] Sentencias 172/2007, de 27 de febrero, y 971/2004, de 23 de julio, así como en los Autos 2314/2006, de 23 de junio y 2171/2006, de 26 de octubre.

> "cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial, sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista"[14].

Son fines y causas legítimas

> "la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respecto de la exigencia de plazo razonable"[15],

o las expresamente recogidas en nuestro derecho positivo:

> "por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor" (art. 731 bis LECrim., según redacción dada por LO 8/2006, de 04 de diciembre).

Así pues, habrá de ser el tribunal que ha de valorar las pruebas el que decida en su momento y a petición de la parte, si el uso de la videoconferencia es acorde a derecho y se encuentra justificado, de tal manera que no cree distorsión ni vulnere derechos ni conculque principios básicos y estructurales del proceso penal, debiéndose exigir, eso sí, "igualdad de armas" entre todas las partes[16], así como que el sistema

> "permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa" (art. 229.3 LOPJ).

Estas son, pues, las garantías esenciales que han de cumplirse para que la prueba celebrada por videoconferencia sea válida a los efectos probatorios:

a) que haya comunicación bidireccional (emisor-receptor) y simultánea (ambos pueden emitir a la vez);

b) que dicha comunicación se dé en sus tres aspectos básicos: visual, auditiva y verbal;

[14] STC 2/2010, de 11 de enero.
[15] SSTEDH de 05 de octubre de 2006, caso Marcello Viola c. Italia; y 27 de noviembre de 2007, caso Zagaría c. Italia.
[16] STS 779/2012, de 10 de diciembre.

c) que haya una distancia físico-espacial entre el Juzgado donde haya de llevarse a cabo la prueba y el sujeto que deba prestarla, y

d) que en cualquier caso las partes tengan posibilidad de contradicción inmediata, en garantía del derecho de defensa.

Con todo lo anterior, y a modo de síntesis, podemos concluir con la STS 161/2015, de 17 de marzo, que

> "el ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad. Sin embargo, en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico-convencional del principio de inmediación sigue siendo considerado un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurran razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas".

V. SOBRE LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN Y LA DECLARACIÓN DE MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS DE ABUSOS.

Constituye ya una constante la afirmación de que el contacto de la víctima con la Administración de justicia produce a ésta un segundo efecto victimizador, y que su relación con las instancias policiales y ulteriormente judiciales conlleva consecuencias perversas. La víctima, aquella en cuya defensa se puede considerar instrumentado el procedimiento penal, se ve sometida a una nueva experiencia victimal que enfatiza los efectos perjudiciales derivados directamente del padecimiento del ilícito penal y que puede incluso agravarlos, añadiendo a éstos nuevos quebrantos de naturaleza psicológica e incluso patrimonial[17] .

Tan extendida está la opinión de que la relación de la víctima con el sistema jurídico-penal produce a ésta una segunda experiencia fundamentalmente de signo negativo que para referirla se ha acuñado la expresión «victimización secundaria». Con este apelativo se pretende hacer referencia al impacto de carácter preferentemente psicológico que sufre la víctima al entrar en contacto con las instancias policiales y judiciales, al hecho de que con éste la vivencia criminal se actualiza y revive, con la consiguiente generación de estados de impotencia, temor, abatimiento, que pueden

[17] En este sentido, LANDROVE DÍAZ: Victimología, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 44

conducir al padecimiento de desórdenes psíquicos, a los que sin duda también puede contribuir la estigmatización social como víctima, en definitiva, a lo pernicioso de la relación de la víctima con el sistema legal[18].

En virtud del art. 108 Lecrim el Ministerio Fiscal ha de entablar la acción civil junto a la penal, salvo que el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización. Al margen de las referidas consideraciones generales sobre este cambio de orientación, descendiendo algún nivel puede afirmarse que las modificaciones operadas en nuestro derecho interno obedecen, de modo más o menos consciente, tanto a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal, de 28 de junio de 1985, como mucho más recientemente, a la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).

En el primero de estos instrumentos, partiendo de la consideración de que función fundamental de la justicia penal debe ser responder a las necesidades de la víctima y favorecer sus intereses, se recomienda a los estados miembros que revisen su legislación y su práctica tanto en la formación como en la información que deberían facilitar los funcionarios de policía, en la persecución del delito, en la forma de producirse el interrogatorio de la víctima-testigo, en la información que se le debe facilitar acerca del juicio y en el papel que debe tener la reparación del delito en el sistema de justicia penal, así como en aquellas medidas que deben arbitrarse para proteger la vida privada de la misma y su propia persona frente a determinados tipos de criminalidad.

En la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, adoptada en desarrollo de los arts. 31 y 34.2.b) del Tratado de la Unión Europea, y dictada con la finalidad de armonizar las legislaciones de los estados miembros en lo atinente al estatuto y a los principales derechos de la víctima, se adoptan disposiciones que pretenden tratar las necesidades de la víctima de forma integrada, evitando soluciones parciales y, por tanto, sin limitarse a atender los intereses de la víctima en el proceso penal en el sentido estricto, aunque los regule pormenorizadamente, pues incide también

[18] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: El redescubrimiento de la víctima: victimización; BERISTAIN IPIÑA: ¿La sociedad/Judicatura atiende a sus víctimas/testigos?, en CDJ, XV, 1993, La Victimología, pp. 195-199

en la previsión de algunas medidas asistenciales prestadas a las víctimas antes o después del proceso penal cuyo objetivo es paliar los efectos del delito.

Fruto de dichas iniciativas, en nuestro ordenamiento, se han atendido aspectos concretos relacionados fundamentalmente con la victimización secundaria. En este orden de consideraciones, al margen de las disposiciones existentes en nuestro país enderezadas a regular y dotar de contenido los derechos indemnizatorios de las víctimas, la primera de las normas dirigidas a compensar y minimizar los efectos de la victimización secundaria lo es la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

En ella se trata de armonizar los derechos de éstos y sus familiares con el necesario respeto del derecho a un proceso con todas las garantías. Con tal finalidad, como se advierte en la exposición de motivos, se confiere al Juez o Tribunal la facultad de apreciar racionalmente el grado de riesgo para la persona, libertad o bienes de las personas comprendidas en la Ley y la ponderación de los bienes jurídicos protegidos. Para la protección de los testigos, acerca de cuyas características personales la Ley no hace distingos, las medidas previstas tienden a preservar su anonimato, así como a evitar su identificación visual y el acceso a datos personales o que permitan su localización por parte de terceros ajenos a la Administración de justicia, así como la facilitación de protección policial[19].

Uno de los ámbitos sectoriales de la criminalidad que más ha inspirado al legislador en los últimos años con la consiguiente producción de normativa penal procesal y sustantiva ha sido el de la violencia familiar. Sobre la base de la protección integral de las víctimas de este tipo de criminalidad, las sucesivas normas de reforma han introducido una serie de disposiciones en la ley rituaria jurídico-penal que en ocasiones contribuyen a minimizar la victimización secundaria de víctimas que incluso pueden serlo de cualquier tipo de delitos. En este sentido, a través la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, además de introducirse una nueva medida cautelar que permite el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima.

[19] FUENTES SORIANO: La LO 19/1994 de protección de los testigos y peritos en causas criminales, en Revista de Derecho Procesal, 1996, núm. 1, pp. 139 y ss.

En concreto, se introduce un último párrafo al art. 109 Lecrim en virtud del cual en los procesos seguidos por los delitos comprendidos en el art. 57 CP el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, así como la práctica de la prueba testifical anticipada o realizada en el acto del juicio oral del testigo menor que se efectúe evitando la confrontación visual de éste con el inculpado siempre previo el correspondiente informe pericial cuando se acuerde en resolución motivada, de la misma forma que se establece la prohibición de practicar careos con testigos que sean menores de edad, salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.

Ahora bien, Si el contacto de la víctima con el sistema legal genera a ésta una serie de efectos negativos que reciben la denominación conjunta de victimización secundaria, los efectos nocivos del contacto de la víctima con las instancias judiciales pueden alcanzar su máxima expresión cuando ésta es llamada a declarar como testigo.

Jurisprudencialmente se reconoce al testimonio de la víctima el valor de prueba de cargo bastante al objeto de enervar el principio constitucional de presunción de inocencia dado el cumplimiento de determinados requisitos, no es extraño que la evacuación de la declaración por parte de ésta constituya un momento propicio tanto para que la propia víctima se sienta intimidada por el hecho de tener que deponer frente al Juez o Tribunal en determinadas circunstancias situacionales, como para que la asistencia letrada del imputado o acusado, en legítimo ejercicio de su derecho de defensa, intente hacer dudar a quien debe decidir sobre la verosimilitud del testimonio justo en aquel momento.

Como reiteradamente ha manifestado el Tribunal Supremo, haciéndose en esto eco de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional[20], en determinados delitos para cuya ejecución se busca o se aprovecha un marco de clandestinidad, como los delitos contra la libertad sexual, la declaración prestada por la víctima, que se considera prueba testifical cuando es prestada con las debidas garantías, es la única prueba con la que se cuenta.

En tales supuestos, se admite la posibilidad de destruir la presunción constitucional de inocencia únicamente sobre la base de dicha prueba cuando concurran

[20] Entre otras, SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, (RTC 1989, 201); 173/1990, de 12 de noviembre, (RTC 1990, 173); 64/1994, de 28 de febrero, (RTC 1994, 64). 28 Al respecto vid., por todas, Ss TS 28 septiembre 1988 (RJ 1988, 7070).

tres requisitos, cuales son la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud y la persistencia de la incriminación[21].

Tenemos pues, que la trascendencia de que se ha dotado a la declaración de la víctima, incluso la prestada por menores de edad, su fortaleza como prueba de cargo, constituye al mismo tiempo su punto débil, uno de los aspectos que debe ser objeto de una mayor incidencia legal en cuanto a su práctica si se quiere evitar la tan temida victimización secundaria.

Hasta la reforma operada en la Lecrim por obra de la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, los mecanismos previstos en nuestra ley rituaria para salvaguardar el bienestar de la víctima-testigo eran escasos[22]. Más allá de las exenciones del deber de prestar declaración a los testigos reguladas en los arts. 416, 417 y 707 Lecrim31, que ninguna especialidad contemplaban para el supuesto de menores de edad, no se establecía en la referida norma ningún tipo de cautela para aquellos casos en que efectivamente se producía la declaración del menor. Con ello tenemos que en la mayoría de supuestos su declaración debía producirse, cuanto menos desde un punto de vista normativo, en las mismas condiciones que la prestada por un mayor de edad. Al margen de las exenciones del deber de declarar, que al decir del Tribunal Supremo únicamente podían ser aducidas en defensa del reo, no del testigo, los únicos supuestos en que se permitía la ausencia de contacto visual entre el testigo y el imputado eran los contemplados en los arts. 687 Lecrim y 232 LOPJ32.

Se ha añadido un último párrafo al art. 448 Lecrim en virtud del cual «cuando el testigo sea menor de edad, el juez atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible.

Asimismo, se añade un segundo párrafo al art. 707 Lecrim por mor del cual «cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba».

[21] STS 25 mayo 2004 (RJ 2004, 3794).

[22] TAMARIT SUMALLA/VILLACAMPA ESTIARTE, en TAMARIT SUMALLA: La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores, 2.a edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 132 y ss.

Sin embargo, existen pronunciamientos de nuestra jurisprudencia constitucional en virtud de los cuales se clarifica que el art. 6.3.d) CEDH únicamente se infringe en los casos de total anonimato del testigo o de imposibilidad de efectuar interrogatorio contradictorio, lo que no sucede si meramente se instalan en la sala de vistas sistemas de ocultación del testigo a fin de que éste no pueda ser visto ni increpado por el acusado, pero sí interrogado por su abogado defensor, de la misma forma que los supuestos en que la víctima declara fuera de la Sala de vistas, sea su imagen vista o no por el acusado, en tanto se garantice que el Tribunal pueda ver la declaración y se asegure a la defensa la posibilidad de interrogar al testigo, puesto que los principios de oralidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas no tienen porqué verse comprometidos si se adoptan las cautelas oportunas.

En cuanto a la posibilidad de evitar la confrontación visual hallándose el testigo en la Sala de vistas y el acusado fuera de la misma, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones afirmando la necesidad de que los testimonios inculpatorios de los testigos de cargo sean efectuados en audiencia pública ante la presencia del imputado y su abogado, aun cuando admite la posibilidad de oír a los testigos en ausencia del acusado excepcionalmente en los supuestos previstos en los arts. 687 Lecrim y 232.2.o LOPJ. Ciertamente, el derecho reconocido al acusado en el art. 6.3.d) CEDH a interrogar o hacer interrogar a los testigos se hace efectivo en nuestro procedimiento penal a través de una defensa técnica, que es la que interroga, y su derecho a la presencia en el acto del juicio podría verse limitado cuando lo aconsejen excepcionales razones en garantía de derechos y libertades de terceros[23].

Así se entiende que, con esta medida no se restringe el derecho de defensa, ni el principio de contradicción efectiva, de ahí que podría afirmarse la admisibilidad de dicha medida, bien garantizando la contradicción al permitir al acusado que siga en directo la declaración desde el lugar anejo en que se encuentre, mediante el uso, por ejemplo, de un circuito cerrado de televisión o cualquier artificio técnico que permita la escucha y asegurando su contacto directo con la defensa, bien si eso no es posible, una vez reintegrado a Sala tras la declaración del menor, leyéndole el contenido de la declaración y exponiéndole lo ocurrido en su ausencia.

[23] MÁRQUEZ DE PRADO/MARTÍNEZ ARRIETA: Validez de la prueba testifical en ausencia del procesado, op. cit., pp. 122 y ss.,

Finalmente, la posibilidad de práctica anticipada de la testifical del menor víctima, bien durante la instrucción, bien en fase intermedia e incluso de juicio oral en un momento anterior al acto de la vista, planteaba ya en el momento de la modificación operada por LO 14/1999 el problema de su compatibilidad con la doctrina de la prueba anticipada, con la interpretación que de sus requisitos ha efectuado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como su posible contradicción con el tenor del art. 730 Lecrim.

Dichos escollos hacían ya en aquel momento difícilmente imaginable la posibilidad de sustituir la declaración del menor en el acto de la vista por la prestada con carácter anterior, practicada con todas las garantías, y convenientemente grabada en un soporte que permitiera la reproducción de imagen y sonido en el acto de la vista, aun cuando dicha posibilidad fuera deseable para preservar el bienestar del menor, si no se operaba la correspondiente reforma en el régimen de la prueba anticipada[24].

Aun cuando, como se ha dicho, su utilización ha venido siendo posible y lo hubiera continuado siendo incluso sin previsión normativa, ha sido probablemente la aprobación de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, en vigor desde el día 22 de marzo de 2001, la que ha propiciado que se hayan introducido preceptos reguladores relacionados con el uso de este sistema en nuestro Derecho interno. El art. 11 de la referida Decisión, al objeto de evitar las dificultades inherentes al hecho de que la víctima resida en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya cometido la infracción, establece que los estados deben velar para que sus autoridades puedan tomar medidas tendentes a decidir si la víctima puede prestar declaración inmediatamente después de cometer la infracción, así como a recurrir, para la audición de las víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica contenidas en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 200053.

No obstante, aun cuando aprovechando la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la modificación del procedimiento abreviado y la introducción del juicio rápido se ha hecho referencia a la posibilidad de anticipar la práctica de pruebas testificales registradas en un soporte que garantice la reproducción del sonido y la imagen, disipando cualquier duda en punto a la posibilidad de aplicar la

[24] ARAGONESES MARTÍNEZ: Introducción al régimen procesal de la víctima del delito, op. cit., pp. 435 y ss..

previsión contenida en el art. 730 Lecrim a este tipo de soportes, no ha sido hasta la aprobación de la LO 13/2003, de 24 de octubre, en que la práctica de pruebas testificales a través de videoconferencia ha ganado finalmente carta de naturaleza legal.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del art. 730». Hemos tenido que esperar a la aprobación de una Ley, cual la LO 12/2003, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, para que la ley rituaria reconociera explícitamente la posibilidad de efectuar determinadas declaraciones y comparecencias ante el Tribunal por medio de videoconferencia, sin que en la Exposición de motivos se haga alusión alguna a la introducción específica de dicha posibilidad, limitándose a justificar las modificaciones introducidas en el régimen de la prisión preventiva.

Con semejante mutismo justificativo se introduce un nuevo párrafo tercero al art. 229 LOPJ que permite la práctica de declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de periciales y vistas utilizando el sistema de videoconferencia u otro similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre personas alejadas en el espacio siempre que se garantice la posibilidad de contradicción, la salvaguarda del derecho de defensa, y cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal.

Esto es, que contiene una regulación general permisiva de la práctica de actuaciones judiciales a través de este sistema. Junto a este precepto, los correspondientes introducidos en la Lecrim, en concreto los arts. 325, en su última redacción, y el nuevo art. 731 bis permite que el Juez o Tribunal acuerde la comparecencia al procedimiento penal de imputados, testigos o peritos o personas que deban intervenir en otra condición a través de videconferencia u otro mecanismo similar, de conformidad con lo que establece el art. 229.3 LOPJ, por razones de utilidad, seguridad u orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de una de estas personas resulte particularmente gravosa o perjudicial

En concreto, el art. 229.3 LOPJ, en referencia a las actuaciones judiciales, establece que «3.(1)Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de

contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal. (2) En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo».

Además de estos preceptos, en el nuevo art. 306 Lecrim, se prevé la posibilidad de que el fiscal intervenga en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del art. 505 Lecrim, mediante videoconferencia u otro sistema similar. Así, pues, aun cuando más arriba se afirmó que no era precisa la regulación específica de la práctica de la prueba testifical a través de videoconferencia, su previsión explícita, al margen de lo adecuado de la norma a través de la que se ha incluido, sí puede tener utilidad en orden a aclarar algunas cuestiones, como la de quién da fe de la identidad de los

Para la práctica de las pruebas testificales de víctimas menores de edad, que era la cuestión que aquí nos ocupaba, la nueva regulación legal permite concluir que es perfectamente factible la primera de las posibilidades interpretativas apuntadas en relación con la evitación de la confrontación visual a que se refieren los arts. 448 y 707 Lecrim, esto es, que el menor declare desde una habitación contigua o fuera de la sede del Tribunal, en un espacio adecuado y asistido por personas que pueden minorar el impacto de la exploración del menor. Sin embargo, en tanto se permite la testifical a través de videoconferencia de mayores de edad sin necesidad de informe pericial, una vez constatado que la comparecencia resulta gravosa o perjudicial, podría suceder que el legislador, sin pretenderlo, haya mantenido una regulación para esta práctica con testigos menores más exigente que con los mayores de edad.

Ello a salvo de interpretar que evitar la confrontación visual se refiere no solamente a la práctica de la prueba a través de videoconferencia, sino, además, sin que el acusado vea al menor, con lo que tendría sentido la exigencia de mayores requisitos en este supuesto, manteniendo la aplicabilidad del régimen general para los casos en que no se evite la visión del testigo por la parte acusada, aunque aquél sea menor de edad.

Por contra, el nuevo art. 229.3 LOPJ establece que dará fe de la identidad el secretario del órgano judicial que acuerde la medida. 59 Acerca de las cuestiones de legalidad planteadas por dicha posibilidad.

Es decir, que ésta se evite declarando el menor en Sala, hallándose el imputado fuera, puesto que al margen de aquellos supuestos en que razones de seguridad así lo aconsejen, parece preferible, desde el punto de vista de la salvaguarda de menor, que éste declare fuera de la Sala, siendo además menos comprometido para la observancia de los derechos procesales del imputado que así se haga.

En lo tocante a la tercera de las posibilidades referidas en el epígrafe precedente para evitar la confrontación visual, la consistente en preconstituir la testifical del menor víctima con carácter anterior a la celebración del plenario, reproduciéndola en ese acto en los términos establecidos en el art. 730 Lecrim, poco se ha avanzado tras la aprobación de la LO 14/1999.

Si en lo atinente a la posibilidad de realización simultánea de la testifical del menor, pero separado del acusado, la generalización de la videoconferencia, junto a su previsión normativa, ha supuesto un paso adelante desde la aprobación de la referida reforma, no puede decirse que existan novedades normativas remarcables desde aquel momento en relación con la prueba anticipada.

Al margen de que la jurisprudencia trata unitariamente dos instituciones diversas, la prueba preconstituida y la prueba anticipada[25], constituye doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, asumida también por el Tribunal Supremo, en relación con los requisitos, constitucionales de validez de las pruebas que las dotan de capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas vinculantes para los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral. Es decir, aquéllas en cuya práctica se hayan respetado los principios de contradicción, inmediación, oralidad e igualdad de armas, sobre la base de que el procedimiento probatorio debe tener lugar precisamente en el debate contradictorio que se desarrolla de forma oral ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de manera que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados para dicho fin por las partes[26].

No obstante, esta regla general admite excepciones, a través de las cuales es posible, aunque en limitadas ocasiones al decir de la jurisprudencia constitucional, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de

[25] MARTÍN BRAÑAS: La prueba anticipada en el proceso penal, en Revista de Derecho Procesal, 2001, núm. 1-3, pp. 471 y ss.

[26] SsTC 217/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989, 217), 161/1990, de 19 de octubre (RTC 1990, 161), 40/1997, de 27 de febrero (RTC 1997, 40).

investigación, siempre y cuando las mismas se sometan a determinadas exigencias de contradicción. En concreto, la validez como prueba de cargo de las declaraciones prestadas en instrucción, incluidas las de la víctima, se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos, clasificados en materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto de juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del juez de instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo que debe citarse, como mínimo, al abogado del imputado para que pueda interrogar al testigo) y formales (en virtud de los cuales debe procederse a la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que ésta se documenta, de conformidad con lo establecido en el art. 730 Lecrim, o a través de los interrogatorios, posibilitando con ello que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral)[27].

En concreto, por cuanto se refiere a las declaraciones prestadas en instrucción, el Tribunal Constitucional ha interpretado con carácter restrictivo la posibilidad de practicar anticipadamente la prueba testifical, al considerar que de sus propias características no deriva ni carácter irrepetible ni su imposibilidad genérica de práctica, por lo que su incorporación al proceso como prueba anticipada únicamente se ha admitido en los supuestos en que se produce imposibilidad real de práctica en el juicio oral, circunscrito a los casos de fallecimiento del testigo, de imposibilidad de localización, y limitadamente de residencia en el extranjero[28].

Aun cuando la regla general que determina la validez como prueba de cargo únicamente de las declaraciones testificales practicadas en el plenario admite excepciones, ya se ha visto cómo éstas han sido interpretadas por parte de nuestra jurisprudencia con un carácter restrictivo, que generalmente identifica la imposibilidad de reproducción en el plenario con imposibilidad material de concurrencia al acto. Con ello difícilmente podrían entenderse incluidos en este supuesto los casos en que la deposición en plenario pudiera suponer un peligro para el correcto desarrollo o la estabilidad del menor, con lo que pocas posibilidades existían de interpretar el tenor del art. 707 Lecrim en el sentido de evitar la confrontación visual sobre la base de validar la

[27] SsTC 80/1986, de 17 de junio (RTC 1986, 80); 303/1993, de 25 de octubre (RTC 1993, 303); 36/1995, de 6 de febrero (RTC 1995, 36); 200/1996, de 3 de diciembre (RTC 1996, 200); 40/1997, de 27 de febrero (RTC 1997, 40); 49/1998, de 2 de marzo (RTC 1998, 49);

[28] SsTC 10/1992, de 10 de enero (RTC 1992, 10); 35/1995, de 6 de febrero (RTC 1995, 35); 209/2001, de 22 de octubre (RTC 2001, 209); 94/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 94). 64 Vid., SsTS 13 marzo 2000 (RJ 2000, 1712

primera declaración prestada con observancia de todas las garantías, esto es, fundamentalmente posibilitando la contradicción, a pesar de que la evitación de la confrontación visual con los testigos menores había sido introducida por la LO 14/1999 también en el 448 Lecrim, que es justamente el que regula la prueba testifical anticipada, aunque sin excepcionar su régimen general.

Para finalizar, debemos detenernos en las recientes sentencias que aplican la validez de la declaración del menor como prueba preconstituida a saber:

La STS 735/2015, de 26 de noviembre, concluye que nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. *"La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria"*. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico.

Así se proclama en numerosos precedentes de los que son muestras las SSTS 96/2009, 10 de marzo; 593/2012, 17 de julio; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre). La STS de 2 de noviembre de 2016, correspondiente al RC. 506/2016, recordaba que >.

La STS nº 438/2016, **de 24 de mayo**, *señala que "Cuando se trata de pruebas personales, el principio de contradicción se manifiesta en el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes declaran en contra del acusado. Este derecho, expresamente reconocido en el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, no aparece expresamente en el texto de la Constitución, pero puede considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el derecho de defensa.*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido en la STEDH de 14 diciembre 1999, *Caso A.M. c. Italia , que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública, para su debate contradictorio, y que, aunque tal principio tiene excepciones, <<sólo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa; por regla general, los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y hacer interrogar a su autor, en el*

momento de la declaración o más tarde (Sentencias Van Mechelen y otros, citada, pg. 711, ap. 51 y Lüdi contra Suiza de 15 junio 1992, serie A núm. 238, pg. 21, ap. 49).

En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del artículo 6 cuando una condena se basa, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de la instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (ver las Sentencias Van Mechelen y otros citada, pg. 712, ap. 55; Saídi contra Francia de 20 septiembre 1993, serie A JURISPRUDENCIA 10 núm. 261-C, pgs. 56-57, aps. 43-44; Unterpertinger contra Austria de 24 noviembre 1986, serie A núm. 110, pgs. 14-15, aps. 31-33) >>.

Un avance importantísimo, lo ha conseguido la **Ley 204/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito** , donde en su **artículo 19** se establece la especial labor encargada a las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, para la adopción de las medidas necesarias para garantizar una serie de derechos de la víctima como serían, la vida, integridad física, libertad, seguridad… sobre todo cuando se les reciba declaración, todo ello encaminado a la evitación de la victimización secundaria.

Y el **art.26.1** del mismo texto, señala como " medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se intentará sobre todo, tomar medidas que eviten una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito, y en particular las siguientes:

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la LECr.

b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos"

De conformidad con ello, el **último párrafo del art 448 LECrim** (**según la redacción dada por la Ley 204/2015, de 27 de abril**), autoriza la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con discapacidad a través de cualquier medio técnico que haga posible su práctica, todo ello con la finalidad de evitar la confrontación visual con el inculpado.

El art. 707, párrafos segundo y tercero de la LECrim, (**en redacción igualmente procedente de la Ley 204/2015**) establece la posibilidad, también para evitar la confrontación visual de los menores o incapaces con el inculpado y así reducir

los perjuicios de la victimización secundaria, de realizar la declaración a través de cualquier medio técnico que haga posible su práctica, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala.

Y a su vez **el art. 730 de la LECrim**, dispone la práctica de dar por reproducidas o leídas las diligencias practicadas en el sumario, motivado por causas ajenas a la voluntad de aquellas y que imposibiliten su reproducción en el juicio oral, así como las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 448** durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Finalmente, **el art 229 de la LOPJ** precisa que en materia criminal predominará eminentemente la oralidad y la inmediación, sobre todo de las declaraciones, interrogatorios, careos, exploraciones, etc… aun cuando se establece la excepcionalidad de aquellas actuaciones que permitiendo sobre todo la posibilidad de contradicción y salvaguarda del derecho de defensa, puedan realizarse a través de videoconferencia..

VI. CONCLUSIONES

Tras haber analizado cada uno de los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico penal y haberlos trasladado a la problemática que pudiera surgir en el devenir del proceso judicial, en relación con la forma en que se practiquen las pruebas que pudieran fundamentar el fallo del Juzgador, podemos observar cómo, ya sea a través de reformas legales, ya sea a través de las interpretaciones jurisprudenciales sobre el caso en concreto, se ha dado sobrada respuesta y respaldo a cada una de las opciones descritas sobre la videoconferencia y la prueba testifical preconstituida en determinados asuntos en concreto.

Esto es, el avance de las tecnologías aplicadas al ámbito judicial, han conseguido arrancar del formalismo legal a las consideraciones establecidas en esta materia probatoria, y han conseguido dotar de utilidad judicial a las nuevas posibilidades que estos avances tecnológicos pueden prestar a la administración de justicia.

En conclusión, siguiendo los requisitos que han venido a constituirse como legales para la práctica probatoria, nos hemos encontrado con un proceso judicial más ágil y práctico y a su vez más humano en el sentido de evitar la denominada “victimización secundaria”.

* * * * *

Inmaculada Serrano Pérez
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

~Principio de contradicción en el Derecho español~

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente la contradicción en el Derecho Penal Español como tal, debe entenderse, como el derecho que tienen las partes de que la práctica de las pruebas se lleve a su presencia ante el juez del orden jurisdiccional de que se trate. Es uno de los principios claves del proceso en cualquiera de sus órdenes jurisdiccionales en virtud del cual las partes, por medio de su dirección letrada, deben estar presentes en las pruebas practicadas, habida cuenta que en el caso contrario se produciría indefensión para las partes. Además, las pruebas practicadas con vulneración del principio de contradicción serían declaradas nulas y sin valor a la hora de dictar la sentencia.

Por otro lado, no podemos olvidar que el principio de contradicción está directamente relacionado con el derecho a la prueba que tiene como primer requisito la legalidad de la petición probatoria, en el doble sentido de que *"el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento"* y de que: *"la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos*". Pero si esta prueba no se practica a la presencia del juez o tribunal y con la presencia de las partes, la prueba no tiene validez. Las partes deben estar presentes por medio de sus letrados a fin de poder interrogar al testigo o perito y las propias partes implicadas en el procedimiento sobre lo que es la cuestión de fondo o cuestiones accesorias. Es un derecho con connotaciones constitucionales en orden a preservar que la prueba se celebre con el respeto a los principios del proceso entre los que está el de la debida contradicción.

II. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico, según así se desprende del art. 138, segundo párrafo, sino porque materialmente, en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados de un lado, por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público, art. 159.4 y 5 de la Constitución y de otro, por el derecho

a la libertad del imputado que hace valer la defensa, arts. 2°.24 y 139°.14 de la Constitución Lo expuesto es consecuencia de haber adoptado constituciones rígidas, que no pueden ser modificadas por la ley ordinaria, y normativas que se integran al ordenamiento como normas supremas.

En este orden de ideas, la Constitución, especialmente en el art. 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales, sobre la base de la necesidad del proceso penal o principio de jurisdiccionalidad, a tenor del art. 139°.10 de la Ley Fundamental. Esta garantía jurisdiccional tiene un doble componente, pues, por un lado atiende, a que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso. Del conjunto de esos derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. Es de recordar que, en tanto el proceso, es una estructura constituida por una serie ordenada de actos que se realizan en el tiempo, el quehacer de los sujetos procesales se halla gobernado por principios, que son categorías lógico jurídicas, muchas de las cuales han sido positivizadas en la Constitución o en la Ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal.

La Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). Estas garantías, en cuanto tales, se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal; son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra.

Dice COUTURE que el principio de bilateralidad de la audiencia consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición[1]. Quizás con más propiedad Palacio dice que el principio de contradicción es aquél que: "*prohíbe*

[1] COUTURE: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depalma, 1993, p.183.

a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella".[2]

III. LAS GARANTÍAS PROCESALES

Son garantías procesales genéricas aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta, expresa MONTERO AROCA, cuando pueden ampararse en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Son las siguientes:

- El debido proceso, art. l39°. 3 Constitución
- El derecho a la tutela jurisdiccional, art. 139°.3 Constitución.
- El derecho a la presunción de inocencia, art. 2°.24. Constitución.
- El derecho de defensa (art. 139°.14 Const.).

IV. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El artículo 9.3º de la CE garantiza el principio de la legalidad. El artículo 25.1º de la CE establece, al propio tiempo, que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». El principio de legalidad, en su acepción más amplia, significa, según GÓMEZ COLOMER[3], que no hay delito ni pena sin ley previa que así lo establezca. Bajo esta expresión, podemos referirnos a cuatro sub-principios o garantías básicas de gran trascendencia que podrían sintetizarse en:

1º) *Garantía criminal*: no es posible castigar como delito una conducta si no ha sido declarada como tal previamente por una ley.

2º) *Garantía penal*: tampoco es posible imponer una pena y/o medida de seguridad por órgano jurisdiccional competente, si ésta no se haya prevista previa y expresamente por una Ley.

[2] PALACIO: Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1975, p. 263.

[3] GÓMEZ COLOMER, Constitución y proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes ntroducidas por el nuevo Código Penal de 1995, Ed. Tecnos, 1996, pp. 66 y ss.

3º) *Garantía jurisdiccional*: no se puede imponer una pena o medida de seguridad, en tanto son consecuencias jurídicas del delito o falta, sino en virtud de sentencia firme dictada en proceso penal desarrollado conforme a la Ley Procesal ante el órgano jurisdiccional competente.

4º) *Garantía en la ejecución*: no puede procederse a la ejecución de una pena y/o medida de seguridad sino de acuerdo con las formalidades exigidas por la Ley

La persecución de los delitos constituye, sin duda alguna, una prioridad en un país como el nuestro, dónde la Ley es la principal fuente del Derecho. Ahora bien, esta persecución, según han manifestado nuestros autores[4], no ha de estar exenta de limitaciones dignas de un Estado de Derecho y, por tanto, en las leyes habrán de constar siempre las garantías del ciudadano frente a la jurisdicción.

V. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Según constante y reiterada doctrina del TC, a la que se ha adherido el TS, el art. 24 CE, en cuánto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva ha consagrado, entre otros, los principios de contradicción e igualdad de armas, imponiendo la necesidad de que todo proceso esté presidido por la posibilidad de una efectiva contradicción con la finalidad de que puedan defender sus derechos e intereses. La interdicción de la indefensión requiere, un indudable esfuerzo del órgano jurisdiccional, puesto que es, a los órganos judiciales a quiénes corresponde, en definitiva, la obligación de procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen.

El principio de contradicción se hace efectivo, tal y como previene la doctrina[5], mediante un buen sistema de notificaciones. Y ello es así debido a la circunstancia de que tan sólo la incomparecencia, en el proceso o en el recurso, debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o, en su caso, a su negligencia, podría justificar una resolución sin haber oído sus alegaciones y examinado sus pruebas.

[4] FAIRÉN, V., La identificación de personas desconocidas (Comentario al artículo 20 de la Ley de Protección de la seguridad Ciudadana, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, p. 179.

[5] FAIRÉN V, Ensayo sobre procesos complejos, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

VI. PRINCIPIO DE AUDIENCIA

El principio de audiencia garantiza a los particulares la posibilidad de que sean oídos en el proceso, principio que tiene una de sus manifestaciones más relevantes en el ámbito del proceso penal a través de la prohibición de la condena en ausencia. Para otorgar adecuada satisfacción, a los litigantes, en el ámbito de actuación procesal relativo a su audiencia, resulta imprescindible que, con carácter previo a dicha posibilidad de audiencia, tengan conocimiento de la existencia del proceso, por ello resulta imprescindible la verificación de las notificaciones, citaciones y emplazamientos, efectuados por el órgano judicial, pues la ausencia de estos actos de comunicación procesal podría vulnerar el derecho fundamental y suponer una quiebra del principio de audiencia, por desconocimiento de la pendencia del litigio que, con la sola excepción del proceso penal, prosigue en ausencia del demandado.

VII. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

El principio de igualdad de armas, aplicado al proceso, no es sino una proyección del principio general de igualdad ante la Ley, proclamado por nuestra Constitución. Así, el artículo 14 de la CE establece que. *"los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*". Del tenor literal de este precepto se desprende en este sentido, que no cabe tolerar soluciones de desigualdad, ante situaciones sustancialmente iguales, sino al margen del precepto constitucional, lo que trasladado al ámbito de nuestra disciplina, se traduce en la prohibición de consentir situaciones de privilegio a una de las partes, en detrimento del perjuicio ocasionado, como consecuencia de ese beneficio.

En este sentido, resulta evidente, tal y como ha advertido la doctrina[6], que si hubiera una parte con predominio sobre la otra, entonces el Juez no tendría en sus manos un mecanismo de tutela imparcial y su sentencia estaría muy condicionada por el predominio de esa parte.

Pese a lo anteriormente expuesto, llama la atención de los estudiosos del proceso, la falta de «igualdad» predicable de la fase de instrucción del proceso penal, en la que el Juez, a espaldas del «sospechoso » o «procesado», realiza muchas actuaciones destinadas a «averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos», siendo la

[6] CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Principios constitucionales en el proceso civil, p. 148.

mayoría incriminatorias. Esta falta de «igualdad», claramente predicable de la fase de instrucción de nuestros procesos penales, encuentra, sin embargo, su fundamento, según la doctrina[7], de un lado, en la generalizada consideración de dicha fase como «una fase previa y preparatoria del plenario o juicio oral, que constituye el núcleo decisivo del proceso penal » y, de otro, en el «razonable contrapeso de la *ventaja* de la que el presunto delincuente ha podido disponer».

VIII. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El art. 139°.14 de la Constitución reconoce "*El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención -cláusula repetida en el inc. 15-. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".* El primer extremo de la citada norma extiende la protección constitucional a cualquier procedimiento, no sólo al penal y, como tal, es reconocida como requisito esencial para la válida constitución de un proceso. JULIO MAIER aclara que este derecho no solo limita la protección al imputado, pues también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él, tales como el actor civil o el tercero. Se trata de defender un derecho o interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, sea porque se pretende algo o porque, al contrario, nos oponemos a esa pretensión, requiriendo que ella no prospere.

El Ministerio Público, desde esta perspectiva de la defensa como limitación al poder estatal, no tiene derecho de defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir su función persecutoria. Ahora bien, limitando el análisis al proceso penal y, concretamente, al imputado, es del caso definir el derecho de defensa como: *"el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano".*

[7] DE LA OLIVA SANTOS, A., Derecho Procesal. Introducción, Madrid, 2002, p. 56.

IX. CONCLUSIONES

La Constitución en nuestro ordenamiento jurídico adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico, sino porque, en el proceso penal, los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados, por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público y por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa. En este orden de ideas, la Constitución, especialmente en el art. 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales, sobre la base de la necesidad del proceso penal o principio de jurisdiccionalidad, a tenor del art. 139°.10 de la Ley Fundamental. Del conjunto de los derechos y principios procesales, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. Asi pues y para concluir, es de indicar que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas, con una amplia relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes, así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva, garantías, que se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal.

* * * * *

Silvia Vivó Cabo
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia de la FICP.

~Las garantías procesales y sustantivas del *ius puniendi*. Principios de legalidad, contradicción, audiencia e igualdad de armas~

Resumen.- Los principios procesales han sido concebidos como ideas, criterios que informan el ordenamiento procesal de un determinado país, por lo que su estudio resultará útil para conocer nuestro propio sistema procesal así como para examinar la adecuación de nuestros procesos a las exigencias de nuestra Constitución, en aquellos supuestos en que dichos principios hubieren sido, al propio tiempo, constitucionalizados.

Palabras clave.- Principios del proceso, legalidad, contradicción, audiencia, igualdad.

I. INTRODUCCIÓN

En el estudio del Derecho Procesal es fundamental el análisis íntegro de los principios que informan el proceso, que en la actualidad han sido plasmados en nuestra Constitución Española, y que encuentran fiel reflejo en las leyes de enjuiciamiento correspondientes.

Los principios del proceso constituyen la base que subyace a un determinado modelo procesal y al que responden las normas reguladoras del mismo. De manera que constituyen un valioso acervo de interpretación para colmar las lagunas del ordenamiento jurídico, es decir son los criterios de interpretación que permiten integrar las lagunas legales. De esta forma, estas garantías pretenden la tutela de derechos fundamentales como es la libertad, la seguridad personal, la defensa técnica, la presunción de inocencia, la publicidad del proceso, el derecho de información del acusado, etc[1]… el Tribunal Constitucional tiende a simplificar todos estos derechos o requisitos en uno solo, como es la tutela judicial efectiva, enunciada en el artículo 24.1

Además de tener su proyección legal en los distintos procesos, los principios que recoge nuestra Constitución son valores que informan la actuación de los jueces, de forma que los órganos judiciales deben controlar el respeto a estos derechos y garantías constitucionales en su misma actuación, y en la actuación de otros poderes del Estado.

La doctrina[2] ha venido distinguiendo, probablemente por razones de sistemática,

[1] SÁNCHEZ AGESTA, L. Sistema político de la Constitución Española de 1978, Madrid, 1987, p. 210.
[2] GIMENO SENDRA, V., Fundamentos del Derecho Procesal" (Jurisdicción, acción y proceso), Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 180 y ss.; MONTERO, Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, pp. 210 y ss.

los principios del proceso de los principios del procedimiento[3] y ha insertado, asimismo, dentro del primer grupo de principios –principios del proceso- una segunda clasificación, entre los principios denominados jurídico-naturales que han de identificarse con los postulados elementales de la Justicia, que son comunes a todo tipo de procesos y responden a criterios de necesidad e inmutabilidad, tales como el principio de legalidad, el principio de igualdad de armas, el principio de audiencia y el principio de interdicción de la arbitrariedad del Poder Judicial. Y los principios técnicos que obedecen a criterios políticos, de oportunidad y conveniencia, por lo que pueden variar según los países y las épocas históricas, e incluso según las diversas concepciones, y que son aquellos inherentes a cada concreto tipo de proceso, sin que su enunciado pueda resultar aplicable, con carácter general, a todos ellos en su conjunto. Dentro de éstos cabe distinguir, conforme a la sistemática realizada por Gimeno[4], los relativos a la pretensión, de los destinados a informar la formación del material fáctico e incluso de aquellos referidos a la valoración de la prueba.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental del derecho público conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción.

El artículo 9.3º de la Constitución Española garantiza el principio de la legalidad. El artículo 25.1º de la CE establece, al propio tiempo, que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

El principio de legalidad, en su acepción más amplia, significa, según GÓMEZ COLOMER[5], que no hay delito ni pena sin ley previa que así lo establezca. Bajo esta expresión amplia o general se esconden, a su vez, según el mismo autor, cuatro sub-principios o garantías básicas de gran trascendencia que podrían sintetizarse en: 1º) *Garantía criminal*: esta garantía o principio de legalidad criminal significa que no es

[3] CORDÓN MORENO, F. Introducción al Derecho Procesal, Ed. Eunsa, 3ª ed., Pamplona, 1998, p. 128.
[4] GIMENO SENDRA, V. Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso), pp. 187 y ss.
[5] GÓMEZ COLOMER, J.L., Constitución y proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo Código Penal de 1995, Ed. Tecnos, 1996, pp. 66 y ss.

posible castigar como delito una conducta si no ha sido declarada como tal previamente por una ley (*nullum crimen sine previa lege*); 2º) *Garantía penal*: la garantía penal o principio de legalidad penal nos dice que tampoco es posible imponer una consecuencia jurídica del delito (pena y medida de seguridad) por órgano jurisdiccional competente, si ésta no se haya prevista previa y expresamente por una Ley (*nulla poena sine previa lege*); 3º) *Garantía jurisdiccional*: la garantía jurisdiccional o principio de legalidad procesal afirma que no se puede imponer una pena o medida de seguridad, en tanto son consecuencias jurídicas del delito, sino en virtud de sentencia firme dictada en proceso penal desarrollado conforme a la Ley Procesal ante el órgano jurisdiccional competente (*nemo damnetur nisi per legale iudicio*); 4º) *Garantía en la ejecución*: la garantía ejecutiva o principio de legalidad de la ejecución significa que, en su virtud, no puede procederse a la ejecución de una pena o medida de seguridad sino de acuerdo con las formalidades exigidas por la Ley (*nulla poena sine executione*).

La persecución de los delitos constituye, sin duda alguna, una prioridad en un país como el nuestro, dónde la Ley es la principal fuente del Derecho. Ahora bien, esta persecución, según han manifestado nuestros autores[6], no ha de estar exenta de limitaciones dignas de un Estado de Derecho y, por tanto, en las leyes habrán de constar siempre las garantías del ciudadano frente a la jurisdicción.

Asimismo, la concepción del principio de legalidad según el cual «todo delito debe ser perseguido y sancionado, porque su comisión ha puesto en peligro o ha violado un bien jurídico considerado digno de ese singular reproche que implica la acción penal y, en otro caso, si no se persigue, se está traicionando uno de los principios esenciales del estado de derecho» ha sido calificada, por MORENO CANTENA[7], como una concesión fundamentalista del Derecho, del Derecho Penal y del Sistema Penal.

El principio de legalidad encuentra su fundamento en la necesidad del proceso, toda vez que hay satisfacciones, como lo son, de un lado, la satisfacción penal y, de otro, las dimanantes de las pretensiones declarativas y constitutivas, que solamente se pueden obtener a través del proceso.

El artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla, desde una visión subjetiva, el principio de legalidad procesal, conforme al cual todos los sujetos del

[6] FAIRÉN GUILLEN, V. La identificación de personas desconocidas (Comentario al artículo 20 de la Ley de Protección de la seguridad Ciudadana, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, p. 179.

[7] MORENO CANTENA, V. El principio de oportunidad en España, en: Congreso Internacional sobre el principio de oportunidad en materia penal, Ministerio Público, La Plata, 2004, p. 98.

proceso, tanto los órganos jurisdiccionales civiles («los Tribunales»), como las partes, principales o accesorias («y quienes ante ellos acudan»), y los intervinientes en prueba, como es el caso de los testigos y peritos («e intervengan»), «deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley», es decir, en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Desde un punto de vista objetivo, el Prof. GIMENO[8] define el principio de legalidad procesal como la exigencia de que toda pretensión y su resistencia o defensa sea tramitada de conformidad con el procedimiento adecuado y las normas procesales previstas en la LEC.

III. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

El principio de contradicción o principio contradictorio, en el Derecho procesal, es un principio jurídico fundamental del proceso judicial moderno. Implica la necesidad de una dualidad de partes que sostienen posiciones jurídicas opuestas entre sí, de manera que el tribunal encargado de instruir el caso y dictar sentencia no ocupa ninguna postura en el litigio, limitándose a juzgar de manera imparcial acorde a las pretensiones y alegaciones de las partes.

Según este principio, el proceso es una controversia entre dos partes contrapuestas: el demandante y el demandado. El juez, por su parte, es el árbitro imparcial que debe decidir en función de las alegaciones de cada una de las partes.

Este principio suele aplicarse más en Derecho privado que en Derecho público (dada la igualdad existente entre las partes, y la idea de no injerencia en asuntos privados). Sin embargo, en ordenamientos de Derecho anglosajón, es habitual que el principio funcione también para el ámbito de Derecho penal, siendo entonces el demandante la fiscalía. El juez, una vez más, sería una parte independiente del proceso.

Por otro lado, el principio de contradicción exige que ambas partes puedan tener los mismos derechos de ser escuchados y de practicar pruebas, con la finalidad de que ninguna de las partes se encuentre indefensa frente a la otra. Requiere de una igualdad.

El principio de contradicción en España exige, como requisito previo a la actuación de una pretensión (o exigencia de un derecho al juez), la audiencia de la persona frente a quien dicha pretensión se dirige, concediéndole los medios de defensa que estime pertinentes.

[8] GIMENO SENDRA, V. Proceso Civil Práctico, Ed. La Ley, 2006.

Según constante y reiterada doctrina del TC[9], el artículo 24 CE, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los principios de contradicción e igualdad de armas, imponiendo la necesidad de que todo proceso esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción con la finalidad de que puedan defender sus derechos e intereses.

La interdicción de la indefensión requiere, por lo demás, tal y como ha advertido el TC[10], un indudable esfuerzo del órgano jurisdiccional, puesto que es a los órganos judiciales a quiénes corresponde, en definitiva, la obligación de procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen.

La necesidad de contradicción y equilibrio entre las partes está, además, reforzada, en el proceso penal, por la vigencia del principio acusatorio, que, como es sabido, impone, entre otras consecuencias, la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (nemo iudex sine acusatore) y de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial, para lo cual es imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte y manifestar ante el Juez los propios, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan las respectivas pretensiones.

El principio de contradicción se hace efectivo, tal y como previene la doctrina[11], mediante un buen sistema de notificaciones. Y ello es así debido a la circunstancia de que tan sólo la incomparecencia, en el proceso o en el recurso, debido a la voluntad expresa o tácita de la parte o, en su caso, a su negligencia, podría justificar una resolución sin haber oído sus alegaciones y examinado sus pruebas. Y se vulnera, sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva, produciendo al propio tiempo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, lo ve, ello no obstante, finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo.

[9] SSTC 1043/2004, de 27 de septiembre; 1271/2004, de 8 de noviembre; 307/2005, de 12 de diciembre.

[10] SSTC 138/1999, de 22 de julio; 114/2000, de 5 de mayo; 178/2001, de 17 de septiembre,

[11] FAIREN GUILLEN, V. Ensayo sobre procesos complejos, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

Asimismo, la completa modificación de los términos del debate procesal, en los que las partes han formulado sus respectivas pretensiones, podría ocasionar una vulneración del principio de contradicción, pues la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y una contradicción, y sólo en esos términos dialécticos, es justo el proceso y justa la decisión que en él recae.

El principio de contradicción, al que el TC ha calificado como «una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso»[12] se satisface, en el proceso penal, dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso.

El TC[13] ha afirmado, de manera reiterada, que la garantía de contradicción no requiere inexcusablemente que la declaración sumarial haya sido prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente imposible. Es la posibilidad de confrontación en el acto de juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial.

IV. PRINCIPIO DE AUDIENCIA

Bajo la cobertura del principio de audiencia que entendemos derivado del de dualidad de partes, pero no comprendido en su seno, se está haciendo alusión a que el proceso tiene una construcción dialéctica y a que en el debate judicial ambas partes deben ser oídas.

Este principio garantiza a los particulares la posibilidad de que sean oídos en el proceso. Tiene una de sus manifestaciones más relevantes en el ámbito del proceso penal a través de la prohibición de la condena en ausencia.

Para otorgar adecuada satisfacción, a los litigantes, en el ámbito de actuación procesal relativo a su audiencia, resulta imprescindible que, con carácter previo a dicha posibilidad de audiencia, tengan conocimiento de la existencia del proceso. Es por ello por lo que resulta imprescindible la verificación de las notificaciones, citaciones y

[12] SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 218/1997, de 4 de diciembre; 138/1999, de 22 de julio; 91/2000, de 30 de marzo; 155/2002, de 22 de julio.

[13] SSTC 155/2002, de 22 de julio; 187/2003, de 27 de octubre; 206/2003, de 1 de diciembre; 148/2005, de 6 de junio; 1/2006, de 16 de enero.

emplazamientos, efectuados por el órgano judicial, toda vez que la ausencia de estos actos de comunicación procesal podría, en un primer momento, vulnerar aquel derecho fundamental y, desde luego, en un momento ulterior, suponer una quiebra del principio de audiencia, por desconocimiento de la pendencia del litigio que, con la sola excepción del proceso penal, prosigue en ausencia del demandado.

El principio de audiencia no supone, como es lógico, un derecho ilimitado, del justiciable, a realizar todo tipo de manifestaciones a lo largo de todo el procedimiento, sino que se concreta a los períodos o fases de alegaciones, legalmente estipuladas, conforme a criterios de economía, conveniencia y oportunidad.

Ahora bien, el principio de audiencia no ha de concretarse, en exclusiva, en el período de alegaciones fácticas y jurídicas, sino que ha de alcanzar, como es lógico, a la actividad probatoria, puesto que de poco o nada serviría, para la convicción del Juez en un determinado sentido, la exposición o narración de unos hechos, sin que se le permitiera, al propio tiempo, al autor de dicho relato, la demostración empírica de su realidad. Encuentra una de sus máximas proyecciones en el plano práctico, en la constante exigencia legal de «dar traslado a la otra parte» con el objeto de que tenga oportunidad de alegar lo que a su pretensión o resistencia convenga en cada momento del procedimiento. De manera que se producirá la vulneración judicial de dicho principio cuando se condene a un sujeto sin haberle dado la oportunidad real de haber sido, materialmente oído.

V. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS PROCESALES

En el texto constitucional español de 1978 no encontramos una formulación expresa del criterio de la igualdad procesal, lo que ha provocado un amplio debate doctrinal sobre la realidad de nuestra jurisprudencia constitucional en cuanto a la ubicación concreta de su amparo.

Aun cuando la jurisprudencia constitucional española ha estimado que la proyección procesal del principio de igualdad de armas no puede ampararse en el artículo 14 CE, debiendo conectarse, por el contrario, con el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa[14], y con el derecho a un proceso con todas las

[14] STC 27/85, de 15 de noviembre, Sala Primera. Rec. amparo:613/84, Ponente: Manuel Diez de Velasco, FJ.1.

garantías[15], entendemos que de forma genérica aparece consagrado expresamente en el artículo 14 CE, mientras que a nivel procesal debe entenderse como una de las garantías que integran la cláusula abierta del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE[16].

En efecto, el artículo 14 de la CE establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». De cuyo tenor puede desprenderse, en este sentido, que no cabe tolerar soluciones de desigualdad, ante situaciones sustancialmente iguales, sino al margen del precepto constitucional, lo que trasladado al ámbito de nuestra disciplina, se traduce en la prohibición de consentir situaciones de privilegio a una de las partes, en detrimento del perjuicio ocasionado, como consecuencia de ese beneficio, a la otra.

En este sentido, resulta evidente, tal y como ha advertido la doctrina[17], que si hubiera una parte con predominio sobre la otra, entonces el Juez no tendría en sus manos un mecanismo de tutela imparcial y su sentencia estaría muy condicionada por el predominio de esa parte.

Ahora bien, el principio de igualdad de las partes en el proceso, que constituye una aspiración de la justicia comúnmente reconocida, no parte del propio origen o comienzo del proceso, sino que ha de ser observado y tutelado, por el Juez, a lo largo de todo el procedimiento, al objeto de evitar la eventual aparición de posiciones discriminatorias.

Pese a todo, llama la atención a los estudiosos del proceso, la falta de igualdad predicable de la fase de instrucción del proceso penal, en la que el Juez, a espaldas del sospechoso o procesado, realiza muchas actuaciones destinadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, siendo la mayoría incriminatorias. Esta fase de igualdad, claramente predicable de la fase de instrucción de nuestros procesos penales, encuentra, sin embargo, su fundamento, según la doctrina[18], de un lado, en la generalizada consideración de dicha fase como «una fase previa y preparatoria del plenario o juicio oral, que constituye el núcleo decisivo del proceso penal» y, de otro, en

[15] STC 27/85, de 26 de febrero. Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 620/84. Ponente: Gloria Begué Cantón, FJ.3.

[16] GIMENO SENDRA, V. Derecho Procesal. Procesal Penal, II. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1991, p. 60.

[17] CORTÉS DOMINGUEZ, V., Principios constitucionales en el proceso civil, p. 148.

[18] DE LA OLIVA SANTOS, A., Derecho Procesal. Introducción, Madrid 2002, p.56.

el «razonable contrapeso de la ventaja de la que el presunto delincuente ha podido disponer».

Pero no solo se producen situaciones de desigualdad, en el ámbito de conocimiento del Derecho Procesal, dentro del propio proceso, sino también fuera de su seno. Las situaciones de desigualdad originadas dentro del proceso generan, como es lógico, soluciones desventajosas, que surtirán efectos perjudiciales para quienes hubieren sufrido el atentado a aquel principio constitucional, también fuera del proceso. Como sería el caso de quien obtuvo una sentencia desfavorable a sus intereses como consecuencia de no haber podido practicar la prueba que hubiera amparado su pretensión o defensa porque el Juez la estimó inoportuna, sin mayor justificación que la negativa a la celebración de su práctica. En este sentido, resulta notorio afirmar que las situaciones de «desigualdad formal o procesal» ocasionan, por regla general, posiciones de «desigualdad material».

Ahora bien, en ciertas ocasiones las situaciones de desigualdad se producen con independencia del proceso. Esto es lo que sucede cuando, habiéndose respetado a lo largo del procedimiento el principio de igualdad de armas, se obtiene, ello no obstante, por todo resultado, una sentencia desfavorable, sin perjuicio de la existencia de una jurisprudencia consolidada en sentido opuesto al que ha obtenido el particular en este caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

SANCHEZ AGESTA, L. Sistema político de la Constitución Española de 1978, Madrid, 1987.

GIMENO SENDRA, V., Fundamentos del Derecho Procesal" (Jurisdicción, acción y proceso), Ed. Civitas, Madrid, 1981.

CORDÓN MORENO, F. Introducción al Derecho Procesal, Ed. Eunsa, 3ª ed, Pamplona, 1998.

GÓMEZ COLOMER, J.L., Constitución y proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo Código Penal de 1995, Ed. Tecnos, 1996.

FAIRÉN GUILLEN, V. La identificación de personas desconocidas (Comentario al artículo 20 de la Ley de Protección de la seguridad Ciudadana, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992.

MORENO CANTENA, V. El principio de oportunidad en España, en: Congreso Internacional sobre el principio de oportunidad en materia penal, Ministerio Público, La Plata, 2004.

GIMENO SENDRA, V. Proceso Civil Práctico, Ed. La Ley, 2006.

FAIREN GUILLEN, V. Ensayo sobre procesos complejos, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

GIMENO SENDRA, V. Derecho Procesal. Procesal Penal, II. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1991.

CORTÉS DOMINGUEZ, V., Principios constitucionales en el proceso civil.

DE LA OLIVA SANTOS, A., Derecho Procesal. Introducción, Madrid 2002.

* * * * *

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY

1. Unión Europea

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.

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 86,

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Previa transmisión del proyecto de acto legislativo a los Parlamentos nacionales,

Vista la notificación de Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumanía, por la que dichos Estados miembros comunicaron el 3 de abril de 2017 al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión su deseo de establecer una cooperación reforzada sobre la base del proyecto de reglamento,

Vista la aprobación del Parlamento Europeo[1],

De conformidad con un procedimiento legislativo especial,

Considerando lo siguiente:

(1) La Unión se ha fijado el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia.

(2) La posibilidad de crear la Fiscalía Europea está prevista en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el título relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia.

(3) Tanto la Unión como los Estados miembros de la Unión Europea tienen la obligación de proteger los intereses financieros de la Unión de delitos que cada año causan daños financieros significativos. En la actualidad, sin embargo, las autoridades nacionales de justicia penal no siempre investigan ni persiguen suficientemente esos delitos.

(4) El 17 de julio de 2013, la Comisión adoptó una propuesta de reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea.

[1] Aprobación de 5 de octubre de 2017 (pendiente de publicación en el Diario Oficial).

(5) En su reunión de 7 de febrero de 2017, el Consejo registró la falta de unanimidad sobre el proyecto de reglamento.

(6) Conforme al artículo 86, apartado 1, párrafo segundo, del TFUE, un grupo de diecisiete Estados miembros solicitó, en una carta con fecha de 14 de febrero de 2017, que el proyecto de reglamento se remitiera al Consejo Europeo.

(7) El 9 de marzo de 2017, el Consejo Europeo debatió el proyecto de reglamento y tomó nota de que no había acuerdo en el sentido del artículo 86, apartado 1, párrafo tercero, del TFUE.

(8) El 3 de abril de 2017, Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumanía, comunicaron al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión que deseaban establecer una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Por consiguiente, en virtud del artículo 86, apartado 1, párrafo tercero, del TFUE, se considera concedida la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el artículo 20, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el artículo 329, apartado 1, del TFUE, y las disposiciones relativas a la cooperación reforzada se aplican a partir del 3 de abril de 2017. Además, mediante sendas cartas de 19 de abril de 2017, 1 de junio de 2017, 9 de junio de 2017 y 22 de junio de 2017, Letonia, Estonia, Austria e Italia, respectivamente, indicaron su deseo de participar en el establecimiento de la cooperación reforzada.

(9) De conformidad con el artículo 328, apartado 1, del TFUE, las cooperaciones reforzadas han de estar abiertas a todos los Estados miembros de la Unión Europea en el momento en que se establezcan. También lo estarán en cualquier otro momento, en particular en lo que se refiere a una cooperación reforzada existente, siempre y cuando se respeten los actos ya adoptados en ese marco. La Comisión y los Estados miembros que participen en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (en lo sucesivo, «Estados miembros») deben procurar fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros de la Unión Europea. El presente Reglamento debe ser vinculante en su totalidad y directamente aplicable solo en los Estados miembros que participan en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, o en virtud de una decisión adoptada de conformidad con el artículo 331, apartado 1, párrafos segundo o tercero, del TFUE.

(10) De conformidad con el artículo 86 del TFUE, la Fiscalía Europea debe crearse a partir de Eurojust. Esto significa que el presente Reglamento debe establecer una estrecha relación entre ambas basada en la cooperación mutua.

(11) El TFUE dispone que el ámbito de competencias material de la Fiscalía Europea se limita a las infracciones penales que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión de conformidad con el presente Reglamento. Así, pues, las funciones de la Fiscalía Europea deben ser investigar, procesar y llevar a juicio a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión con arreglo a la Directiva (UE)

2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo[2] (2), así como los delitos que están indisociablemente vinculados con ellos. Toda ampliación de esta competencia para que incluya delitos graves de dimensión transfronteriza requiere una decisión unánime del Consejo Europeo.

(12) De conformidad con el principio de subsidiariedad, las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, debido a su dimensión y efectos, se pueden combatir mejor a escala de la Unión. La situación actual, en la que el ejercicio de la acción penal por infracciones contra dichos intereses recae exclusivamente en las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea, no siempre es suficiente para lograr el mencionado objetivo. Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, intensificar la lucha contra infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión mediante la creación de la Fiscalía Europea, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros de la Unión Europea, debido a la fragmentación de los procesos penales nacionales relativos a las infracciones contra dichos intereses, sino que pueden lograrse mejor a escala de la Unión, puesto que la Fiscalía Europea tendrá competencias para ejercer la acción penal por tales infracciones, la Unión puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos y garantiza que su repercusión en los sistemas jurídicos y estructuras institucionales de los Estados miembros sea lo menos intrusiva posible.

(13) El presente Reglamento establece un sistema de competencias compartidas entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales encargadas de combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, basado en el derecho de avocación de la Fiscalía Europea.

(14) Atendiendo al principio de cooperación leal, tanto la Fiscalía Europea como las autoridades nacionales competentes deben apoyarse e informarse mutuamente con el fin de luchar con eficacia contra las infracciones incluidas en el ámbito de competencia de la Fiscalía Europea.

(15) El presente Reglamento no afecta a los sistemas nacionales de los Estados miembros en lo que respecta al modo en que se organizan las investigaciones penales.

(16) Puesto que se van a otorgar a la Fiscalía Europea poderes para la investigación y el ejercicio de la acción penal, deben establecerse garantías institucionales que aseguren la independencia de la Fiscalía Europea y obliguen a esta a rendir cuentas ante las instituciones de la Unión.

(17) La Fiscalía Europea debe actuar en interés de la Unión en su conjunto y no pedir ni aceptar instrucciones de ninguna persona ajena a la propia Fiscalía Europea.

[2] 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 (DO L 198 de 28.7.2017, p. 29).

(18) La estricta rendición de cuentas constituye un complemento de la independencia y los poderes que se otorgan a la Fiscalía Europea en virtud del presente Reglamento. El Fiscal General Europeo es plenamente responsable del correcto ejercicio de sus funciones como jefe de la Fiscalía Europea y, en calidad de tal, asume una responsabilidad institucional global respecto de sus actividades generales ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Como consecuencia de ello, en determinadas circunstancias, cualquiera de dichas instituciones puede solicitar su cese al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia»), incluido en casos graves de conducta indebida. Debe aplicarse el mismo procedimiento para la destitución de los Fiscales Europeos.

(19) La Fiscalía Europea debe elaborar y hacer público un informe anual sobre sus actividades generales que incluya al menos datos estadísticos sobre el trabajo de la Fiscalía Europea.

(20) La estructura organizativa de la Fiscalía Europea debe permitir una toma de decisiones rápida y eficaz en la dirección de las investigaciones y acusaciones, con independencia de que impliquen a uno o a varios Estados miembros. Dicha estructura debe garantizar además que todos los sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros estén representados en la Fiscalía Europea y que fiscales con conocimientos del correspondiente sistema jurídico llevarán en principio las investigaciones y acusaciones en sus respectivos Estados miembros.

(21) A tal fin, la Fiscalía Europea debe ser un órgano indivisible de la Unión, que funcione como un solo organismo. El nivel central está integrado por el Fiscal General Europeo, que es el jefe de la Fiscalía Europea en su conjunto y el jefe del Colegio de Fiscales Europeos, las Salas Permanentes y los Fiscales Europeos. El nivel descentralizado está integrado por los Fiscales Europeos Delegados, establecidos en los Estados miembros.

(22) Además, con el fin de garantizar la coherencia de la actuación de la Fiscalía Europea y, por tanto, una protección equivalente de los intereses financieros de la Unión, la estructura organizativa y el proceso de decisión interno de la Fiscalía Europea deben permitir a la oficina central controlar, dirigir y supervisar todas las investigaciones iniciadas por Fiscales Europeos Delegados y los procesos penales en que estos intervengan.

(23) En el presente Reglamento, los términos «seguimiento general», «vigilancia y dirección» y «supervisión» se utilizan para describir diferentes actividades de control realizadas por la Fiscalía Europea. Por «seguimiento general» debe entenderse la administración general de las actividades de la Fiscalía Europea; en el marco de esta labor solo se dan instrucciones sobre cuestiones que tengan una importancia horizontal para la Fiscalía Europea. Por «vigilancia y dirección» debe entenderse la potestad de vigilar y dirigir investigaciones y procesos penales concretos; por «supervisión» debe entenderse un seguimiento más estrecho y continuado de las investigaciones y procesos penales; en el marco de esta labor, cuando resulte necesario, se puede intervenir en investigaciones y procesos penales y dar instrucciones al respecto.

(24) El Colegio debe adoptar decisiones sobre cuestiones estratégicas, incluida la determinación de las prioridades de la Fiscalía Europea y su política en materia de investigación y ejercicio de la acción penal, y sobre cuestiones generales que surjan en casos concretos, por ejemplo en relación con la aplicación del presente Reglamento, la correcta ejecución de la política de la Fiscalía Europea en materia de investigación y ejercicio de la acción penal o cuestiones de principio o de importancia significativa para la definición de una estrategia coherente en materia de investigación y ejercicio de la acción penal de la Fiscalía Europea. Las decisiones del Colegio sobre cuestiones generales no deben afectar al deber de investigar y ejercer la acción penal conforme al presente Reglamento y a la legislación nacional. El Colegio debe hacer cuanto esté en su mano para decidir por consenso. Cuando no se pueda alcanzar tal consenso, las decisiones deben someterse a votación.

(25) Las Salas Permanentes deben vigilar y dirigir las investigaciones y garantizar la coherencia de las actividades de la Fiscalía Europea. La composición de las Salas Permanentes debe determinarse de conformidad con el reglamento interno de la Fiscalía Europea, que, entre otras cosas, debe prever que un Fiscal Europeo pueda ser miembro de varias Salas Permanentes cuando resulte conveniente para garantizar, en la medida de lo posible, un reparto equitativo de la carga de trabajo entre los distintos Fiscales Europeos.

(26) Las Salas Permanentes deben estar presididas por el Fiscal General Europeo o uno de los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo o por un Fiscal Europeo, de conformidad con los principios establecidos en el reglamento interno de la Fiscalía Europea.

(27) La asignación de los casos a las diferentes Salas Permanentes debe basarse en un sistema de reparto aleatorio de modo que se garantice, en la medida de lo posible, una distribución equitativa de la carga de trabajo. Conviene que se pueda incumplir este principio para asegurar el funcionamiento correcto y eficiente de la Fiscalía Europea, cuando así lo decida el Fiscal General Europeo.

(28) Un Fiscal Europeo de cada Estado miembro debe ser nombrado para el Colegio. Los Fiscales Europeos deben en principio supervisar, en nombre de la Sala Permanente competente, las investigaciones realizadas y las acciones penales ejercidas por los Fiscales Europeos Delegados en sus respectivos Estados miembros de origen. Deben actuar como enlace entre la oficina central y el nivel descentralizado en sus respectivos Estados miembros, facilitando el funcionamiento de la Fiscalía Europea como un organismo único. El Fiscal Europeo supervisor debe verificar también la compatibilidad de cualesquiera instrucciones con el Derecho nacional, e informar a la Sala Permanente en caso de que las instrucciones no lo sean.

(29) Debido a la carga de trabajo relacionada con un número elevado de investigaciones y acusaciones en un Estado miembro determinado, un Fiscal Europeo debe poder solicitar que, con carácter excepcional, la supervisión de determinadas investigaciones y acusaciones en su Estado miembro de origen puedan asignarse a otros Fiscales Europeos. La decisión debe ser adoptada por el Fiscal General Europeo con el

acuerdo del Fiscal Europeo que vaya a asumir los asuntos en cuestión. Los criterios para adoptar tales decisiones deben establecerse en el reglamento interno de la Fiscalía Europea, y deben incluir que el Fiscal Europeo que asuma los asuntos tenga un conocimiento suficiente de la lengua y del sistema jurídico del Estado miembro de que se trate.

(30) Por regla general, las investigaciones de la Fiscalía Europea deben ser efectuadas por los Fiscales Europeos Delegados en los Estados miembros. Deben hacerlo de conformidad con el presente Reglamento y, para las cuestiones no reguladas por el presente Reglamento, de conformidad con el Derecho nacional. Los Fiscales Europeos Delegados deben desempeñar sus funciones bajo la supervisión del Fiscal Europeo supervisor y bajo la dirección y siguiendo las instrucciones de la Sala Permanente competente. Cuando el Derecho nacional de un Estado miembro establezca el control jurisdiccional interno de determinados actos dentro de la estructura de la fiscalía nacional, el control jurisdiccional de dichas decisiones adoptadas por el Fiscal Europeo Delegado debe entrar dentro de la potestad supervisora del Fiscal Europeo supervisor de conformidad con el reglamento interno de la Fiscalía Europea. En tales casos, los Estados miembros no deben estar obligados a disponer el control jurisdiccional por los tribunales nacionales, sin perjuicio del artículo 19 del TUE y del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

(31) El ejercicio de las funciones del fiscal ante los órganos jurisdiccionales competentes continúa hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si el sospechoso o acusado ha cometido o no el delito, con inclusión, cuando proceda, de la sentencia y la resolución de cualquier acción legal o recurso que quepa interponer hasta que dicha decisión sea definitiva.

(32) Los Fiscales Europeos Delegados deben ser parte integrante de la Fiscalía Europea y, como tales, cuando investiguen y acusen por delitos que sean competencia de la Fiscalía Europea, deben actuar exclusivamente en nombre y por cuenta de la Fiscalía Europea en el territorio de sus respectivos Estados miembros. Para ello deben disfrutar, en virtud del presente Reglamento, de un estatuto de independencia funcional y jurídica, diferente de cualquier estatuto que les asigne el Derecho nacional.

(33) No obstante su estatuto especial con arreglo al presente Reglamento, los Fiscales Europeos Delegados también deben ser durante su mandato miembros de los servicios de investigación penal de sus respectivos Estados miembros, es decir, un fiscal o miembro de la judicatura, y sus respectivos Estados miembros deben concederles como mínimo los mismos poderes que a los fiscales nacionales.

(34) Los Fiscales Europeos Delegados deben estar obligados a seguir las instrucciones de las Salas Permanentes y de los Fiscales Europeos. Si un Fiscal Europeo Delegado considera que una instrucción le obligaría a tomar medidas no conformes con el Derecho nacional, debe pedir al Fiscal General Europeo que revise dicha instrucción.

(35) El Fiscal Europeo Delegado encargado de un caso debe informar al Fiscal Europeo supervisor y a la Sala Permanente competente de todo elemento significativo en la evolución del caso, como la ejecución de medidas de investigación o la modificación de la lista de investigados.

(36) Las Salas Permanentes deben ejercer sus poderes de decisión en fases específicas de los procesos de la Fiscalía Europea con el fin de garantizar que se mantenga una estrategia común en materia de investigación y ejercicio de la acción penal. Deben adoptar decisiones sobre la base de la propuesta de decisión presentada por el Fiscal Europeo Delegado que se encargue del caso. No obstante, en casos excepcionales, una Sala Permanente debe poder adoptar una decisión sin una propuesta de decisión del Fiscal Europeo Delegado encargado. En tales casos, el Fiscal Europeo supervisor del caso puede presentar dicha propuesta de decisión.

(37) Las Salas Permanentes deben poder delegar sus poderes de decisión en el Fiscal Europeo supervisor en casos concretos que no se refieran a delitos graves o a procesos complejos. Al evaluar el nivel de gravedad de un delito, deben tenerse en cuenta sus repercusiones a escala de la Unión.

(38) Debe preverse en el reglamento interno de la Fiscalía Europea un mecanismo de sustitución entre los Fiscales Europeos. El mecanismo de sustitución debe utilizarse cuando un Fiscal Europeo no está disponible para desempeñar sus funciones durante un breve período, por ejemplo por ausencia.

(39) Además, un Fiscal Europeo debe ser sustituido por uno de los Fiscales Europeos Delegados de su Estado miembro cuando dimita, sea cesado o abandone su cargo por cualquier otra razón, o, por ejemplo, en caso de enfermedad prolongada. La sustitución debe limitarse a un período máximo de tres meses. La posibilidad de prolongar este período debe dejarse a la apreciación del Colegio, cuando se considere necesario, teniendo en cuenta la carga de trabajo de la Fiscalía Europea y la duración de la ausencia, en espera del reemplazo o del regreso del Fiscal Europeo. El Fiscal Europeo Delegado que sustituya al Fiscal Europeo debe quedar relevado, mientras dure la sustitución, de las investigaciones y procesos de los que se encargase en su calidad de Fiscal Europeo Delegado o de fiscal nacional. Por lo que respecta a los procedimientos de la Fiscalía Europea de los que se ocupase el Fiscal Europeo Delegado que sustituya a un Fiscal Europeo, deben aplicarse las normas de reasignación de la Fiscalía Europea.

(40) El procedimiento de nombramiento del Fiscal General Europeo y los Fiscales Europeos debe garantizar su independencia. Su legitimidad debe dimanar de las instituciones de la Unión que participen en el procedimiento de nombramiento. Los adjuntos del Fiscal General Europeo deben ser nombrados por el Colegio de entre sus miembros.

(41) Un comité de selección debe establecer una lista restringida de candidatos para el cargo de Fiscal General Europeo. Debe conferirse al Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión, la potestad de establecer el reglamento interno del comité y de nombrar a sus miembros. Esta potestad de ejecución estaría en consonancia con los

poderes específicos atribuidos al Consejo en virtud del artículo 86 del TFUE y con la naturaleza específica de la Fiscalía Europea, que mantendrá un firme arraigo en las estructuras jurídicas nacionales y será, al mismo tiempo, un organismo de la Unión. La Fiscalía Europea trabajará en procesos en que la mayoría de los demás agentes serán órganos nacionales como tribunales o juzgados, cuerpos de policía y otros servicios encargados del cumplimiento de la ley, razón por la cual el Consejo tiene un interés específico en participar de cerca en el proceso de nombramiento. Al otorgar estos poderes al Consejo se tiene además debidamente en cuenta la naturaleza potencialmente sensible de cualquier potestad decisoria que tenga repercusiones directas en las estructuras nacionales, tanto judiciales como de investigación penal. El Parlamento Europeo y el Consejo, de común acuerdo, deben nombrar Fiscal General Europeo a uno de los candidatos que figuran en la lista restringida.

(42) Cada Estado miembro debe nominar a tres candidatos para el cargo de Fiscal Europeo para que el Consejo proceda a su selección y nombramiento. Con el fin de garantizar la continuidad de la labor del Colegio, debe procederse cada tres años a una renovación parcial, con la sustitución de un tercio de los Fiscales Europeos. Deben otorgarse al Consejo poderes para adoptar las normas transitorias que se aplicarán al nombramiento de los Fiscales Europeos para el primer mandato y a su actuación durante este. Esa potestad de ejecución está en consonancia con la potestad de selección y nombramiento de los Fiscales Europeos atribuida al Consejo. Esta potestad también se justifica por la naturaleza específica de los Fiscales Europeos, que están ligados a sus respectivos Estados miembros y son al mismo tiempo miembros del Colegio y, de manera más general, por la naturaleza específica de la Fiscalía Europea, siguiendo la misma lógica que subyace a la potestad de ejecución otorgada al Consejo para establecer el reglamento interno del comité de selección y para nombrar a sus miembros. El Consejo debe tener en cuenta el ámbito geográfico de los Estados miembros al decidir sobre la sustitución parcial de un tercio de los Fiscales Europeos durante el período de su primer mandato.

(43) El procedimiento de nombramiento de los Fiscales Europeos Delegados debe garantizar que estos formen parte integrante de la Fiscalía Europea sin dejar de estar integrados operativamente en sus sistemas jurídicos y estructuras judiciales y de ejercicio de la acción penal nacionales. Los Estados miembros deben nominar a sus candidatos para el cargo de Fiscales Europeos Delegados, los cuales deben ser nombrados por el Colegio a propuesta del Fiscal General Europeo.

(44) Para garantizar una gestión adecuada de la carga de trabajo de la Fiscalía Europea, debe haber dos o más Fiscales Europeos Delegados en cada Estado miembro. El Fiscal General Europeo debe aprobar el número de Fiscales Europeos Delegados por Estado miembro, así como la división funcional y territorial de tareas entre los mismos, en consulta con cada Estado miembro. En dichas consultas, debe tenerse debidamente en cuenta la organización de los sistemas nacionales de investigación penal. El concepto de división funcional de competencias entre Fiscales Europeos Delegados puede permitir una división de tareas.

(45) El número total de Fiscales Europeos Delegados en un Estado miembro puede ser modificado con la aprobación del Fiscal General Europeo, respetando los límites de la línea presupuestaria anual asignada a la Fiscalía Europea.

(46) El Colegio debe ser responsable de los procedimientos disciplinarios relativos a los Fiscales Europeos Delegados en cuanto actúen en el marco del presente Reglamento. Dado que los Fiscales Europeos Delegados siguen siendo miembros activos de las fiscalías o de la judicatura de sus respectivos Estados miembros y pueden ejercer también funciones de fiscales nacionales, las disposiciones disciplinarias nacionales pueden aplicarse por razones no relacionadas con el presente Reglamento. No obstante, en tales casos, el Fiscal General Europeo debe ser informado de la destitución o de cualquier otra medida disciplinaria, dadas sus responsabilidades en la gestión de la Fiscalía Europea y con el fin de proteger la integridad e independencia de esta.

(47) El trabajo de la Fiscalía Europea debe en principio llevarse a cabo en formato electrónico. Debe establecerse un sistema de gestión de casos, que pertenezca a la Fiscalía Europea y gestionado por esta. La información incluida en el sistema de gestión de casos debe abarcar la información recibida sobre posibles delitos que sean competencia de la Fiscalía Europea, así como la información procedente de los expedientes, incluso después de que estos se hayan cerrado. Al establecer el sistema de gestión de casos, la Fiscalía Europea debe velar por que el sistema permita a la Fiscalía funcionar como un organismo único en el que los expedientes gestionados por Fiscales Europeos Delegados estén a disposición de la oficina central para el ejercicio de sus funciones de decisión, vigilancia, dirección y supervisión.

(48) Las autoridades nacionales deben informar sin dilación a la Fiscalía Europea de toda conducta que pueda constituir un delito incluido en el ámbito de competencia de la Fiscalía Europea. En los casos que no sean de su competencia, la Fiscalía Europea debe informar a las autoridades nacionales competentes de cualquier hecho del que tenga conocimiento y que pudiera constituir delito, como por ejemplo un falso testimonio.

(49) Las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como las autoridades nacionales deben informar sin dilación a la Fiscalía Europea de todo delito respecto del cual pueda ejercer su competencia. La Fiscalía Europea también puede recibir o recabar información de otras fuentes, por ejemplo de particulares. La Fiscalía Europea debe dotarse de un mecanismo de verificación que le permita evaluar, sobre la base de la información recibida, si se cumplen las condiciones de competencia material, territorial y personal de la Fiscalía Europea.

(50) Los denunciantes internos pueden aportar nueva información a la Fiscalía Europea, asistiéndole así en su trabajo con objeto de investigar, acusar y llevar a juicio a los autores de delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión. No obstante, pueden verse disuadidos de ello por temor a represalias. Con el fin de facilitar la detección de los delitos que son competencia de la Fiscalía Europea, se alienta a los Estados miembros a que establezcan, de conformidad con sus legislaciones nacionales,

procedimientos eficaces para permitir la denuncia de posibles delitos que son competencia de la Fiscalía Europea, y a que garanticen la protección de las personas que denuncien tales delitos frente a represalias, y en particular frente a actuaciones adversas o discriminatorias en materia de empleo. La Fiscalía Europea debe desarrollar sus propias normas internas al respecto en caso necesario.

(51) Con objeto de cumplir plenamente su obligación de informar a la Fiscalía Europea cuando existan sospechas de que se ha cometido un delito incluido en el ámbito de competencia de esta, las autoridades nacionales de los Estados miembros y todas las instituciones, órganos y organismos de la Unión deben seguir los procedimientos de notificación vigentes y dotarse de mecanismos eficaces para efectuar una evaluación preliminar de las denuncias que les lleguen. A tal fin, las instituciones, órganos y organismos de la Unión pueden recurrir a los servicios de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

(52) Las autoridades de los Estados miembros deben establecer un sistema que garantice que la información se comunique a la Fiscalía Europea lo antes posible. Corresponde a los Estados miembros decidir si establecen un sistema directo o centralizado.

(53) El cumplimiento de dicha obligación de comunicación es esencial para el buen funcionamiento de la Fiscalía Europea, y debe interpretarse en sentido amplio para garantizar que las autoridades nacionales informen también de aquellos casos en que la evaluación de algunos criterios no es inmediatamente posible (por ejemplo el nivel de daños o la pena aplicable). La Fiscalía Europea también debe estar facultada para solicitar a las autoridades de los Estados miembros información caso por caso sobre otros delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión. De ahí no se debe deducir que la Fiscalía Europea pueda solicitar de forma sistemática o periódica información a las autoridades de los Estados miembros sobre delitos menores.

(54) La investigación eficiente de delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión y el principio ne bis in idem pueden exigir, en determinados casos, que la investigación se amplíe con arreglo a la legislación nacional a otros delitos que estén indisociablemente vinculados con un delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión. El concepto de «delitos indisociablemente vinculados» debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia pertinente, la cual mantiene como criterio importante, para la aplicación del principio de ne bis in idem, la identidad de los hechos materiales (o hechos que sean sustancialmente iguales), entendida como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisociablemente vinculadas entre sí en el tiempo y en el espacio.

(55) La Fiscalía Europea debe tener el derecho a ejercer su competencia en caso de delitos indisociablemente vinculados, cuando el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión sea preponderante, en cuanto a la gravedad del delito de que se trate, lo que queda reflejado en la máxima sanción que se podría imponer.

(56) No obstante, la Fiscalía Europea también debe tener el derecho a ejercer su competencia en caso de delitos indisociablemente vinculados, cuando el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión no sea preponderante en cuanto al grado de sanción, pero cuando el otro delito indisociablemente vinculado se considere de carácter accesorio por naturaleza por cuanto sea meramente instrumental para el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión, en particular cuando ese otro delito se haya cometido con el objetivo principal de crear las condiciones necesarias para cometer el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión, como un delito estrictamente dirigido a asegurarse los medios materiales o legales para cometer el delito que perjudique a los intereses financieros de la Unión, o para asegurarse el beneficio o producto de dicho delito.

(57) El concepto de «delitos relativos a la participación en una organización delictiva» debe responder a la definición establecida en la legislación nacional de conformidad con la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo[3], y puede abarcar, por ejemplo, la pertenencia a una organización delictiva o la organización y dirección de esta.

(58) La competencia de la Fiscalía Europea respecto de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión debe, por regla general, tener prioridad sobre las reclamaciones nacionales de competencia, de forma que dicha Fiscalía pueda orientar y garantizar la coherencia de las investigaciones y el ejercicio de la acción penal a escala de la Unión. En lo que respecta a dichos delitos, las autoridades de los Estados miembros deben abstenerse de actuar, a menos que sean necesarias medidas urgentes, hasta que la Fiscalía Europea haya decidido si procede asumir una investigación.

(59) Debe considerarse que un asunto particular va a tener repercusiones a escala de la Unión cuando, entre otras cosas, un delito tenga carácter y magnitud transnacionales, o cuando el delito en cuestión implique a una organización delictiva, o cuando, dado el carácter específico del delito, este pueda representar una grave amenaza para los intereses financieros de la Unión o para el prestigio de las instituciones de la Unión y la confianza que los ciudadanos de la Unión depositan en ellas.

(60) Cuando la Fiscalía Europea no pueda ejercer su competencia en un caso particular porque haya motivos para suponer que el perjuicio ocasionado o que pueda ocasionarse a los intereses financieros de la Unión no es mayor que el perjuicio ocasionado o que pueda ocasionarse a otra víctima, la Fiscalía Europea debe, sin embargo, poder ejercer su competencia siempre que esté en mejores condiciones para investigar o ejercer la acción penal que las autoridades del Estado o Estados miembros correspondientes. Podría entenderse que la Fiscalía Europea está en mejores condiciones, entre otros casos, cuando sea más eficaz dejar a la Fiscalía Europea investigar o ejercer la acción penal sobre el correspondiente delito debido a su carácter y magnitud transnacionales, o cuando el delito implique a una organización delictiva, o

[3] Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (DO L 300 de 11.11.2008, p. 42).

cuando, dado el carácter específico del delito, este pueda constituir una grave amenaza para los intereses financieros de la Unión o para el prestigio de las instituciones de la Unión y la confianza que los ciudadanos de la Unión depositan en ellas. En tales casos, la Fiscalía Europea debe poder ejercer su competencia con la aprobación de las autoridades nacionales competentes del Estado o Estados miembros, cuando se haya causado perjuicio a otra víctima o víctimas.

(61) Cuando una autoridad judicial o policial de un Estado miembro inicie una investigación respecto de un delito y considere que la Fiscalía Europea podría no ejercer su competencia, debe informar de ello a la Fiscalía Europea, para que esta pueda evaluar si debe o no ejercer su competencia.

(62) En caso de desacuerdo sobre cuestiones relativas al ejercicio de la competencia, deben ser las autoridades nacionales competentes quienes decidan sobre la atribución de competencia. El concepto de «autoridades nacionales competentes» debe interpretarse en el sentido de cualquier autoridad judicial que sea competente para decidir sobre la atribución de competencia de conformidad con el Derecho nacional.

(63) Dado que la Fiscalía Europea debe ejercer la acusación ante los órganos jurisdiccionales nacionales, su competencia debe definirse por referencia al Derecho penal de los Estados miembros, en el que se tipifican los actos u omisiones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión y se determinan las sanciones aplicables mediante la incorporación de la correspondiente legislación europea, en particular la Directiva (UE) 2017/1371, en los sistemas jurídicos nacionales.

(64) La Fiscalía Europea debe ejercer su competencia con la mayor amplitud posible, de forma que sus investigaciones y su ejercicio de la acción penal puedan abarcar los delitos cometidos fuera del territorio de los Estados miembros.

(65) Las investigaciones y el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía Europea deben regirse por los principios de proporcionalidad, imparcialidad y equidad hacia el sospechoso o acusado. Tales principios obligan a buscar todo tipo de pruebas, tanto inculpatorias como exculpatorias, ya sea motu proprio o a petición de la defensa.

(66) Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y luchar eficazmente contra los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, las actividades de la Fiscalía Europea en materia de investigación y ejercicio de la acción penal deben regirse por el principio de legalidad, en virtud del cual la Fiscalía Europea aplica estrictamente las normas establecidas en el presente Reglamento relativas, en particular, a la competencia y su ejercicio, el inicio de investigaciones, la conclusión de investigaciones, la remisión de un caso, su archivo y los procedimientos simplificados de ejercicio de la acción penal por acuerdo.

(67) A fin de proteger de manera óptima los derechos de la defensa, el sospechoso o acusado debe, en principio, ser objeto únicamente de una sola investigación o acción penal de la Fiscalía Europea. En caso de que un delito haya sido cometido por varias personas, la Fiscalía Europea debe, en principio, iniciar un solo procedimiento y llevar a cabo investigaciones conjuntamente respecto de todos los sospechosos o acusados.

(68) En caso de que varios Fiscales Europeos Delegados hayan abierto investigaciones respecto del mismo delito, la Sala Permanente debe, cuando proceda, acumular dichas investigaciones. La Sala Permanente puede decidir no acumular tales procesos, o decidir ulteriormente escindirlos, si ello aumenta la eficiencia de las investigaciones, por ejemplo en caso de que los procedimientos contra uno de los sospechosos o acusados pudieran concluirse más deprisa, mientras continúan los procedimientos contra los demás, o si la escisión del caso pudiera acortar el período de detención preventiva de uno de los sospechosos. Debe determinarse en el reglamento interno de la Fiscalía Europea la competencia y el procedimiento adecuados en caso de que distintas Salas Permanentes estén a cargo de los casos que deban acumularse. Cuando la Sala Permanente decida escindir un caso, debe mantenerse su competencia sobre los casos resultantes.

(69) La Fiscalía Europea debe recurrir a las autoridades nacionales, incluidas las autoridades policiales, en particular para la ejecución de medidas coercitivas. En virtud del principio de cooperación leal, todas las autoridades nacionales y los órganos pertinentes de la Unión, incluidos Eurojust, Europol y la OLAF, deben respaldar activamente las investigaciones y los procesos penales de la Fiscalía Europea y cooperar con ella, desde el momento en que se notifique el presunto delito a la Fiscalía Europea hasta que esta determine si se acusa o se resuelve de otro modo el caso.

(70) En aras de la eficacia de la investigación de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión y de la acción penal correspondiente, es fundamental que la Fiscalía Europea pueda recabar pruebas utilizando al menos un conjunto mínimo de medidas de investigación al tiempo que respeta el principio de proporcionalidad. Dichas medidas deben poder aplicarse para la investigación y el ejercicio de la acción penal por la Fiscalía Europea respecto de los delitos que corresponden a su competencia, al menos cuando estén castigados con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión, aunque pueden estar sujetas a limitaciones de conformidad con el Derecho nacional.

(71) Los Fiscales Europeos Delegados deben estar facultados para solicitar u ordenar, además del conjunto mínimo de medidas de investigación enumeradas en el presente Reglamento, cualesquiera otras medidas a disposición de un fiscal con arreglo al Derecho nacional en casos nacionales similares. La posibilidad de recurrir a tales medidas debe estar garantizada en todas las situaciones en que la medida de investigación de que se trate exista, aunque puede estar sujeta a limitaciones de conformidad con el Derecho nacional.

(72) En los casos transfronterizos, el Fiscal Europeo Delegado encargado debe poder recurrir a los Fiscales Europeos Delegados asistentes cuando deban tomarse medidas en otros Estados miembros. Cuando sea necesaria una autorización judicial para una medida de este tipo, debe especificarse claramente en qué Estado miembro ha de obtenerse la autorización; pero en todo caso, debe haber una sola autorización. Si las autoridades judiciales deniegan finalmente, a saber, tras quedar agotados todos los

recursos judiciales, una medida de investigación, el Fiscal Europeo Delegado encargado debe retirar la solicitud o la orden.

(73) La posibilidad de recurrir a instrumentos legales de reconocimiento mutuo o cooperación transfronteriza prevista en el presente Reglamento no debe sustituir a las normas específicas aplicables a las investigaciones transfronterizas conforme al presente Reglamento. Antes bien, debe completar dichas normas para garantizar que, cuando una medida sea necesaria en una investigación transfronteriza pero no esté contemplada en la legislación nacional para una situación puramente interna, tal medida pueda aplicarse durante la investigación o la acción penal de conformidad con la legislación nacional de transposición del instrumento correspondiente.

(74) Las disposiciones del presente Reglamento relativas a la cooperación transfronteriza deben entenderse sin perjuicio de los instrumentos jurídicos vigentes que facilitan la cooperación transfronteriza entre autoridades nacionales distintas de las autoridades fiscales o judiciales. Lo mismo debe aplicarse a las autoridades nacionales que cooperan entre sí sobre la base del Derecho administrativo.

(75) Las disposiciones del presente Reglamento relativas a la detención preventiva y a las entregas transfronterizas deben entenderse sin perjuicio de los procedimientos específicos de los Estados miembros en los que no se requiera autorización judicial para la detención inicial del sospechoso o acusado.

(76) El Fiscal Europeo Delegado encargado de un caso debe estar facultado para emitir o solicitar órdenes europeas de detención dentro del ámbito de competencia de la Fiscalía Europea.

(77) La Fiscalía Europea debe estar facultada para remitir un asunto a las autoridades nacionales en caso de que la investigación ponga de manifiesto que el delito no está incluido en el ámbito de competencia de la Fiscalía Europea. Cuando se produzca tal remisión, las autoridades nacionales deben conservar todas las prerrogativas que les reconozca el Derecho nacional para iniciar, continuar o archivar la investigación.

(78) El presente Reglamento exige que la Fiscalía Europea ejerza la acción penal, lo cual incluye las decisiones relativas a la acusación del sospechoso o acusado y la elección del Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales sean competentes para conocer del asunto. La decisión de acusar o no al sospechoso o acusado debe en principio ser adoptada por la Sala Permanente competente sobre la base de una propuesta de decisión del Fiscal Europeo Delegado, de forma que exista una estrategia común para el ejercicio de la acción penal. La Sala Permanente debe tener potestad para tomar cualquier decisión en un plazo de veintiún días a partir de la recepción de la propuesta de decisión, incluyendo la solicitud de pruebas complementarias, antes de tomar la decisión de llevar un caso a juicio, salvo la decisión de archivar un caso cuando el Fiscal Europeo Delegado haya propuesto llevar el caso a juicio.

(79) El Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales sean competentes para conocer del asunto debe ser elegido por la Sala Permanente competente con arreglo a un

conjunto de criterios que se establecen en el presente Reglamento. La Sala Permanente debe tomar su decisión sobre la base de un informe y de una propuesta de decisión del Fiscal Europeo Delegado encargado, que deben ser remitidos a la Sala Permanente por el Fiscal Europeo supervisor, con su propia valoración, si fuera necesario. El Fiscal Europeo supervisor debe conservar todos los poderes previstos en el presente Reglamento para dar instrucciones específicas al Fiscal Europeo Delegado.

(80) Las pruebas presentadas por la Fiscalía Europea al órgano jurisdiccional no deben ser inadmitidas por la mera razón de que han sido obtenidas en otro Estado miembro, o de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, siempre que el órgano jurisdiccional que conozca del caso considere que la admisión de dichas pruebas respeta la imparcialidad del procedimiento y los derechos de la defensa del sospechoso o acusado con arreglo a la Carta. El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por el artículo 6 del TUE y por la Carta, especialmente su título VI, por el Derecho internacional y por los acuerdos internacionales en los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, incluido el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros en sus respectivos ámbitos de aplicación. De conformidad con dichos principios, y dentro del respeto de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros, como dispone el artículo 67, apartado 1, del TFUE, nada de lo dispuesto en el presente Reglamento podrá interpretarse en el sentido de que impide que el órgano jurisdiccional que conozca de un caso aplique los principios fundamentales del Derecho nacional en materia de imparcialidad del procedimiento que son de aplicación en sus sistemas nacionales, incluido en los sistemas de derecho consuetudinario.

(81) Teniendo en cuenta el principio de legalidad, las investigaciones de la Fiscalía Europea deben, por regla general, derivar en acusación ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes en los casos en que existan pruebas suficientes y no existan motivos jurídicos que impidan ejercer la acción penal o en los que no se haya aplicado ningún proceso penal simplificado por acuerdo. Los motivos que permiten archivar un caso se establecen de manera exhaustiva en el presente Reglamento.

(82) Los sistemas jurídicos nacionales prevén diversos tipos de procesos penales simplificados por acuerdo, que pueden incluir o no la participación de un órgano jurisdiccional, por ejemplo en forma de transacciones con el sospechoso o acusado. De existir tales procedimientos, el Fiscal Europeo Delegado debe estar facultado para aplicarlos en las condiciones establecidas en el Derecho nacional y en las situaciones contempladas en el presente Reglamento. En estas situaciones deben estar incluidos los casos en los que los daños y perjuicios finales de la infracción, después de la posible recuperación de la cantidad correspondiente al daño, no sean significativos. Considerando el interés de que la Fiscalía Europea aplique una estrategia coherente y eficaz en materia de ejercicio de la acción penal, debe pedirse siempre la aprobación de la Sala Permanente competente para utilizar tales procedimientos. Cuando el

procedimiento simplificado por acuerdo haya sido aplicado con éxito, el caso debe quedar definitivamente resuelto.

(83) El presente Reglamento requiere que la Fiscalía Europea respete, en particular, el derecho a un proceso judicial imparcial, los derechos de la defensa y la presunción de inocencia, consagrados en los artículos 47 y 48 de la Carta. El artículo 50 de la Carta, que protege el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por el mismo delito por la vía penal (ne bis in idem), garantiza que los procedimientos incoados por la Fiscalía Europea no darán lugar a que alguien sea juzgado dos veces por el mismo delito. La Fiscalía Europea debe, pues, ejercer sus actividades respetando plenamente esos derechos, y el presente Reglamento debe aplicarse e interpretarse de la misma forma.

(84) El artículo 82, apartado 2, del TFUE permite que la Unión establezca normas mínimas sobre los derechos de las personas durante los procesos penales, con el fin de garantizar que se respetan los derechos de la defensa y la imparcialidad de los procedimientos. El legislador de la Unión ha ido estableciendo progresivamente esas normas mínimas en directivas sobre derechos específicos.

(85) Las actividades de la Fiscalía Europea deben respetar los derechos de la defensa reconocidos en el correspondiente Derecho de la Unión, como las Directivas 2010/64/UE[4], 2012/13/UE[5], 2013/48/UE[6], (UE) 2016/343[7] y (UE) 2016/1919[8] del Parlamento Europeo y del Consejo, tal como se han incorporado a la legislación nacional. Cualquier sospechoso o acusado que sea objeto de una investigación iniciada por la Fiscalía Europea debe disfrutar de estos derechos, así como de los derechos, establecidos en la legislación nacional, de solicitar que se nombren peritos o se oiga a testigos, o de que la prueba solicitada en nombre de la defensa sea generada por la Fiscalía Europea.

(86) El artículo 86, apartado 3, del TFUE permite que el legislador de la Unión determine las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados por la Fiscalía Europea en el desempeño de sus funciones. Esa competencia otorgada al legislador de la Unión obedece a la naturaleza específica de la estructura y las funciones de la Fiscalía Europea, que difiere de la de todos los demás órganos y organismos de la Unión y requiere normas especiales en cuanto al control jurisdiccional.

[4] Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DO L 280 de 26.10.2010, p. 1).

[5] Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DO L 142 de 1.6.2012, p. 1).

[6] Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DO L 294 de 6.11.2013, p. 1).

[7] Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (DO L 65 de 11.3.2016, p. 1).

[8] Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (DO L 297 de 4.11.2016, p. 1).

(87) De conformidad con el artículo 86, apartado 2, del TFUE, la Fiscalía Europea debe ejercer sus funciones en lo que respecta a la acción penal ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros. Los actos adoptados por la Fiscalía Europea durante sus investigaciones están estrechamente relacionados con la acusación a la que pueden dar lugar y por ende tienen efectos en el sistema jurídico de los Estados miembros. En muchos casos tales actos serán aplicados por las autoridades policiales nacionales, actuando conforme a las instrucciones de la Fiscalía Europea, en algunos casos tras haber obtenido autorización de un órgano jurisdiccional nacional.

Procede, por tanto, que los actos procesales de la Fiscalía Europea que estén destinados a producir efectos jurídicos ante terceros estén sujetos al control de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en el Derecho nacional. Se garantizará así que los actos procesales de la Fiscalía Europea que sean adoptados antes de la acusación y destinados a producir efectos jurídicos ante terceros (incluidos el sospechoso, la víctima y otros interesados cuyos derechos puedan verse negativamente afectados por tales medidas) estén sujetos al control de los órganos jurisdiccionales nacionales. Los actos procesales relativos a la elección del Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales sean competentes para conocer del asunto, lo que se determinará sobre la base de los criterios establecidos en el presente Reglamento, están destinados a producir efectos jurídicos ante terceros y, por consiguiente, deben estar sujetos al control jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales nacionales, a más tardar durante la fase del juicio.

Los recursos ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes por omisión de la Fiscalía Europea son aquellos relativos a actos procesales que la Fiscalía Europea esté legalmente obligada a adoptar y que estén destinados a producir efectos jurídicos ante terceros. Cuando la legislación nacional establezca el control jurisdiccional de actos procesales que no estén destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros o de medidas legales relativas a otras omisiones, no debe interpretarse que el presente Reglamento afecta a dichas disposiciones legales. Además, los Estados miembros no deben estar obligados a prever un control jurisdiccional por los órganos jurisdiccionales nacionales competentes en relación con actos procesales que no estén destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros, como el nombramiento de expertos o el reembolso de los costes relativos a los testigos.

Por último, el presente Reglamento no afecta a las potestades de los órganos jurisdiccionales nacionales.

(88) La legalidad de los actos procesales de la Fiscalía Europea que están destinados a producir efectos jurídicos ante terceros debe estar sujeta al control jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales nacionales. A este respecto, se deben garantizar vías de recurso efectivas de conformidad con el artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, del TUE. Además, como pone de relieve la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las normas procesales nacionales que rigen las acciones destinadas a la protección de derechos individuales otorgados por el Derecho de la Unión no deben ser menos favorables que las que rigen acciones similares en el Derecho nacional (principio

de equivalencia) y no deben imposibilitar en la práctica o dificultar en exceso el ejercicio de derechos concedidos por el Derecho de la Unión (principio de eficacia).

A la hora de controlar la legalidad de tales actos, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden basarse en el Derecho de la Unión, incluido el presente Reglamento, y también en las disposiciones del Derecho nacional aplicables, en la medida en que se trate de una cuestión no regulada por el presente Reglamento. Como pone de relieve la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los órganos jurisdiccionales nacionales deben siempre plantearle cuestiones prejudiciales cuando alberguen dudas acerca de la validez de dichos actos en relación con el Derecho de la Unión.

Sin embargo, lo órganos jurisdiccionales nacionales no pueden plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales referentes a la validez de los actos procesales de la Fiscalía Europea en relación con el Derecho procesal nacional o las medidas nacionales de transposición de Directivas, aun cuando el presente Reglamento haga referencia a los mismos. Esta consideración no afecta a la posibilidad de solicitar resoluciones prejudiciales acerca de la interpretación de cualquier disposición del Derecho primario, incluidos los Tratados y la Carta, o acerca de la interpretación y validez de cualquier disposición del Derecho derivado de la Unión, incluido el presente Reglamento y las Directivas aplicables. Además, el presente Reglamento no excluye la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales controlen la validez de los actos procesales de la Fiscalía Europea que están destinados a producir efectos jurídicos ante terceros, por lo que respecta al principio de proporcionalidad consagrado en el Derecho nacional.

(89) La disposición del presente Reglamento en materia de control jurisdiccional no modifica los poderes que asisten al Tribunal de Justicia para someter a control las decisiones administrativas de la Fiscalía Europea que estén destinadas a producir efectos jurídicos ante terceros, a saber, decisiones que no se adopten en el ejercicio de las funciones de la Fiscalía Europea de investigar, ejercer la acción penal o solicitar la apertura de juicio. El presente Reglamento se entiende asimismo sin perjuicio de la posibilidad de que un Estado miembro de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión interpongan recursos de anulación con arreglo al artículo 263, párrafo segundo, y al artículo 265, párrafo primero, del TFUE, y procedimientos por incumplimiento con arreglo a los artículos 258 y 259 del TFUE.

(90) El Reglamento (CE) n.o 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo[9] se aplicará a las actividades de tratamiento de datos personales administrativos que efectúe la Fiscalía Europea.

(91) Debe garantizarse en toda la Unión una aplicación coherente y homogénea de las normas de protección de los derechos y las libertades fundamentales de las personas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales.

[9] Reglamento (CE) n.o 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (DO L 8 de 12.1.2001, p. 1).

(92) La Declaración n.o 21, relativa a la protección de datos de carácter personal en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial, aneja al TUE y al TFUE, dispone que podrían requerirse normas específicas para la protección de datos de carácter personal y la libre circulación de dichos datos en los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial que se basen en el artículo 16 del TFUE, en razón de la naturaleza específica de dichos ámbitos.

(93) Las normas del presente Reglamento relativas a la protección de los datos personales deben interpretarse y aplicarse de conformidad con la interpretación y la aplicación de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo[10], que se aplicará al tratamiento de datos personales por las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea para fines de prevención, investigación, detección o ejercicio de la acción penal respecto de delitos o de ejecución de sanciones penales.

(94) En el ámbito de la protección de datos, el principio de tratamiento leal es un concepto distinto del derecho a un juez imparcial o a un proceso equitativo, según se define, respectivamente, en el artículo 47 de la Carta y en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

(95) Las disposiciones sobre protección de datos del presente Reglamento se entienden sin perjuicio de las normas aplicables en materia de admisibilidad de los datos personales como elementos de prueba en procesos judiciales penales.

(96) Todos los Estados miembros de la Unión Europea pertenecen a la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol). Para cumplir su misión, Interpol recibe, almacena y difunde datos personales con el fin de ayudar a las autoridades competentes a prevenir y combatir la delincuencia internacional. Por ello, conviene reforzar la cooperación entre la Unión e Interpol promoviendo un intercambio eficaz de datos personales, a la vez que se garantiza el respeto de los derechos y libertades fundamentales en relación con el tratamiento automatizado de los datos personales. Cuando se transfieran datos personales operativos desde la Fiscalía Europea a Interpol y a países que hayan destinado miembros a dicha organización, debe aplicarse el presente Reglamento, en particular sus disposiciones sobre intercambios internacionales de datos. El presente Reglamento se entiende sin perjuicio de las normas específicas establecidas en la Posición Común 2005/69/JAI del Consejo[11]y en la

[10] Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo (DO L 119 de 4.5.2016, p. 89).

[11] Posición Común 2005/69/JAI del Consejo, de 24 de enero de 2005, relativa al intercambio de determinados datos con Interpol (DO L 27 de 29.1.2005, p. 61).

Decisión 2007/533/JAI del Consejo[12].

(97) Cuando la Fiscalía Europea transfiera datos personales operativos a una autoridad de un tercer país, a una organización internacional o a Interpol en virtud de un acuerdo internacional celebrado con arreglo al artículo 218 del TFUE, las garantías adecuadas para la protección de la privacidad, de los derechos fundamentales y de las libertades individuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento en materia de protección de datos.

(98) Para garantizar que el cumplimiento y la imposición del cumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento relativas a los datos personales operativos sean objeto de una vigilancia eficaz, fiable y coherente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Carta, el Supervisor Europeo de Protección de Datos debe tener las funciones establecidas en el presente Reglamento y poderes efectivos, incluidas las potestades de investigación, corrección y asesoramiento que constituyen los medios necesarios para el desempeño de dichas funciones. Sin embargo, los poderes del Supervisor Europeo de Protección de Datos no deben suponer interferencias innecesarias en las normas específicas previstas para los procesos penales, incluida la investigación y el ejercicio de la acción penal dimanante de delitos, ni en la independencia del poder judicial.

(99) Para que la Fiscalía Europea pueda desempeñar sus funciones y para tener en cuenta la evolución de las tecnologías de la información y de los progresos de la sociedad de la información, deben delegarse en la Comisión, de conformidad con el artículo 290 del TFUE, los poderes para adoptar actos en lo que respecta a la enumeración y actualización de las categorías de datos personales operativos y de las categorías de titulares de datos enumerados en el anexo. Reviste especial importancia que la Comisión realice las consultas apropiadas durante sus trabajos preparatorios, también a nivel de expertos, y que dichas consultas se lleven a cabo de conformidad con los principios establecidos en el Acuerdo Interinstitucional de 13 de abril de 2016 sobre la mejora de la legislación[13]. En particular, a fin de garantizar una participación equitativa en la preparación de los actos delegados, el Parlamento Europeo y el Consejo deben recibir toda la documentación al mismo tiempo que los expertos de los Estados miembros, y sus expertos deben tener acceso sistemáticamente a las reuniones de los grupos de expertos de la Comisión que se ocupen de la preparación de actos delegados.

(100) La Fiscalía Europea debe colaborar estrechamente con otras instituciones, órganos y organismos de la Unión para facilitar el ejercicio de sus funciones con arreglo al presente Reglamento y establecer, si ha lugar, acuerdos formales que recojan normas detalladas relativas a la cooperación y al intercambio de información. La cooperación con Europol y la OLAF debe cobrar especial importancia tanto para evitar repeticiones

[12] Decisión 2007/533/JAI del Consejo, de 12 de junio de 2007, relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DO L 205 de 7.8.2007, p. 63).

[13] Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, de 13 de abril de 2016, sobre la mejora de la legislación (DO L 123 de 12.5.2016, p. 1).

innecesarias como para que la Fiscalía Europea pueda obtener la información útil que posean dichos organismos y aprovechar los análisis que estos realicen en investigaciones concretas.

(101) La Fiscalía Europea debe poder obtener cualquier información que afecte a su competencia almacenada en las bases de datos y registros de las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

(102) La Fiscalía Europea y Eurojust deben asociarse y cooperar en cuestiones operativas de conformidad con sus mandatos respectivos. Dicha cooperación puede referirse a todas las investigaciones dirigidas por la Fiscalía Europea en las que se considere necesario o adecuado el intercambio de información o la coordinación de medidas de investigación respecto de asuntos que sean competencia de Eurojust. Cada vez que la Fiscalía Europea solicite ese tipo de cooperación de Eurojust, debe ponerse en contacto con el miembro nacional de Eurojust del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado encargado. En la cooperación operativa también pueden participar terceros países que tengan un acuerdo de cooperación con Eurojust.

(103) La Fiscalía Europea y la OLAF deben establecer y mantener una estrecha colaboración destinada a garantizar la complementariedad de sus respectivos mandatos, y evitar repeticiones innecesarias. En ese sentido, la OLAF debe, en principio, abstenerse de iniciar investigaciones administrativas paralelas a una investigación iniciada por la Fiscalía Europea en relación con los mismos hechos. Esto no significa, sin embargo, que la OLAF no pueda poner en marcha una investigación administrativa por iniciativa propia, en estrecha consulta con la Fiscalía Europea.

(104) En todas sus actividades de apoyo a la Fiscalía Europea, la OLAF actuará con independencia de la Comisión, de conformidad con el Reglamento (UE, Euratom) n.o 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo[14].

(105) En aquellos casos en los que la Fiscalía Europea no esté llevando a cabo una investigación, esta debe poder facilitar la información pertinente para que la OLAF pueda estudiar la actuación adecuada de conformidad con su mandato. En particular, la Fiscalía Europea podría plantearse la posibilidad de informar a la OLAF de los casos en que no existan motivos razonables para creer que se está cometiendo o se ha cometido un delito comprendido en el ámbito de competencia de la Fiscalía Europea, pero pueda resultar adecuado que la OLAF efectúe una investigación administrativa, o cuando la Fiscalía Europea archive un asunto y resulte deseable remitirlo a la OLAF a efectos de seguimiento administrativo o recuperación. Cuando la Fiscalía Europea facilite información, puede pedir que la OLAF considere la posibilidad de abrir una investigación administrativa o adoptar alguna medida de seguimiento administrativo o vigilancia de otro tipo, en particular a efectos de medidas cautelares, medidas de

[14] Reglamento (UE, Euratom) n.o 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.o 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (Euratom) n.o 1074/1999 (DO L 248 de 18.9.2013, p. 1).

recuperación de fondos o medidas disciplinarias, de conformidad con el Reglamento (UE, Euratom) n.o 883/2013.

(106) En la medida en que los procedimientos de recuperación se aplacen a causa de decisiones adoptadas por la Fiscalía Europea en relación con investigaciones o actuaciones judiciales contempladas en el presente Reglamento, los Estados miembros no deben ser considerados responsables de errores o negligencias a efectos de los procedimientos de recuperación en el sentido del artículo 122 del Reglamento (UE) n.o 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo[15].

(107) La Fiscalía Europea debe permitir que las instituciones, órganos y organismos de la Unión y demás víctimas adopten las medidas oportunas. Esto puede incluir la adopción de medidas cautelares, en particular para prevenir la continuación de una infracción o proteger la reputación de la Unión, o bien para permitirles intervenir como parte civil en los procedimientos, de conformidad con el Derecho nacional. El intercambio de información debe respetar plenamente la independencia de la Fiscalía Europea, y solo en la medida de lo posible, sin perjuicio alguno para el correcto desarrollo y la confidencialidad de las investigaciones.

(108) En la medida en que sea necesario para el desempeño de sus funciones, la Fiscalía Europea también debe estar facultada para establecer y mantener relaciones de cooperación con las autoridades de terceros países y con organizaciones internacionales. A efectos del presente Reglamento, se entiende por «organizaciones internacionales» las organizaciones internacionales y sus organismos subordinados de Derecho internacional público u otros organismos creados mediante un acuerdo entre dos o más países o sobre la base de un acuerdo de ese tipo, así como Interpol.

(109) Cuando el Colegio detecte una necesidad operativa de cooperación con un tercer país o una organización internacional, debe estar facultado para proponer que el Consejo indique a la Comisión la necesidad de una decisión de adecuación o de una recomendación relativa a la apertura de negociaciones sobre un acuerdo internacional.

A la espera de la celebración de nuevos acuerdos internacionales por la Unión o de la adhesión de la Unión a acuerdos multilaterales ya celebrados por los Estados miembros, en particular sobre asistencia judicial en materia penal, los Estados miembros deben facilitar el ejercicio por la Fiscalía Europea de sus funciones de conformidad con el principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4, apartado 3, del TUE. Si así se permite en el acuerdo multilateral pertinente y a condición de que lo acepte el tercer país, los Estados miembros deben reconocer, y cuando proceda, notificar a la Fiscalía Europea como autoridad competente a los efectos de la aplicación de esos acuerdos multilaterales. Esto podrá suponer en ciertos casos una modificación

[15] Reglamento (UE) n.o 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) n.o 1083/2006 del Consejo (DO L 347 de 20.12.2013, p. 320).

de dichos acuerdos, pero la renegociación de los mismos no debe considerarse una etapa obligatoria, pues ello no siempre podrá ser posible. Los Estados miembros podrán asimismo notificar a la Fiscalía Europea como autoridad competente a los efectos de la aplicación de otros acuerdos internacionales relativos a la asistencia judicial en materia penal celebrados por ellos, inclusive mediante la modificación de esos acuerdos.

Cuando la notificación de la Fiscalía Europea como autoridad competente a efectos de acuerdos multilaterales ya celebrados por los Estados miembros con terceros países no sea posible o no sea aceptada por los terceros países, y a la espera de la adhesión de la Unión a esos acuerdos internacionales, los Fiscales Europeos Delegados podrán ejercer su condición de fiscal nacional respecto de esos terceros países, siempre y cuando informen a las autoridades de los mismos de que las pruebas recogidas de esos terceros países a tenor de dichos acuerdos internacionales se utilizarán en investigaciones y acciones judiciales llevadas a cabo por la Fiscalía Europea, y siempre que, cuando proceda, procuren obtener el consentimiento de dichas autoridades.

La Fiscalía Europea también debe poder basarse en la reciprocidad o en la cortesía internacional respecto de las autoridades de terceros países. No obstante, esto debe hacerse caso por caso, dentro de los límites de la competencia material de la Fiscalía Europea y cumpliendo las posibles condiciones establecidas por las autoridades de los terceros países.

(110) Los Estados miembros de la Unión Europea que no participan en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea no están vinculados por el presente Reglamento. La Comisión debe, si procede, presentar propuestas para garantizar una cooperación judicial efectiva en materia penal entre la Fiscalía Europea y aquellos Estados miembros de la Unión Europea que no participan en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Se referirán en particular a las normas relativas a la cooperación judicial en materia penal y de entrega, dentro del pleno respeto del acervo de la Unión en este ámbito, así como al deber de cooperación leal de conformidad con el artículo 4, apartado 3, del TUE.

(111) Para garantizar la plena autonomía e independencia de la Fiscalía Europea, se la debe dotar de un presupuesto autónomo, con ingresos procedentes esencialmente de una contribución del presupuesto de la Unión. El régimen financiero, presupuestario y de personal de la Fiscalía Europea debe seguir las normas de la Unión correspondientes aplicables a los organismos a que se refiere el artículo 208 del Reglamento (UE, Euratom) n.o 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo[16], teniendo debidamente en cuenta, no obstante, el hecho de que la competencia de la Fiscalía Europea para llevar a cabo investigaciones penales y ejercer la acción penal a escala de la Unión es única.

(112) El coste de las medidas de investigación emprendidas por la Fiscalía Europea debe ser sufragado, en principio, por las autoridades nacionales que las lleven a

[16] Reglamento (UE, Euratom) n.o 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n.o 1605/2002 del Consejo (DO L 298 de 26.10.2012, p. 1).

cabo. La Fiscalía Europea podría reembolsar parte de los gastos causados por las medidas de investigación que sean excepcionalmente costosas, como los informes periciales complejos, las operaciones policiales de gran envergadura o las actividades de vigilancia de larga duración, por medios como la reasignación de recursos procedentes de otras líneas presupuestarias de la Fiscalía Europea, cuando sea posible, o la modificación del presupuesto de conformidad con el presente Reglamento y con las normas financieras aplicables.

A la hora de elaborar la propuesta de proyecto provisional de previsiones de ingresos y gastos, el Director Administrativo debe tener en cuenta la necesidad de la Fiscalía Europea de reembolsar excepcionalmente parte de las medidas de investigación costosas aceptadas por la Sala Permanente.

(113) Los gastos operativos de la Fiscalía Europea deben sufragarse con cargo al presupuesto de la Fiscalía Europea. Deben estar cubiertos los costes de la comunicación operativa entre el Fiscal Europeo Delegado y el nivel central de la Fiscalía Europea, como costes de entrega de correo, gastos de viaje, traducciones necesarias para el funcionamiento interno de la Fiscalía Europea y otros costes que no hayan sido sufragados previamente por los Estados miembros durante una investigación y que se deban únicamente al hecho de que la Fiscalía Europea haya asumido responsabilidades respecto de la investigación y el enjuiciamiento. No obstante, los costes de la oficina de los Fiscales Europeos Delegados y el apoyo de secretaría deben ser sufragados por los Estados miembros.

De conformidad con el artículo 332 del TFUE, los gastos resultantes de la aplicación de la Fiscalía Europea serán sufragados por los Estados miembros. Esos gastos no incluyen los costes administrativos ocasionados a las instituciones en el sentido del artículo 13, apartado 1, del TUE.

(114) El Colegio, en principio, debe delegar siempre en el Director Administrativo la potestad de celebrar contratos de trabajo que tiene conferida, en virtud del Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes[17] (en lo sucesivo, «Estatuto de los funcionarios y el Régimen aplicable a los otros agentes»), en su calidad de autoridad facultada para proceder a los nombramientos, salvo en caso de que circunstancias específicas requieran que ejerza esa potestad.

(115) El Director Administrativo, en su calidad de ordenador de pagos, es el responsable de la ejecución del presupuesto de la Fiscalía Europea. Corresponde al Director Administrativo, cuando celebre consultas con la Sala Permanente acerca de medidas de investigación excepcionalmente costosas, decidir sobre el importe de la subvención que deba concederse, en función de los recursos financieros disponibles y de conformidad con los criterios establecidos en el reglamento interno de la Fiscalía Europea.

[17] Reglamento n.o 31 (CEE), 11 (CEEA) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DO 45 de 14.6.1962, p. 1385).

(116) La remuneración de los Fiscales Europeos Delegados en su calidad de consejeros especiales, que se establecerá mediante un acuerdo directo, debe basarse en una decisión específica adoptada por el Colegio. Dicha decisión debe garantizar, entre otras cosas, que los Fiscales Europeos Delegados, en el caso concreto de que también ejerzan funciones como fiscales nacionales de conformidad con el artículo 13, apartado 3, sigan siendo remunerados en principio como fiscales nacionales y que la remuneración como consejeros especiales corresponda únicamente al trabajo realizado en nombre de la Fiscalía Europea como Fiscal Europeo Delegado. Cada Estado miembro sigue siendo competente para determinar en su legislación, respetando el Derecho de la Unión, las condiciones para la concesión de las prestaciones de su régimen de seguridad social.

(117) Para que la Fiscalía Europea sea plenamente operativa en la fecha que se determine, necesitará personal con experiencia en las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Con objeto de responder a dicha necesidad, debe facilitarse la contratación por la Fiscalía Europea de agentes temporales y contractuales que ya trabajen en las instituciones, órganos u organismos de la Unión garantizando a estos miembros del personal la continuidad de sus derechos contractuales si son contratados por la Fiscalía Europea en su fase de creación hasta un año después de que la Fiscalía Europea sea operativa de conformidad con la decisión del artículo 120, apartado 2.

(118) Los trabajos de la Fiscalía Europea deben ser transparentes de conformidad con el artículo 15, apartado 3, del TFUE; el Colegio debe adoptar disposiciones específicas sobre el modo en que se garantizará el derecho de acceso del público a los documentos. Ninguna disposición del presente Reglamento tiene por objetivo limitar el derecho de acceso del público a los documentos, en la medida en que este está garantizado en la Unión y en los Estados miembros, especialmente en virtud del artículo 42 de la Carta y de otras disposiciones pertinentes.

(119) Las normas generales sobre transparencia que se aplican a los organismos de la Unión también deben aplicarse a la Fiscalía Europea, pero únicamente en lo que respecta a documentos distintos de los expedientes, incluidas las imágenes electrónicas de dichos expedientes, de forma que no se ponga en peligro en modo alguno el requisito de confidencialidad de sus funciones operativas. Del mismo modo, las investigaciones administrativas que realice el Defensor del Pueblo Europeo deben respetar el requisito de confidencialidad de la Fiscalía Europea. A fin de garantizar la integridad de las investigaciones y la acción penal de la Fiscalía Europea, los documentos relativos a la actividad operativa deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de las normas de transparencia.

(120) Se ha consultado al Supervisor Europeo de Protección de Datos, que emitió su dictamen el 10 de marzo de 2014.

(121) Los representantes de los Estados miembros, reunidos a nivel de jefes de Estado o de Gobierno en Bruselas el 13 de diciembre de 2003, han determinado la sede de la Fiscalía Europea de acuerdo con las disposiciones de la Decisión de 8 de abril de

1965[18].

HA ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

CAPÍTULO I

OBJETO Y DEFINICIONES

Artículo 1.Objeto

Por el presente Reglamento se crea la Fiscalía Europea y se establecen normas en cuanto a su funcionamiento.

Artículo 2. Definiciones

A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

1) «Estado miembro»: salvo que se indique lo contrario, en particular en el capítulo VIII, el Estado miembro que participa en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, que se considera autorizado de conformidad con el artículo 86, apartado 1, párrafo tercero, del TFUE, o en virtud de una decisión adoptada de conformidad con el artículo 331, apartado 1, párrafos segundo o tercero, del TFUE;

2) «persona»: cualquier persona física o jurídica;

3) «intereses financieros de la Unión»: todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos mediante, o adeudados al presupuesto de la Unión y a los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos creados en virtud de los Tratados y a los presupuestos gestionados y supervisados por ellos;

4) «personal de la Fiscalía Europea»: el personal a nivel central que apoya al Colegio, las Salas Permanentes, al Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos, los Fiscales Europeos Delegados y al Director Administrativo en las actividades cotidianas necesarias para el desempeño de las funciones de la Fiscalía en virtud del presente Reglamento;

5) «Fiscal Europeo Delegado encargado»: un Fiscal Europeo Delegado responsable de las investigaciones y del ejercicio de la acción penal, ya sea porque las haya iniciado, porque se le hayan atribuido, o porque las haya asumido utilizando el derecho de avocación a que se refiere el artículo 27;

6) «Fiscal Europeo Delegado asistente»: un Fiscal Europeo Delegado que se encuentra en un Estado miembro, distinto del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado encargado, en el que deba practicarse una medida de investigación o de otro tipo que se le haya encomendado;

7) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable (en lo sucesivo, «el interesado»); se considerará persona física identificable a toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en

[18] Decisión (67/446/CEE) (67/30/Euratom) de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 8 de abril de 1965, relativa a la instalación provisional de determinadas instituciones y de determinados servicios de las Comunidades (DO CEE 152 de 13.7.1967, p. 18).

particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, unos datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;

8) «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción;

9) «limitación del tratamiento»: el marcado de los datos personales conservados con el fin de limitar su tratamiento en el futuro;

10) «elaboración de perfiles»: toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física;

11) «seudonimización»: el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional se mantenga por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable;

12) «fichero»: todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o dispersado de forma funcional o geográfica;

13) «responsable del tratamiento» o «responsable»: la Fiscalía Europea u otra autoridad competente que, sola o conjuntamente con otras, determine los fines y medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y medios del tratamiento estén determinados por el Derecho de la Unión o el Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho de la Unión o el Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea;

14) «encargado del tratamiento» o «encargado»: la persona física o jurídica, autoridad pública, organismo u otro órgano que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento;

15) «destinatario»: la persona física o jurídica, autoridad pública, organismo o cualquier otro órgano al que se comuniquen datos personales, se trate o no de un tercero. No obstante, no se considerará destinatarios a las autoridades públicas de los Estados miembros de la Unión Europea, distintas de las autoridades competentes definidas en el artículo 3, punto 7, letra a), de la Directiva (UE) 2016/680, que reciban datos personales en el marco de una investigación concreta de la Fiscalía Europea; el

tratamiento de tales datos por las citadas autoridades públicas será conforme con las normas en materia de protección de datos aplicables a los fines del tratamiento;

16) «violación de la seguridad de datos personales»: toda violación de la seguridad que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita o la comunicación no autorizada de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o el acceso no autorizado a dichos datos;

17) «datos personales administrativos»: todos los datos personales tratados por la Fiscalía Europea distintos de los datos personales operativos;

18) «datos personales operativos»: todos los datos personales tratados por la Fiscalía Europea a los fines enunciados en el artículo 49;

19) «datos genéticos»: datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona;

20) «datos biométricos»: datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física, que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos;

21) «datos relativos a la salud»: datos personales relativos a la salud física o psíquica de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud;

22) «autoridad de control»: una autoridad pública independiente establecida por un Estado miembro de la Unión Europea en virtud del artículo 51 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo[19] o del artículo 41 de la Directiva (UE) 2016/680;

23) «organización internacional»: una organización internacional y sus organismos de Derecho internacional público subordinados, o cualquier otro organismo creado mediante un acuerdo entre dos o más países o en virtud de tal acuerdo.

CAPÍTULO II

CREACIÓN, FUNCIONES Y PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA FISCALÍA EUROPEA

Artículo 3. Creación

1. Se crea la Fiscalía Europea como órgano de la Unión.

2. La Fiscalía Europea tendrá personalidad jurídica.

[19] 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 (Reglamento general de protección de datos) (DO L 119 de 4.5.2016, p. 1).

3. La Fiscalía Europea cooperará con Eurojust y contará con su apoyo con arreglo al artículo 100.

Artículo 4. Funciones

La Fiscalía Europea será responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión previstos en la Directiva (UE) 2017/1371 y determinados por el presente Reglamento, así como de ejercer la acción penal y solicitar la apertura de juicio contra sus autores y los cómplices de estos. A tal fin, la Fiscalía Europea efectuará las investigaciones y practicará los actos propios del ejercicio de la acción penal y ejercerá las funciones de acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros, hasta que concluya definitivamente el caso de que se trate.

Artículo 5. Principios básicos de las actividades

1. La Fiscalía Europea se asegurará de que sus actividades respeten los derechos consagrados en la Carta.

2. La Fiscalía Europea respetará los principios de legalidad y proporcionalidad en todas sus actividades.

3. Las investigaciones y las acusaciones en nombre de la Fiscalía Europea se regirán por el presente Reglamento. La legislación nacional se aplicará a las cuestiones que no estén reguladas por el presente Reglamento. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la legislación nacional aplicable será la del Estado miembro cuyo Fiscal Europeo Delegado esté encargado del expediente, de conformidad con el artículo 13, apartado 1. Cuando una cuestión esté regulada tanto por la legislación nacional como por el presente Reglamento, prevalecerá este último.

4. La Fiscalía Europea llevará a cabo sus investigaciones de forma imparcial y buscará todas las pruebas pertinentes, tanto inculpatorias como exculpatorias.

5. La Fiscalía Europea iniciará y llevará a cabo sus investigaciones sin retrasos injustificados.

6. Las autoridades nacionales competentes asistirán y respaldarán activamente las investigaciones y acusaciones de la Fiscalía Europea. Todos los actos, estrategias o procesos a que se refiere el presente Reglamento se guiarán por el principio de cooperación leal.

Artículo 6. Independencia y rendición de cuentas

1. La Fiscalía Europea será independiente. El Fiscal General Europeo, los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos, los Fiscales Europeos Delegados, el Director Administrativo y el personal de la Fiscalía Europea actuarán en interés de la Unión en su conjunto, según se defina en la legislación, y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ninguna persona ajena a la Fiscalía Europea, de ningún Estado miembro de la Unión Europea o institución, órgano u organismo de la Unión en el desempeño de sus obligaciones con arreglo al presente Reglamento. Los Estados miembros de la Unión Europea y las instituciones, órganos y organismos de la Unión

respetarán la independencia de la Fiscalía Europea y no intentarán influir en ella en el ejercicio de sus funciones.

2. La Fiscalía Europea rendirá cuentas de sus actividades generales ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión y presentará informes anuales de conformidad con el artículo 7.

Artículo 7. Informes

1. Cada año, la Fiscalía Europea elaborará y presentará públicamente en las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión un informe anual sobre sus actividades generales. Remitirá este informe al Parlamento Europeo y a los parlamentos nacionales, así como al Consejo y a la Comisión.

2. El Fiscal General Europeo deberá comparecer una vez al año ante el Parlamento Europeo y ante el Consejo, y ante los parlamentos nacionales de los Estados miembros que lo soliciten, para dar cuenta de las actividades generales de la Fiscalía Europea, sin perjuicio de la obligación de secreto y confidencialidad de la Fiscalía Europea en lo que se refiere a casos concretos y datos personales. El Fiscal General Europeo podrá ser sustituido por uno de los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo en las comparecencias organizadas por los Parlamentos nacionales.

CAPÍTULO III

ESTATUTO JURÍDICO, ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA

SECCIÓN 1

Estatuto jurídico y estructura de la fiscalía Europea

Artículo 8. Estructura de la Fiscalía Europea

1. La Fiscalía Europea será un órgano indivisible de la Unión, que funcionará como una fiscalía única con estructura descentralizada.

2. La Fiscalía Europea estará organizada en un nivel central y un nivel descentralizado.

3. El nivel central consistirá en una oficina central situada en la sede de la Fiscalía Europea. La oficina central estará integrada por el Colegio, las Salas Permanentes, el Fiscal General Europeo, los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos y el Director Administrativo.

4. El nivel descentralizado estará integrado por los Fiscales Europeos Delegados, que estarán establecidos en los Estados miembros.

5. La oficina central y los Fiscales Europeos Delegados contarán con la asistencia del personal de la Fiscalía Europea para el desempeño de sus funciones con arreglo al presente Reglamento.

Artículo 9. El Colegio

1. El Colegio de la Fiscalía Europea estará compuesto por el Fiscal General Europeo y un Fiscal Europeo por Estado miembro. El Fiscal General Europeo presidirá las reuniones del Colegio y será responsable de su preparación.

2. El Colegio se reunirá con regularidad y será responsable del seguimiento general de las actividades de la Fiscalía Europea. Adoptará decisiones sobre asuntos estratégicos y sobre cuestiones generales que surjan de casos particulares, en especial con el fin de garantizar la coherencia, eficiencia y sistematicidad de la estrategia de acción penal de la Fiscalía Europea en los Estados miembros, al igual que sobre otros asuntos indicados en el presente Reglamento. El Colegio no adoptará decisiones operativas en casos particulares. En el reglamento interno de la Fiscalía Europea se establecerán normas relativas al ejercicio por el Colegio de las actividades de seguimiento general y a la adopción de decisiones sobre asuntos estratégicos y cuestiones generales de conformidad con el presente artículo.

3. A propuesta del Fiscal General Europeo y de acuerdo con el reglamento interno de la Fiscalía Europea, el Colegio establecerá Salas Permanentes.

4. El Colegio adoptará el reglamento interno de la Fiscalía Europea, de conformidad con el artículo 21, y estipulará las responsabilidades en cuanto al ejercicio de las funciones de los miembros del Colegio y del personal de la Fiscalía Europea.

5. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, el Colegio adoptará sus decisiones por mayoría simple. Cualquier miembro del Colegio tendrá derecho a someter a votación sobre asuntos sobre los que deba decidir el Colegio. Cada uno de los miembros del Colegio dispondrá de un voto. El Fiscal General Europeo tendrá voto de calidad en caso de empate en la votación sobre un asunto sobre el que deba decidir el Colegio.

Artículo 10. Las Salas Permanentes

1. Las Salas Permanentes estarán presididas por el Fiscal General Europeo o por uno de los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo o por un Fiscal Europeo nombrado presidente de conformidad con el reglamento interno de la Fiscalía Europea. Además de la Presidencia, cada Sala Permanente tendrá dos miembros permanentes. El número de Salas Permanentes, y su composición, así como el reparto de las competencias entre las Salas, deben tener debidamente en cuenta las necesidades de funcionamiento de la Fiscalía Europea y se determinarán con arreglo al reglamento interno de la Fiscalía Europea.

El reglamento interno de la Fiscalía Europea garantizará un reparto equitativo de la carga de trabajo sobre la base de un sistema de atribución aleatoria de los casos y en casos excepcionales establecerá procedimientos que permitan al Fiscal General Europeo decidir desviarse del principio de atribución aleatoria cuando sea necesario para el buen funcionamiento de la Fiscalía Europea.

2. Las Salas Permanentes supervisarán y dirigirán las investigaciones y acusaciones realizadas por los Fiscales Europeos Delegados de conformidad con los apartados 3, 4 y 5 del presente artículo. Asimismo, se encargarán de la coordinación de

las investigaciones y acciones penales en los asuntos transfronterizos y garantizarán la ejecución de las decisiones tomadas por el Colegio de conformidad con el artículo 9, apartado 2.

3. De conformidad con las condiciones y procedimientos establecidos en el presente Reglamento, en su caso tras examinar una propuesta de decisión presentada por el Fiscal Europeo Delegado encargado, las Salas Permanentes decidirán sobre las cuestiones siguientes:

a) llevar un caso a juicio de conformidad con el artículo 36, apartados 1, 3 y 4;

b) archivar un caso de conformidad con el artículo 39, apartado 1, letras a) a g);

c) aplicar un procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal y ordenar al Fiscal Europeo Delegado que adopte las actuaciones necesarias para poner fin al caso conforme al artículo 40;

d) remitir un caso a las autoridades nacionales de conformidad con el artículo 34, apartados 1, 2, 3 o 6;

e) reabrir una investigación de conformidad con el artículo 39, apartado 2.

4. En caso necesario, las Salas Permanentes adoptarán las decisiones siguientes, de conformidad con las condiciones y los procedimientos establecidos en el presente Reglamento:

a) ordenar al Fiscal Europeo Delegado que inicie una investigación de conformidad con las normas enunciadas en el artículo 26, apartados 1 a 4, en caso de que no se haya iniciado ninguna investigación;

b) ordenar al Fiscal Europeo Delegado que ejerza el derecho de avocación de conformidad con el artículo 27, apartado 6, en caso de que no se haya avocado el caso;

c) someter al Colegio asuntos estratégicos o cuestiones generales que surjan de casos particulares conforme al artículo 9, apartado 2;

d) asignar un caso conforme al artículo 26, apartado 3;

e) reasignar un caso conforme al artículo 26, apartado 5, o al artículo 28, apartado 3;

f) aprobar la decisión de un Fiscal Europeo de dirigir él mismo la investigación conforme al artículo 28, apartado 4.

5. En casos específicos, la Sala Permanente competente, a través del Fiscal Europeo que esté supervisando la investigación o el ejercicio de la acción penal, podrá dar instrucciones al Fiscal Europeo Delegado encargado, respetando la legislación nacional aplicable, cuando sea necesario para la gestión eficiente de la investigación o el ejercicio de la acción penal, en interés de la justicia o para garantizar el funcionamiento coherente de la Fiscalía Europea.

6. La Sala Permanente adoptará sus decisiones por mayoría simple. La Sala llevará a cabo una votación a instancia de cualquiera de sus miembros. Cada miembro

dispondrá de un voto. La Presidencia tendrá voto de calidad en caso de empate. Las decisiones se tomarán tras la deliberación en las reuniones de las Salas sobre la base, cuando proceda, de la propuesta de decisión presentada por el Fiscal Europeo Delegado encargado.

Previa petición, todos los materiales del caso se pondrán a disposición de la Sala Permanente competente con el fin de preparar las decisiones.

7. Las Salas Permanentes podrán decidir delegar en el Fiscal Europeo que supervise el caso de conformidad con el artículo 12, apartado 1, su poder de decisión con arreglo al apartado 3, letras a) o b), del presente artículo, y en este último caso únicamente con respecto a las normas establecidas en el artículo 39, apartado 1, letras a) a f), cuando dicha delegación pueda justificarse debidamente con referencia al nivel de gravedad del delito o la complejidad de los procedimientos en ese caso concreto, en relación con un delito que haya generado o pueda generar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión de cuantía inferior a 100 000 EUR. En el reglamento interno de la Fiscalía Europea se establecerán orientaciones a fin de garantizar que la aplicación en la Fiscalía Europea sea sistemática.

La Sala Permanente informará al Fiscal General Europeo de toda decisión de delegar su poder de decisión. Cuando reciba dicha información, el Fiscal General Europeo podrá, en un plazo de tres días, solicitar a la Sala Permanente que revise su decisión en caso de que el Fiscal General Europeo considere que dicha revisión es necesaria para garantizar la coherencia de las investigaciones y del ejercicio de la acción penal por la Fiscalía Europea. Si el Fiscal General Europeo fuera miembro de la correspondiente Sala Permanente, será uno de los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo el que ejerza el derecho de solicitar la mencionada revisión. El Fiscal Europeo supervisor informará a la Sala Permanente acerca de la resolución final del caso y le comunicará cualquier información o circunstancia que, a su juicio, pueda hacer necesario que se vuelva a evaluar la conveniencia de mantener la delegación, en particular en las circunstancias a que se refiere el artículo 36, apartado 3.

La decisión de delegar el poder de decisión se podrá revocar en cualquier momento a petición de uno de los miembros de la Sala Permanente y se decidirá de conformidad con el apartado 6 del presente artículo. La delegación se revocará si el Fiscal Europeo es sustituido por un Fiscal Europeo Delegado de conformidad con el artículo 16, apartado 7.

Para garantizar una aplicación coherente del principio de delegación, cada Sala Permanente informará una vez al año al Colegio del uso de la delegación.

8. El reglamento interno de la Fiscalía Europea deberá autorizar a las Salas Permanentes a tomar decisiones mediante un procedimiento escrito que se establecerá detalladamente en el propio reglamento interno de la Fiscalía Europea.

Todas las decisiones adoptadas y todas las órdenes dadas de conformidad con los apartados 3, 4, 5 y 7 se harán constar por escrito y formarán parte del expediente del caso.

9. Además de los miembros permanentes, el Fiscal Europeo que esté supervisando una investigación o una acción penal de conformidad con el artículo 12, apartado 1, participará en las deliberaciones de la Sala Permanente. El Fiscal Europeo tendrá derecho de voto, excepto en lo que respecta a las decisiones de la Sala Permanente relativas a la delegación o revocación de delegación de conformidad con el apartado 7 del presente artículo, a la asignación y reasignación de casos en virtud del artículo 26, apartados 3, 4 y 5, y del artículo 27, apartado 6, y a la apertura de juicio en relación con un caso de conformidad con el artículo 36, apartado 3, sobre el que más de un Estado miembro tenga jurisdicción, así como en las situaciones descritas en el artículo 31, apartado 8.

Una Sala Permanente también podrá, bien a petición de un Fiscal Europeo o de un Fiscal Europeo Delegado o por propia iniciativa, invitar a asistir a sus reuniones, sin derecho de voto, a otros Fiscales Europeos o Fiscales Europeos Delegados interesados en un caso.

10. Los presidentes de las Salas Permanentes, de conformidad con el reglamento interno de la Fiscalía Europea, mantendrán informado al Colegio de las decisiones adoptadas con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, con el fin de que el Colegio pueda cumplir su cometido conforme a lo dispuesto en el artículo 9, apartado 2.

Artículo 11. El Fiscal General Europeo y los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo

1. El Fiscal General Europeo estará al frente de la Fiscalía Europea. El Fiscal General Europeo organizará los trabajos de la Fiscalía Europea, dirigirá sus actividades y adoptará decisiones de conformidad con el presente Reglamento y el reglamento interno de la Fiscalía Europea.

2. Se nombrará a dos fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo para que asistan al Fiscal General Europeo en el ejercicio de sus funciones y lo sustituyan cuando este no esté presente o no pueda atender a dichos deberes.

3. El Fiscal General Europeo representará a la Fiscalía Europea ante las instituciones de la Unión y de los Estados miembros de la Unión Europea, y ante terceros. El Fiscal General Europeo podrá delegar sus funciones de representación en uno de sus fiscales adjuntos o en un Fiscal Europeo.

Artículo 12. Los Fiscales Europeos

1. En nombre de la Sala Permanente y en cumplimiento de cualquier instrucción que esta haya dado de conformidad con el artículo 10, apartados 3, 4 y 5, los Fiscales Europeos supervisarán las investigaciones y acciones penales de las que sean responsables los Fiscales Europeos Delegados encargados del caso en su Estado miembro de origen. Los Fiscales Europeos presentarán resúmenes de los casos bajo su supervisión y, cuando proceda, propuestas de decisión que habrá de adoptar la mencionada Sala, a partir de propuestas de decisión elaboradas por los Fiscales Europeos Delegados.

El reglamento interno de la Fiscalía Europea, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16, apartado 7, establecerá un mecanismo de sustitución entre Fiscales Europeos, cuando el Fiscal Europeo supervisor esté temporalmente ausente o no pueda, por otras razones, cumplir las funciones de los Fiscales Europeos. El Fiscal Europeo substituto podrá desempeñar cualquier función de un Fiscal Europeo, con la salvedad de que no podrá llevar a cabo una investigación prevista en el artículo 28, apartado 4.

2. Un Fiscal Europeo podrá solicitar, de manera excepcional, por razones relacionadas con la carga de trabajo resultante del número de las investigaciones y actuaciones judiciales en el Estado miembro de origen del Fiscal Europeo, o cuando exista un conflicto personal de intereses, que la supervisión de las investigaciones y de las actuaciones judiciales de los distintos asuntos tratados por Fiscales Europeos Delegados en su Estado miembro de origen se asigne a otros Fiscales Europeos, siempre y cuando estos estén de acuerdo. El Fiscal General Europeo decidirá sobre la solicitud en función de la carga de trabajo de un Fiscal Europeo. En el caso de conflicto de intereses por parte de un Fiscal Europeo, el Fiscal General Europeo deberá aceptar dicha solicitud. El reglamento interno de la Fiscalía Europea establecerá los principios por los que se regirá dicha decisión y el procedimiento para la posterior asignación de los asuntos de que se trate. El artículo 28, apartado 4, no se aplicará a las investigaciones y actuaciones judiciales supervisadas de conformidad con el presente apartado.

3. Los Fiscales Europeos supervisores podrán, en un caso concreto y de conformidad con el Derecho nacional aplicable y con las órdenes dictadas por la Sala Permanente competente, dar instrucciones al Fiscal Europeo Delegado encargado, siempre que sea necesario para la gestión eficiente de la investigación o el ejercicio de la acción penal o en interés de la justicia, o para garantizar el funcionamiento coherente de la Fiscalía Europea.

4. Cuando la legislación nacional de un Estado miembro establezca el control jurisdiccional de determinados actos dentro de la estructura de la fiscalía nacional, el control jurisdiccional de dichos actos adoptados por el Fiscal Europeo Delegado deberá entrar dentro de la potestad supervisora del Fiscal Europeo supervisor de conformidad con el reglamento interno de la Fiscalía Europea, sin perjuicio de las potestades de supervisión y vigilancia de la Sala Permanente.

5. Los Fiscales Europeos servirán de enlace y de canal de información entre las Salas Permanentes y los Fiscales Europeos Delegados en sus respectivos Estados miembros de origen. Vigilarán la ejecución de las funciones de la Fiscalía Europea en sus Estados miembros respectivos, en estrecha consulta con los Fiscales Europeos Delegados. Garantizarán, de conformidad con el presente Reglamento y con el reglamento interno de la Fiscalía Europea, que toda la información pertinente de la oficina central se facilite a los Fiscales Europeos Delegados y viceversa.

Artículo 13. Los Fiscales Europeos Delegados

1. Los Fiscales Europeos Delegados actuarán en nombre de la Fiscalía Europea en sus respectivos Estados miembros y tendrán las mismas potestades que los fiscales

nacionales en materia de investigación, ejercicio de la acción penal y apertura de juicios, además y con sujeción a los poderes y al estatuto específicos que les confiere el presente Reglamento y en las condiciones que en él se establecen.

Los Fiscales Europeos Delegados serán responsables de aquellas investigaciones y acciones penales que hayan emprendido, que se les hayan asignado o que hayan asumido haciendo uso de su derecho de avocación. Los Fiscales Europeos Delegados seguirán la dirección e instrucciones de la Sala Permanente a cargo del caso y las instrucciones del Fiscal Europeo supervisor.

Los Fiscales Europeos Delegados también serán responsables de la apertura de juicio, en particular les corresponderá presentar alegaciones en el juicio, participar en la práctica de pruebas y ejercer las vías de recurso disponibles con arreglo al Derecho nacional.

2. Cada Estado miembro contará al menos con dos Fiscales Europeos Delegados. El Fiscal General Europeo, tras consultar a las autoridades competentes de los Estados miembros y llegar a un acuerdo con ellas, aprobará el número de Fiscales Europeos Delegados, así como el reparto territorial y funcional de competencias entre los Fiscales Europeos Delegados dentro de cada Estado miembro.

3. Los Fiscales Europeos Delegados podrán ejercer asimismo funciones de fiscales nacionales, en la medida en que ello no les impida cumplir con sus obligaciones establecidas en el presente Reglamento. Informarán al Fiscal Europeo supervisor sobre tales funciones. En caso de que un Fiscal Europeo Delegado no esté en condiciones en un momento dado de cumplir con sus funciones como Fiscal Europeo Delegado debido al ejercicio de tales funciones como fiscal nacional, lo notificará al Fiscal Europeo supervisor, quien deberá consultar a las autoridades competentes de la fiscalía nacional a fin de determinar si se debe dar prioridad o no a las funciones contempladas en el presente Reglamento. El Fiscal Europeo podrá proponer a la Sala Permanente que reasigne el caso a otro Fiscal Europeo Delegado en el mismo Estado miembro o dirigir personalmente las investigaciones de conformidad con el artículo 28, apartados 3 y 4.

SECCIÓN 2

Nombramiento y destitución de los miembros de la fiscalía Europea

Artículo 14. Nombramiento y destitución del Fiscal General Europeo

1. El Parlamento Europeo y el Consejo nombrarán de común acuerdo al Fiscal General Europeo por un mandato no renovable de siete años. El Consejo se pronunciará por mayoría simple.

2. El Fiscal General Europeo será seleccionado de entre candidatos que:

a) sean miembros activos del Ministerio Fiscal o de la judicatura de los Estados miembros, o Fiscales Europeos en activo;

b) ofrezcan absolutas garantías de independencia;

c) reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones del Ministerio Fiscal o de la judicatura en sus respectivos Estados miembros y tengan una experiencia práctica pertinente en lo que atañe a los sistemas jurídicos nacionales, las investigaciones financieras y la cooperación judicial internacional en materia penal, o hayan ejercido como Fiscales Europeos, y

d) tengan una experiencia y cualificaciones de gestión suficientes para el puesto.

3. La selección se basará en una convocatoria abierta que se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea, tras la cual un comité de selección elaborará una lista restringida de candidatos cualificados que se presentará al Parlamento Europeo y al Consejo. El comité de selección estará compuesto por doce personas elegidas de entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Cuentas, antiguos miembros nacionales de Eurojust, miembros de los tribunales supremos nacionales, fiscales de alto rango y juristas de reconocida competencia. Una de las personas elegidas será propuesta por el Parlamento Europeo. El Consejo establecerá las normas de funcionamiento del comité de selección y adoptará, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se designe a sus miembros.

4. En caso de que un Fiscal Europeo sea nombrado Fiscal General Europeo, su puesto de Fiscal Europeo deberá cubrirse sin dilación, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 16, apartados 1 y 2.

5. El Tribunal de Justicia, a instancia del Parlamento Europeo, del Consejo o de la Comisión, podrá destituir al Fiscal General Europeo si estima que ya no está en condiciones de desempeñar sus funciones o que ha incurrido en una falta grave.

6. En caso de que el Fiscal General Europeo dimita, o de que sea destituido o abandone su cargo por cualquier motivo, su puesto deberá cubrirse inmediatamente de conformidad con el procedimiento establecido en los apartados 1, 2 y 3.

Artículo 15. Nombramiento y destitución de los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo

1. El Colegio nombrará a dos Fiscales Europeos para que desempeñen el cargo de fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo para un mandato renovable de tres años, sin que dicho mandato pueda superar la duración de sus mandatos como Fiscales Europeos. El proceso de selección estará regulado en el reglamento interno de la Fiscalía Europea. Los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo conservarán su estatuto de Fiscales Europeos.

2. Las normas y condiciones para el ejercicio de la función de fiscal adjunto al Fiscal General Europeo se establecerán en el reglamento interno de la Fiscalía Europea. En caso de que un Fiscal Europeo no pueda seguir desempeñando sus funciones en calidad de fiscal adjunto al Fiscal General Europeo, el Colegio podrá decidir, de conformidad con el reglamento interno de la Fiscalía Europea, destituir al fiscal adjunto al Fiscal General Europeo de ese cargo.

3. En caso de que un fiscal adjunto al Fiscal General Europeo dimita, sea destituido o abandone su cargo de fiscal adjunto al Fiscal General Europeo por cualquier motivo, su puesto deberá cubrirse sin dilación de conformidad con el procedimiento establecido en el apartado 1 del presente artículo. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 16, seguirá siendo Fiscal Europeo.

Artículo 16. Nombramiento y destitución de los Fiscales Europeos

1. Cada Estado miembro designará a tres candidatos para el cargo de Fiscal Europeo de entre candidatos que:

a) sean miembros activos del Ministerio Fiscal o de la judicatura del correspondiente Estado miembro;

b) ofrezcan absolutas garantías de independencia, y

c) reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones del Ministerio Fiscal o de la judicatura en sus respectivos Estados miembros, y tengan una experiencia práctica pertinente en lo que atañe a los sistemas jurídicos nacionales, las investigaciones financieras y la cooperación judicial internacional en materia penal.

2. Después de haber recibido el dictamen motivado del comité de selección mencionado en el artículo 14, apartado 3, el Consejo seleccionará y nombrará a uno de los candidatos Fiscal Europeo del Estado miembro en cuestión. En caso de que el comité de selección estime que un candidato no reúne las condiciones requeridas para el desempeño de las funciones de Fiscal Europeo, su dictamen vinculará al Consejo.

3. El Consejo, por mayoría simple, elegirá y nombrará a los Fiscales Europeos para un mandato no renovable de seis años. El Consejo podrá decidir prorrogar el mandato por un período máximo de tres años al final del período de seis años.

4. Cada tres años se llevará a cabo la sustitución parcial de un tercio de los Fiscales Europeos. El Consejo adoptará, por mayoría simple, normas transitorias para el nombramiento de los Fiscales Europeos para el primer período de su mandato y durante el mismo.

5. El Tribunal de Justicia, a instancia del Parlamento Europeo, del Consejo o de la Comisión, podrá destituir a un Fiscal Europeo si estima que ya no está en condiciones de desempeñar sus funciones o que ha incurrido en una falta grave.

6. En caso de que un Fiscal Europeo dimita, sea destituido o abandone su cargo por cualquier otro motivo, su puesto deberá cubrirse sin dilación de conformidad con el procedimiento establecido en los apartados 1 y 2. Si el Fiscal Europeo en cuestión ejerce también de fiscal adjunto al Fiscal General Europeo, se le deberá destituir automáticamente también de este último cargo.

7. El Colegio, en el momento del nombramiento de cada Fiscal Europeo, designará a uno de entre los Fiscales Europeos Delegados del mismo Estado miembro para que sustituya al Fiscal Europeo en caso de que este último no pueda seguir desempeñando sus funciones o de que haya abandonado su cargo con arreglo a los apartados 5 y 6.

Cuando el Colegio reconozca la necesidad de una sustitución, la persona designada actuará como Fiscal Europeo provisional, en espera de la sustitución definitiva o del regreso del Fiscal Europeo, por un período que no podrá exceder de tres meses. El Colegio podrá, cuando así se le solicite, prorrogar ese período en caso necesario. Los mecanismos y las modalidades de sustitución temporal se determinarán y regirán por el reglamento interno de la Fiscalía Europea.

Artículo 17. Nombramiento y destitución de los Fiscales Europeos Delegados

1. El Colegio, a propuesta del Fiscal General Europeo, nombrará a los Fiscales Europeos Delegados designados por los Estados miembros. El Colegio podrá rechazar a una persona que haya sido designada si esta no cumple los criterios indicados en el apartado 2. Los Fiscales Europeos Delegados serán nombrados para un mandato renovable de cinco años.

2. Los Fiscales Europeos Delegados, desde el momento de su nombramiento como Fiscales Europeos Delegados y hasta su destitución, deben ser miembros activos del Ministerio Fiscal o de la judicatura de los correspondientes Estados miembros que los hayan designado. Deberán ofrecer absolutas garantías de independencia y poseer las cualificaciones necesarias, así como la experiencia práctica pertinente en el marco de su sistema jurídico nacional.

3. El Colegio destituirá a un Fiscal Europeo Delegado si estima que ha dejado de cumplir los requisitos previstos en el apartado 2, no está en condiciones de desempeñar sus funciones, o ha incurrido en una falta grave.

4. En caso de que un Estado miembro decida destituir a un fiscal nacional que haya sido nombrado Fiscal Europeo Delegado, o adoptar medidas disciplinarias contra él, por motivos ajenos a sus responsabilidades con arreglo al presente Reglamento, informará al Fiscal General Europeo antes de aplicar dicha medida. Un Estado miembro no podrá destituir a un Fiscal Europeo Delegado, o adoptar medidas disciplinarias contra él, por motivos vinculados a sus responsabilidades en el marco del presente Reglamento sin el consentimiento del Fiscal General Europeo. En caso de que el Fiscal General Europeo no diera su consentimiento, el Estado miembro interesado podrá pedir al Colegio que examine la cuestión.

5. En caso de que un Fiscal Europeo Delegado dimita, o de que sus servicios dejen de ser necesarios para el cumplimiento de las funciones de la Fiscalía Europea, o de que sea destituido o abandone su cargo por cualquier otro motivo, el Estado miembro correspondiente informará inmediatamente de ello al Fiscal General Europeo y, en caso necesario, designará a otro fiscal para que sea nombrado nuevo Fiscal Europeo Delegado de conformidad con el apartado 1.

Artículo 18. Estatuto del Director Administrativo

1. El Director Administrativo será contratado como agente temporal de la Fiscalía Europea con arreglo al artículo 2, letra a), del Régimen aplicable a los otros agentes.

2. El Colegio nombrará al Director Administrativo de entre una lista de candidatos propuestos por el Fiscal General Europeo, al término de un procedimiento de selección abierto y transparente conforme a lo dispuesto en el reglamento interno de la Fiscalía Europea. A efectos de la celebración del contrato del Director Administrativo, la Fiscalía Europea estará representada por el Fiscal General Europeo.

3. El mandato del Director Administrativo será de cuatro años. Al término de dicho mandato, el Colegio realizará una evaluación en la que se tendrá en cuenta una valoración de la labor del Director Administrativo.

4. El Colegio, a partir de una propuesta del Fiscal General Europeo que tendrá en cuenta la evaluación a que se hace referencia en el apartado 3, podrá prorrogar una vez el mandato del Director Administrativo por un período no superior a cuatro años.

5. Un Director Administrativo cuyo mandato se haya prorrogado no podrá participar en otro proceso de selección para el mismo puesto al finalizar el mandato completo.

6. El Director Administrativo rendirá cuentas al Fiscal General Europeo y al Colegio.

7. El Director Administrativo podrá ser destituido de la Fiscalía Europea por decisión del Colegio adoptada por mayoría de dos tercios de sus miembros y sin perjuicio de las normas aplicables en materia de rescisión de contratos en el marco del Estatuto de los funcionarios y el Régimen aplicable a los otros agentes.

Artículo 19. Responsabilidades del Director Administrativo

1. A efectos administrativos y presupuestarios, el encargado de gestionar la Fiscalía Europea será el Director Administrativo.

2. Sin perjuicio de los poderes del Colegio o del Fiscal General Europeo, el Director Administrativo actuará de manera independiente en el desempeño de sus obligaciones y no solicitará ni aceptará instrucciones de ningún gobierno ni de ningún otro órgano.

3. El Director Administrativo será el representante legal de la Fiscalía Europea a efectos administrativos y presupuestarios. El Director Administrativo ejecutará el presupuesto de la Fiscalía Europea.

4. El Director Administrativo se ocupará de la ejecución de las tareas administrativas que le asigne la Fiscalía Europea, en particular:

a) la gestión diaria de la Fiscalía Europea y de su personal;

b) la ejecución de las decisiones adoptadas por el Fiscal General Europeo o el Colegio;

c) la preparación del documento de programación anual y plurianual y la presentación del mismo al Fiscal General Europeo;

d) la ejecución de los documentos de programación anual y plurianual y presentación de información al Colegio acerca de su ejecución;

e) la elaboración de las partes administrativa y presupuestaria del informe anual sobre las actividades de la Fiscalía Europea;

f) la elaboración de un plan de actuación que tenga en cuenta las conclusiones de los informes de auditoría, las evaluaciones y las investigaciones de carácter interno o externo, incluidas las del Supervisor Europeo de Protección de Datos y la OLAF, y la presentación de información a dichos órganos y al Colegio al respecto dos veces al año;

g) la preparación de una estrategia interna de lucha contra el fraude para la Fiscalía Europea y la presentación de la misma al Colegio para su aprobación;

h) la elaboración de una propuesta para el proyecto de normas financieras aplicables a la Fiscalía Europea y su presentación al Fiscal General Europeo;

i) la elaboración de una propuesta para el proyecto de estado de previsiones de ingresos y gastos de la Fiscalía Europea y su presentación al Fiscal General Europeo;

j) el apoyo administrativo necesario para facilitar la labor operativa de la Fiscalía Europea;

k) el apoyo al Fiscal General Europeo y a los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo en el ejercicio de sus respectivas funciones.

Artículo 20. Disposiciones administrativas provisionales de la Fiscalía Europea

1. A partir de créditos presupuestarios provisionales asignados en su propio presupuesto, la Comisión se encargará del establecimiento y el funcionamiento administrativo inicial de la Fiscalía Europea hasta que esta tenga capacidad para ejecutar su propio presupuesto. Con tal fin, la Comisión podrá:

a) designar, previa consulta al Consejo, a un funcionario de la Comisión para que actúe como Director Administrativo interino y ejerza los cometidos asignados al Director Administrativo, incluidos los poderes conferidos por el Estatuto de los funcionarios y el Régimen aplicable a los otros agentes por lo que atañe a la autoridad facultada para proceder a los nombramientos del personal administrativo de la Fiscalía Europea, respecto de todo puesto de personal que haya de cubrirse antes de que el Director Administrativo entre en funciones de conformidad con el artículo 18;

b) ofrecer asistencia a la Fiscalía Europea, en particular enviando en comisión de servicios a un número limitado de funcionarios de la Comisión que resulte necesario para desempeñar las actividades administrativas de la Fiscalía Europea bajo la responsabilidad del Director Administrativo interino.

2. El Director Administrativo interino podrá autorizar todos los pagos cubiertos por créditos consignados en el presupuesto de la Fiscalía Europea y podrá celebrar contratos como, por ejemplo, los contratos de personal.

3. Una vez que el Colegio asuma sus funciones de conformidad con el artículo 9, apartado 1, el Director Administrativo interino ejercerá sus funciones con arreglo a lo

dispuesto en el artículo 18. El Director Administrativo interino cesará en el ejercicio de sus funciones cuando asuma sus funciones el Director Administrativo tras haber sido nombrado por el Colegio de conformidad con el artículo 18.

4. Hasta que el Colegio asuma sus funciones de conformidad con el artículo 9, apartado 1, la Comisión ejercerá las funciones que le incumben a tenor del presente artículo en consulta con un grupo de expertos integrado por representantes de los Estados miembros.

SECCIÓN 3

Reglamento interno de la fiscalía Europea

Artículo 21. Reglamento interno de la Fiscalía Europea

1. La organización de la labor de la Fiscalía Europea se regirá por su reglamento interno.

2. Una vez que se haya creado la Fiscalía Europea, el Fiscal General Europeo preparará sin dilación una propuesta de reglamento interno de la Fiscalía Europea, que deberá ser adoptada por una mayoría de dos tercios del Colegio.

3. Cualquier Fiscal Europeo podrá proponer modificaciones del reglamento interno de la Fiscalía Europea, que serán adoptadas si el Colegio así lo decide por una mayoría de dos tercios.

CAPÍTULO IV

COMPETENCIA Y EJERCICIO DE LA COMPETENCIA DE LA FISCALÍA EUROPEA

SECCIÓN 1

Competencia de la fiscalía Europea

Artículo 22. Competencia material de la Fiscalía Europea

1. La Fiscalía Europea será competente respecto de los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión contemplados en la Directiva (UE) 2017/1371 y tal y como esta se haya transpuesto por la legislación nacional, con independencia de que el mismo comportamiento constitutivo de delito pueda clasificarse como constitutivo de otro tipo de delito con arreglo al Derecho nacional. En lo que respecta a los delitos mencionados en el artículo 3, apartado 2, letra d), de la Directiva (UE) 2017/1371, tal como se haya transpuesto por la legislación nacional, la Fiscalía Europea solo será competente cuando las acciones u omisiones intencionadas definidas en dicha disposición tengan relación con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan un perjuicio total de al menos 10 millones de EUR.

2. La Fiscalía Europea también será competente respecto de delitos relativos a la participación en una organización delictiva definida en la Decisión Marco 2008/841/JAI, tal y como esta se haya transpuesto por la legislación nacional, si la

actividad delictiva de dicha organización se centra en cometer alguno de los delitos a que hace referencia el apartado 1.

3. La Fiscalía Europea también será competente respecto de cualquier otro delito que esté indisociablemente vinculado con un comportamiento constitutivo de delito incluido en el ámbito de aplicación del apartado 1 del presente artículo. La competencia respecto de dichos delitos solo podrá ejercerse de conformidad con el artículo 25, apartado 3.

4. En cualquier caso, la Fiscalía Europea no será competente respecto de delitos referentes a los impuestos directos nacionales, incluidos los delitos indisociablemente vinculados a ellos. La estructura y el funcionamiento de la administración tributaria de los Estados miembros no se verán afectados por el presente Reglamento.

Artículo 23. Competencia territorial y personal de la Fiscalía Europea

La Fiscalía Europea tendrá competencia respecto de los delitos a que se hace referencia en el artículo 22 cuando dichos delitos:

a) hayan sido cometidos total o parcialmente en el territorio de uno o varios de los Estados miembros;

b) hayan sido cometidos por un nacional de un Estado miembro, siempre que un Estado miembro sea competente respecto de ese tipo de delito cuando se haya cometido fuera de su territorio, o

c) hayan sido cometidos fuera de los territorios a que se refiere la letra a) por una persona sujeta al Estatuto de los funcionarios o al Régimen aplicable a los otros agentes en el momento de la perpetración del delito, siempre que un Estado miembro sea competente respecto de ese tipo de delito cuando se haya cometido fuera de su territorio.

SECCIÓN 2

Ejercicio de la competencia de la fiscalía Europea

Artículo 24. Presentación de informes, registro y verificación de la información

1. Las instituciones, órganos u organismos de la Unión y las autoridades de los Estados miembros que sean competentes con arreglo al Derecho nacional aplicable informarán a la Fiscalía Europea, sin dilación indebida, de todo comportamiento constitutivo de delito respecto del cual esta pueda ejercer su competencia de conformidad con el artículo 22 y con el artículo 25, apartados 2 y 3.

2. Cuando una autoridad judicial o policial de un Estado miembro inicie una investigación de un delito respecto del cual la Fiscalía Europea podría ejercer su competencia de conformidad con el artículo 22 y el artículo 25, apartados 2 y 3, o en caso de que, en cualquier momento tras el inicio de una investigación, la autoridad judicial o policial competente de un Estado miembro considere que una investigación se refiere a un delito de este tipo, dicha autoridad informará a la Fiscalía Europea sin

dilación indebida para que esta pueda decidir si ejerce o no su derecho de avocación de conformidad con el artículo 27.

3. Cuando una autoridad judicial o policial de un Estado miembro inicie una investigación respecto de un delito definido en el artículo 22 y considere que la Fiscalía Europea podría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25, apartado 3, no ejercer su competencia, informará de ello a la Fiscalía Europea.

4. El informe contendrá, como mínimo, una descripción de los hechos, incluidas una evaluación del perjuicio causado o que podría causarse, la posible tipificación jurídica y toda información disponible sobre víctimas potenciales, sospechosos y cualesquiera otras personas implicadas.

5. También se informará a la Fiscalía Europea, de conformidad con los apartados 1 y 2 del presente artículo, de los casos en los que no sea posible efectuar una evaluación de si se cumplen o no los criterios establecidos en el artículo 25, apartado 2.

6. La información facilitada a la Fiscalía Europea será registrada y verificada de conformidad con su reglamento interno. La verificación evaluará si, sobre la base de la información facilitada de conformidad con los apartados 1 y 2, existen motivos para iniciar una investigación o para ejercer el derecho de avocación.

7. En caso de que, una vez efectuada la verificación, la Fiscalía Europea decida que no existen motivos para iniciar una investigación de conformidad con el artículo 26 o para ejercer el derecho de avocación de conformidad con el artículo 27, se anotarán las razones en el sistema de gestión de casos.

La Fiscalía Europea informará a la autoridad que haya comunicado el comportamiento constitutivo de delito de conformidad con los apartados 1 o 2, así como a las víctimas del delito y, si así lo establece la legislación nacional, a otras personas que hayan comunicado el comportamiento constitutivo de delito.

8. Cuando se ponga en conocimiento de la Fiscalía Europea que puede haberse cometido un delito que no esté comprendido en el ámbito de competencia de la Fiscalía Europea, informará sin dilación indebida a las autoridades nacionales competentes y les remitirá todas las pruebas pertinentes.

9. En casos concretos, la Fiscalía Europea podrá solicitar la información pertinente adicional de que dispongan a las instituciones, órganos u organismos de la Unión y a las autoridades de los Estados miembros. La información solicitada también podrá referirse a infracciones que hayan causado un perjuicio a los intereses financieros de la Unión, distintas de las que sean de la competencia de la Fiscalía Europea de conformidad con el artículo 25, apartado 2.

10. La Fiscalía Europea podrá solicitar otra información para que el Colegio, de conformidad con el artículo 9, apartado 2, pueda dar orientaciones generales sobre la interpretación de la obligación de informar a la Fiscalía Europea de casos incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 25, apartado 2.

Artículo 25. Ejercicio de la competencia de la Fiscalía Europea

1. La Fiscalía Europea ejercerá su competencia iniciando una investigación de conformidad con el artículo 26, o bien decidiendo ejercer su derecho de avocación de conformidad con el artículo 27. Cuando la Fiscalía Europea decida ejercer su competencia, las autoridades nacionales competentes no ejercerán la suya respecto del mismo comportamiento constitutivo de delito.

2. Cuando un delito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 22 cause o pueda causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión cuya cuantía sea inferior a 10 000 EUR, la Fiscalía Europea únicamente podrá ejercer su competencia cuando:

a) el asunto tenga repercusiones a escala de la Unión que requieran que la Fiscalía Europea lleve a cabo una investigación, o

b) funcionarios u otros agentes de la Unión o miembros de las instituciones de la Unión sean sospechosos de haber cometido el delito.

La Fiscalía Europea consultará, según proceda, a las autoridades nacionales u órganos de la Unión competentes, a fin de establecer si se cumplen los criterios establecidos en las letras a) y b) del párrafo primero.

3. La Fiscalía Europea se abstendrá de ejercer su competencia respecto de todo delito comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22 y, previa consulta con las autoridades nacionales competentes, remitirá el caso sin dilación indebida a estas últimas, de conformidad con el artículo 34, si:

a) la sanción máxima establecida por la legislación nacional para un delito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, es igual a o menos severa que la sanción máxima establecida para un delito indisociablemente vinculado a que se refiere el artículo 22, apartado 3, salvo en caso de que este último delito haya sido un instrumental para cometer el delito incluido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, o

b) existe algún motivo para suponer que el perjuicio causado o que puede causar a los intereses financieros de la Unión un delito de los mencionados en el artículo 22 no es mayor que el perjuicio causado o que puede causarse a otra víctima.

La letra b) del párrafo primero del presente apartado no se aplicará a los delitos mencionados en el artículo 3, apartado 2, letras a), b) y d), de la Directiva (UE) 2017/1371 tal como se haya transpuesto por la legislación nacional.

4. La Fiscalía Europea podrá, con el consentimiento de las autoridades nacionales competentes, ejercer su competencia respecto de los delitos a que se refiere el artículo 22, en los casos que de otro modo quedarían excluidos por aplicación del apartado 3, letra b), del presente artículo, si resulta que la Fiscalía Europea está en mejores condiciones para investigar o ejercer la acción penal.

5. La Fiscalía Europea informará a las autoridades nacionales competentes, sin dilación indebida, de toda decisión de ejercer o no su competencia.

6. En caso de discrepancia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales que ejercen la acción penal sobre la cuestión de determinar si el comportamiento constitutivo de delito está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartados 2 o 3, o del artículo 25, apartados 2 o 3, las autoridades nacionales competentes en materia de atribución de competencia para el ejercicio de la acción penal a escala nacional decidirán quién será competente para la investigación del caso. Los Estados miembros designarán a la autoridad nacional que decidirá en materia de atribución de competencia.

CAPÍTULO V

NORMAS DE PROCEDIMIENTO SOBRE INVESTIGACIONES,MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN, EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y ALTERNATIVAS AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

SECCIÓN 1

Normas en materia de investigaciones

Artículo 26. Inicio de investigaciones y asignación de competencias dentro de la Fiscalía Europea

1. Cuando, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, existan motivos razonables para creer que se está cometiendo o se ha cometido un delito respecto del que sea competente la Fiscalía Europea, un Fiscal Europeo Delegado en un Estado miembro que, con arreglo a su legislación nacional, tenga competencia respecto del delito, iniciará una investigación y lo anotará en el sistema de gestión de casos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25, apartados 2 y 3.

2. En caso de que, una vez efectuada una verificación de conformidad con el artículo 24, apartado 6, la Fiscalía Europea decida iniciar una investigación, informará sin dilación indebida a la autoridad que haya comunicado el comportamiento constitutivo de delito de conformidad con el artículo 24, apartados 1 o 2.

3. En caso de que ningún Fiscal Europeo Delegado haya iniciado investigación alguna, la Sala Permanente a la que se haya asignado el caso encomendará a un Fiscal Europeo Delegado que inicie una investigación con arreglo a las condiciones establecidas en el apartado 1.

4. Los casos serán, en principio, iniciados y conocidos por un Fiscal Europeo Delegado del Estado miembro en el que se sitúe el centro de la actividad delictiva o, si se han cometido varios delitos conexos que sean competencia de la Fiscalía Europea, por un Fiscal Europeo Delegado del Estado miembro en el que se haya cometido la mayor parte de los delitos. Un Fiscal Europeo Delegado de un Estado miembro distinto de aquel que tenga competencia sobre el caso únicamente podrá iniciar una investigación, o la Sala Permanente competente únicamente podrá ordenarle que la inicie, cuando esté debidamente justificado desviarse de la norma establecida en la frase anterior, teniendo en cuenta los siguientes criterios, por orden de prioridad:

a) el lugar de residencia habitual del sospechoso o acusado;

b) la nacionalidad del sospechoso o acusado;

c) el lugar donde se haya producido el principal perjuicio financiero.

5. Hasta que se adopte la decisión de formular escrito de acusación de conformidad con el artículo 36, la Sala Permanente competente podrá, en los casos relativos a la competencia de más de un Estado miembro y previa consulta con los Fiscales Europeos y/o los Fiscales Europeos Delegados afectados, decidir lo siguiente:

a) reasignar el caso a un Fiscal Europeo Delegado en otro Estado miembro;

b) acumular o escindir casos y, respecto de cada uno de ambos supuestos, elegir al Fiscal Europeo Delegado encargado,

si dichas decisiones redundan en beneficio general de la justicia y se ajustan a los criterios para la elección del Fiscal Europeo Delegado encargado de conformidad con el apartado 4 del presente artículo.

6. Siempre que la Sala Permanente adopte la decisión de reasignar, acumular o escindir un caso, deberá tener debidamente en cuenta el estado en que se encuentren las investigaciones.

7. La Fiscalía Europea informará a las autoridades nacionales competentes sin dilación indebida de toda decisión de iniciar una investigación.

Artículo 27. Derecho de avocación

1. Una vez que reciba toda la información pertinente de conformidad con el artículo 24, apartado 2, la Fiscalía Europea adoptará su decisión a propósito de ejercer o no su derecho de avocación lo antes posible, aunque no después de que transcurran cinco días desde la fecha en que reciba la información procedente de las autoridades nacionales, e informará a estas de su decisión. El Fiscal General Europeo podrá, en determinados casos específicos, adoptar la decisión motivada de prorrogar este plazo por un período máximo de cinco días, e informará de ello a las autoridades nacionales.

2. Durante los plazos previstos en el apartado 1, las autoridades nacionales se abstendrán de adoptar decisión alguna con arreglo a la legislación nacional que pueda tener el efecto de impedir que la Fiscalía Europea ejerza su derecho de avocación.

Las autoridades nacionales adoptarán todas las medidas urgentes que sean necesarias, de conformidad con la legislación nacional, para garantizar una investigación y un ejercicio de la acción penal efectivos.

3. Si la Fiscalía Europea tiene conocimiento, por medios distintos de la información a que hace referencia el artículo 24, apartado 2, de que las autoridades competentes de un Estado miembro han iniciado ya una investigación respecto de un delito sobre el que la Fiscalía Europea podría tener competencia, informará sin dilación a dichas autoridades. Tras haber sido debidamente informada de conformidad con el artículo 24, apartado 2, la Fiscalía Europea adoptará una decisión sobre si ejerce o no su derecho de avocación. La decisión se adoptará dentro de los plazos establecidos en el apartado 1 del presente artículo.

4. La Fiscalía Europea consultará, cuando proceda, a las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate antes de decidir si ejerce o no su derecho de avocación.

5. Cuando la Fiscalía Europea ejerza su derecho de avocación, las autoridades competentes de los Estados miembros le transferirán el expediente y se abstendrán de realizar nuevos actos de investigación en relación con el mismo delito.

6. El derecho de avocación establecido en el presente artículo podrá ser ejercido por un Fiscal Europeo Delegado de cualquier Estado miembro cuyas autoridades competentes hayan iniciado una investigación respecto de un delito comprendido en el ámbito de aplicación de los artículos 22 y 23.

En caso de que un Fiscal Europeo Delegado que haya recibido la información de conformidad con el artículo 24, apartado 2, considere no ejercer el derecho de avocación, informará de ello a la Sala Permanente por medio del Fiscal Europeo de su Estado miembro con miras a posibilitar que la Sala Permanente adopte una decisión de conformidad con el artículo 10, apartado 4.

7. En caso de que la Fiscalía Europea se haya abstenido de ejercer su competencia, informará a las autoridades nacionales competentes sin dilación indebida. En cualquier momento del transcurso del proceso, las autoridades nacionales competentes informarán a la Fiscalía Europea de todo nuevo hecho que pueda darle motivos para reconsiderar su decisión de no ejercer su competencia.

La Fiscalía Europea podrá ejercer su derecho de avocación tras haber recibido dicha información, siempre que la investigación nacional no se haya finalizado y no se haya presentado acusación ante un tribunal. La decisión se adoptará dentro del plazo establecido en el apartado 1.

8. Cuando, en relación con delitos que causen o puedan causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión cuya cuantía sea inferior a 100 000 EUR, el Colegio considere que, con referencia al nivel de gravedad del delito o la complejidad de los procedimientos en el caso particular, no resulta necesario investigar un caso o ejercer la acción penal al respecto a nivel de la Unión, formulará, de conformidad con el artículo 9, apartado 2, unas orientaciones generales que permitan a los Fiscales Europeos Delegados decidir, de manera independiente y sin dilación indebida, no avocar el caso.

Las orientaciones indicarán, con todos los detalles necesarios, las circunstancias a las que se aplican, y establecerán criterios claros, teniendo en cuenta específicamente la naturaleza del delito, la urgencia de la situación y el compromiso de las autoridades nacionales de tomar todas las medidas necesarias para conseguir la plena recuperación del perjuicio causado a los intereses financieros de la Unión.

9. Para garantizar la aplicación coherente de las orientaciones, un Fiscal Europeo Delegado informará a la Sala Permanente competente de cada una de las decisiones que adopte de conformidad con el apartado 8, y cada Sala Permanente presentará al Colegio un informe anual sobre la aplicación de las orientaciones.

Artículo 28. Realización de la investigación

1. El Fiscal Europeo Delegado encargado de un caso podrá, de conformidad con el presente Reglamento y con el Derecho nacional, bien emprender medidas de investigación u otras medidas por iniciativa propia, bien encomendárselas a las autoridades competentes de su Estado miembro. Dichas autoridades garantizarán, de conformidad con el Derecho nacional, que se sigan todas las instrucciones y se emprendan las medidas que se les asignen. El Fiscal Europeo Delegado encargado comunicará al Fiscal Europeo competente y a la Sala Permanente, mediante el sistema de gestión de casos, todo elemento significativo que afecte a la evolución del asunto, de conformidad con las normas establecidas en el reglamento interno de la Fiscalía Europea.

2. En cualquier momento del transcurso de las investigaciones dirigidas por la Fiscalía Europea, las autoridades nacionales competentes adoptarán las medidas urgentes que sean necesarias, de conformidad con el Derecho nacional, para garantizar que las investigaciones sean efectivas, aun cuando no actúen específicamente en virtud de una instrucción impartida por el Fiscal Europeo Delegado encargado. Las autoridades nacionales competentes informarán sin dilación indebida al Fiscal Europeo Delegado encargado de las medidas urgentes adoptadas.

3. La Sala Permanente competente podrá decidir, a propuesta del Fiscal Europeo supervisor, reasignar el caso a otro Fiscal Europeo Delegado en el mismo Estado miembro cuando el Fiscal Europeo Delegado encargado:

a) no pueda llevar a cabo la investigación o ejercer la acción penal, o

b) deje de seguir las instrucciones de la Sala Permanente competente o del Fiscal Europeo.

4. En casos excepcionales, tras haber obtenido la aprobación de la Sala Permanente competente, el Fiscal Europeo supervisor podrá tomar la decisión motivada de dirigir personalmente la investigación, ya sea emprendiendo las medidas de investigación y otras medidas personalmente, bien encomendándoselas a las autoridades competentes de su Estado miembro, si ello parece ser indispensable en interés de la eficiencia de la investigación o del ejercicio de la acción penal por razón de uno o varios de los siguientes criterios:

a) la gravedad del delito, en particular en vista de sus posibles repercusiones a escala de la Unión;

b) cuando la investigación se refiera a funcionarios u otros agentes de la Unión o a miembros de las instituciones de la Unión;

c) en caso de que el mecanismo de reasignación establecido en el apartado 3 no haya funcionado.

En tales circunstancias excepcionales, los Estados miembros garantizarán que el Fiscal Europeo esté facultado para ordenar o solicitar medidas de investigación y otras medidas, y que tenga todos los poderes, responsabilidades y obligaciones de un Fiscal

Europeo Delegado, de conformidad con el presente Reglamento y con el Derecho nacional.

Se informará, sin dilación indebida, a las autoridades nacionales competentes y a los Fiscales Europeos Delegados afectados por el caso de la decisión adoptada en virtud del presente apartado.

Artículo 29. Suspensión de privilegios o inmunidades

1. Cuando las investigaciones de la Fiscalía Europea impliquen a personas protegidas por un privilegio o inmunidad en virtud del Derecho nacional y dicho privilegio o inmunidad suponga un obstáculo para llevar a cabo una investigación concreta, el Fiscal General Europeo presentará una solicitud justificada por escrito para su suspensión con arreglo a los procedimientos establecidos por el Derecho nacional.

2. Cuando las investigaciones de la Fiscalía Europea impliquen a personas protegidas por privilegios o inmunidades en virtud del Derecho de la Unión, en particular, el Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Unión, y dichos privilegios o inmunidades supongan un obstáculo para llevar a cabo una investigación concreta, el Fiscal General Europeo presentará una solicitud justificada por escrito para su suspensión con arreglo a los procedimientos establecidos por el Derecho de la Unión.

SECCIÓN 2

Normas sobre medidas de investigación y otras medidas

Artículo 30. Medidas de investigación y otras medidas

1. Al menos en los casos en que el delito objeto de la investigación sea punible con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión, los Estados miembros garantizarán que los Fiscales Europeos Delegados estén facultados para ordenar o solicitar las siguientes medidas de investigación:

a) inspeccionar cualquier local, territorio, medio de transporte, domicilio privado, ropa y pertenencias personales o sistemas informáticos, y adoptar todas las medidas cautelares necesarias para preservar su integridad o evitar la pérdida o contaminación de pruebas;

b) conseguir la presentación de cualquier objeto o documento pertinente, ya sea en su formato original o en otro formato determinado;

c) conseguir la presentación de datos informáticos almacenados, ya sean encriptados o descifrados, en su formato original o en otro formato determinado, incluidos los datos relativos a cuentas bancarias y de tráfico, con la excepción de los datos específicamente conservados de conformidad con el Derecho nacional en aplicación del artículo 15, apartado 1, segunda frase, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo[20];

[20] Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DO L 201 de 31.7.2002, p. 37).

d) inmovilizar los instrumentos o los productos del delito, incluidos los activos, si se prevé que el órgano jurisdiccional los decomisará y si existen motivos para pensar que el propietario, poseedor o gestor de dichos instrumentos o productos intentará frustrar la sentencia que ordene su decomiso;

e) interceptar las comunicaciones electrónicas enviadas y recibidas por el sospechoso o el acusado, a través de todo medio de telecomunicaciones electrónicas que utilice el sospechoso o el acusado;

f) seguir y localizar un objeto por medios técnicos, incluidas las entregas controladas de mercancías.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29, las medidas de investigación establecidas en el apartado 1 del presente artículo podrán estar sujetas a condiciones de conformidad con el Derecho nacional aplicable si este contiene restricciones específicas que se aplican respecto de determinadas categorías de personas o profesionales que están sometidas a una obligación de confidencialidad jurídicamente vinculante.

3. Las medidas de investigación establecidas en el apartado 1, letras c), e) y f), del presente artículo podrán estar sujetas a otras condiciones, incluidas limitaciones, previstas por el Derecho nacional aplicable. En particular, los Estados miembros podrán restringir la aplicación del apartado 1, letras e) y f), del presente artículo, a delitos graves específicos. Un Estado miembro que tenga la intención de hacer uso de esa limitación notificará a la Fiscalía Europea la correspondiente lista de delitos graves específicos de acuerdo con el artículo 117.

4. Los Fiscales Europeos Delegados estarán facultados para solicitar u ordenar cualesquiera otras medidas a las que puedan recurrir los fiscales en su respectivo Estado miembro en casos similares en virtud del Derecho nacional, además de las medidas indicadas en el apartado 1.

5. Los Fiscales Europeos Delegados solo podrán ordenar las medidas a las que se refieren los apartados 1 y 4 cuando existan motivos razonables para creer que la medida específica de que se trate podría facilitar información o aportar pruebas útiles para la investigación, y cuando no quepa recurrir a medidas menos intrusivas que puedan lograr el mismo objetivo. La legislación nacional aplicable regirá los procedimientos y las modalidades para adoptar las medidas.

Artículo 31. Investigaciones transfronterizas

1. Los Fiscales Europeos Delegados actuarán en estrecha cooperación, asistiéndose y consultándose mutuamente con regularidad en los casos transfronterizos. Cuando una medida haya de llevarse a efecto en un Estado miembro distinto del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado encargado, este Fiscal Europeo Delegado decidirá sobre la adopción de la medida necesaria y la asignará a un Fiscal Europeo Delegado ubicado en el Estado miembro en el que haya de ejecutarse la medida.

2. El Fiscal Europeo Delegado encargado podrá asignar cualquier medida a la que pueda recurrir de conformidad con el artículo 30. La motivación y la adopción de tales

medidas estarán regidas por la legislación del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado encargado. Cuando el Fiscal Europeo Delegado encargado asigne una medida de investigación a uno o varios Fiscales Europeos Delegados de otro Estado miembro, deberá informar al mismo tiempo a su Fiscal Europeo supervisor.

3. En caso de que la legislación del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado asistente exija autorización judicial para la medida, el Fiscal Europeo Delegado asistente obtendrá dicha autorización de conformidad con el Derecho de dicho Estado miembro.

En caso de que la autorización judicial para la medida asignada sea denegada, el Fiscal Europeo Delegado encargado retirará la asignación.

No obstante, en caso de que la legislación del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado asistente no exija dicha autorización judicial, pero la legislación del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado encargado sí la exija, este último deberá obtener la autorización y presentarla junto con la asignación.

4. El Fiscal Europeo Delegado asistente llevará a efecto la medida asignada, o encomendará a la autoridad nacional competente que la lleve a efecto.

5. En caso de que el Fiscal Europeo Delegado asistente considere que:

a) la asignación está incompleta o contiene algún error manifiesto importante;

b) no cabe llevar a efecto la medida dentro del plazo establecido en la asignación por razones justificadas y objetivas;

c) una medida alternativa y menos intrusiva alcanzaría los mismos resultados que la medida asignada, o

d) la medida asignada no existe o no cabría recurrir a ella en un caso nacional similar en virtud de la legislación de su Estado miembro,

informará a su Fiscal Europeo supervisor y consultará con el Fiscal Europeo Delegado encargado para resolver la cuestión bilateralmente.

6. En caso de que no exista la medida asignada en una situación puramente nacional, pero cupiera recurrir a ella en una situación transfronteriza cubierta por instrumentos jurídicos sobre reconocimiento mutuo o cooperación transfronteriza, los Fiscales Europeos Delegados interesados podrán, de concierto con los Fiscales Europeos supervisores correspondientes, recurrir a dichos instrumentos.

7. Si los Fiscales Europeos Delegados no pueden resolver el asunto en un plazo de siete días hábiles y se mantiene la asignación, el asunto se remitirá a la Sala Permanente competente. Esto mismo se aplicará en caso de que la ejecución de la medida asignada no se emprenda dentro del plazo establecido en la asignación o dentro de un plazo razonable.

8. La Sala Permanente competente escuchará, en la medida en que sea necesario, a los Fiscales Europeos Delegados interesados en el caso y decidirá a continuación sin dilación indebida, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, si el Fiscal

Europeo Delegado asistente ha de llevar a efecto la medida asignada o de una medida sustitutoria, y en qué plazo, y comunicará esta decisión a los Fiscales Europeos Delegados mencionados a través del Fiscal Europeo competente.

Artículo 32. Ejecución de las medidas asignadas

Las medidas asignadas se llevarán a cabo de conformidad con el presente Reglamento y la legislación del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado asistente. Las formalidades y procedimientos expresamente indicados por el Fiscal Europeo Delegado encargado se cumplirán a menos que tales formalidades y procedimientos sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado asistente.

Artículo 33. Prisión preventiva y entrega transfronteriza

1. El Fiscal Europeo Delegado encargado podrá solicitar u ordenar la detención o prisión preventiva del sospechoso o acusado, con arreglo a la legislación nacional aplicable en casos nacionales similares.

2. Cuando ello sea necesario para la detención y entrega de una persona que no esté presente en el Estado miembro en el que se ubique el Fiscal Europeo Delegado encargado, este dictará o solicitará a la autoridad competente de dicho Estado miembro que dicte una orden de detención europea de conformidad con la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo[21].

SECCIÓN 3

Normas en materia de ejercicio de la acción penal

Artículo 34. Remisión y transferencia de diligencias a las autoridades nacionales

1. Cuando una investigación dirigida por la Fiscalía Europea revele que los hechos objeto de investigación no constituyen un delito perteneciente a su ámbito de competencia de conformidad con los artículos 22 y 23, la Sala Permanente competente decidirá remitir el caso sin dilación indebida a las autoridades nacionales competentes.

2. Cuando una investigación dirigida por la Fiscalía Europea revele que han dejado de cumplirse las condiciones específicas para el ejercicio de su competencia establecidas en el artículo 25, apartados 2 y 3, la Sala Permanente competente decidirá remitir el caso a las autoridades nacionales competentes sin dilación indebida y antes de iniciar el ejercicio de la acción penal ante los tribunales nacionales.

3. Cuando, con relación a delitos que causen o puedan causar un perjuicio para los intereses financieros de la Unión de cuantía inferior a 100 000 EUR, el Colegio considere que, con referencia al nivel de gravedad del delito o la complejidad de los procedimientos en el caso particular, no resulta necesario investigar un caso o ejercer la acción penal al respecto a nivel de la Unión y que la remisión del caso a las autoridades nacionales competentes redundaría en beneficio de la eficiencia de la investigación o del

[21] Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18.7.2002, p. 1).

ejercicio de la acción penal, emitirá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, apartado 2, unas orientaciones generales que permitan a las Salas Permanentes remitir el caso a las autoridades nacionales competentes.

Tales orientaciones también permitirán que las Salas Permanentes remitan un caso a las autoridades nacionales competentes cuando la Fiscalía Europea ejerza su competencia respecto de los delitos a que se refiere el artículo 3, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva (UE) 2017/1371 y cuando el perjuicio causado o que se pueda causar a los intereses financieros de la Unión no sea mayor que el perjuicio causado o que se pueda causar a otra víctima.

Para garantizar una aplicación coherente de las orientaciones, cada Sala Permanente informará una vez al año al Colegio de la aplicación de las mismas.

Las mencionadas remisiones incluirán asimismo todo delito indisociablemente vinculado a que se refiere el artículo 22, apartado 3, incluido en el ámbito de la competencia de la Fiscalía Europea.

4. La Sala Permanente comunicará al Fiscal General Europeo toda decisión de remitir un caso a las autoridades nacionales basada en el apartado 3. El Fiscal General Europeo dispondrá de un plazo de tres días, tras recibir esta información, para solicitar a la Sala Permanente que revise su decisión en caso de que el Fiscal General Europeo considere que dicha revisión propiciaría el objetivo de garantizar la coherencia de la política de remisión de la Fiscalía Europea. Si el Fiscal General Europeo fuera miembro de la correspondiente Sala Permanente, será uno de los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo el que ejerza el derecho de solicitar la mencionada revisión.

5. En caso de que las autoridades nacionales competentes no acepten asumir el caso de conformidad con los apartados 2 y 3 dentro de un plazo máximo de treinta días, la Fiscalía Europea seguirá siendo competente para enjuiciar o archivar el caso, conforme a las normas establecidas en el presente Reglamento.

6. Cuando la Fiscalía Europea considere la posibilidad de archivar la causa de conformidad con el artículo 39, apartado 3, y si la autoridad nacional así lo requiere, la Sala Permanente la remitirá sin dilación a dicha autoridad.

7. Si, tras una remisión de conformidad con los apartados 1, 2 o 3 del presente artículo y con el artículo 25, apartado 3, la autoridad nacional decide abrir una investigación, la Fiscalía Europea transferirá el expediente a dicha autoridad nacional, se abstendrá de adoptar nuevas medidas de investigación o ejercicio de la acción penal y cerrará el caso.

8. Cuando se transfiera un expediente de conformidad con los apartados 1, 2 o 3 del presente artículo y con el artículo 25, apartado 3, la Fiscalía Europea informará de dicha transferencia a las instituciones, órganos y organismos de la Unión pertinentes, así como, cuando lo disponga el Derecho nacional, a los sospechosos o acusados y a las víctimas.

Artículo 35. Conclusión de la investigación

1. Cuando el Fiscal Europeo Delegado encargado considere concluida la investigación, presentará un informe al Fiscal Europeo supervisor, con un resumen del caso y una propuesta de decisión sobre si se debe acusar ante un órgano judicial nacional o considerar la remisión del caso, su archivo o un procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal por acuerdo, con arreglo a los artículos 34, 39 o 40. El Fiscal Europeo supervisor transmitirá dichos documentos a la Sala Permanente competente, acompañados, si lo considera necesario, de su propio informe. Cuando la Sala Permanente, de conformidad con el artículo 10, apartado 3, tome la decisión propuesta por el Fiscal Europeo Delegado, este proseguirá el asunto en consecuencia.

2. Si la Sala Permanente, sobre la base de los informes recibidos, considera que no tomará la decisión propuesta por el Fiscal Europeo Delegado, procederá, cuando sea necesario, a su propio análisis de los autos antes de tomar una decisión final o de dictar nuevas instrucciones al Fiscal Europeo Delegado.

3. Cuando proceda, el informe del Fiscal Europeo Delegado también proporcionará motivos suficientes para someter el caso a un órgano jurisdiccional del Estado miembro en que se ubique, o, de conformidad con el artículo 26, apartado 4, a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que tenga jurisdicción sobre el asunto.

Artículo 36. Presentación del escrito de acusación ante los órganos jurisdiccionales nacionales

1. Cuando el Fiscal Europeo Delegado presente una propuesta de decisión proponiendo llevar un caso a juicio, la Sala Permanente decidirá sobre dicha propuesta, con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 35, dentro del plazo de veintiún días. La Sala Permanente no podrá decidir archivar el caso si una propuesta de decisión propone llevar un caso a juicio.

2. Cuando la Sala Permanente no tome una decisión dentro del plazo de veintiún días, la decisión propuesta por el Fiscal Europeo Delegado se considerará aceptada.

3. Cuando más de un Estado miembro tenga jurisdicción sobre el caso, la Sala Permanente, en principio, decidirá llevar el caso a juicio en el Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado encargado. No obstante, tomando en consideración el informe presentado de conformidad con el artículo 35, apartado 1, la Sala Permanente podrá decidir solicitar el ejercicio de la acción penal en un Estado miembro diferente, si existen razones suficientemente justificadas para hacerlo, teniendo en cuenta los criterios fijados en el artículo 26, apartados 4 y 5, y encargárselo en consecuencia a un Fiscal Europeo Delegado en dicho Estado miembro.

4. Antes de tomar la decisión de solicitar apertura de juicio, la Sala Permanente competente, a propuesta del Fiscal Europeo Delegado encargado, podrá decidir la acumulación de varios casos, cuando varios Fiscales Europeos Delegados hayan dirigido investigaciones contra la misma persona o personas, con vistas a la acusación con respecto a estos casos ante los órganos jurisdiccionales de un solo Estado miembro que, con arreglo a su legislación nacional, tenga jurisdicción para cada uno de estos casos.

5. Una vez adoptada la decisión sobre el Estado miembro en el que se ha de proceder a la acusación, el órgano jurisdiccional nacional competente de ese Estado miembro se determinará con arreglo a su Derecho nacional.

6. Cuando sea necesario a efectos de recuperación, seguimiento administrativo o vigilancia, la oficina central notificará a las autoridades nacionales competentes, a los interesados y a las instituciones, órganos y organismos pertinentes de la Unión su decisión de ejercitar la acción penal.

7. Cuando, a raíz de una sentencia del órgano jurisdiccional, la acusación tenga que decidir si presenta o no un recurso, el Fiscal Europeo Delegado presentará a la Sala Permanente competente un informe que incluya una propuesta de resolución y aguardará las instrucciones de dicha Sala. En caso de que sea imposible esperar estas instrucciones dentro del plazo fijado por la legislación nacional, el Fiscal Europeo Delegado estará facultado para presentar el recurso sin instrucciones previas de la Sala Permanente, y a continuación presentará a la Sala Permanente el informe sin dilación. La Sala Permanente ordenará entonces al Fiscal Europeo Delegado que mantenga el recurso, o bien que lo retire. Se seguirá el mismo procedimiento cuando, en el curso de un proceso judicial y de conformidad con el Derecho nacional aplicable, el Fiscal Europeo Delegado encargado adopte una posición que llevaría al archivo del caso.

Artículo 37. Pruebas

1. No se inadmitirán las pruebas presentadas a un órgano jurisdiccional por los fiscales de la Fiscalía Europea o por el acusado por el mero hecho de que las pruebas hayan sido obtenidas en otro Estado miembro o de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro.

2. El presente Reglamento no afectará a la facultad de que goza el órgano jurisdiccional ante el que se celebra el juicio de valorar libremente las pruebas presentadas por el acusado o por los fiscales de la Fiscalía Europea.

Artículo 38. Disposición de activos decomisados

Cuando, de conformidad con las disposiciones y procedimientos previstos en el Derecho nacional, incluida la legislación nacional de transposición de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo[22], el órgano jurisdiccional nacional competente haya decidido, en resolución definitiva, decomisar cualquier propiedad relacionada con, o producto derivado de, un delito perteneciente al ámbito de competencia de la Fiscalía Europea, se dispondrá de tales activos o productos de conformidad con la legislación nacional aplicable. Esta disposición no deberá afectar negativamente a los derechos de la Unión o de otras víctimas a ser indemnizadas por los daños que hayan sufrido.

[22] Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (DO L 127 de 29.4.2014, p. 39).

SECCIÓN 4

Normas sobre alternativas al ejercicio de la acción penal

Artículo 39. Archivo del caso

1. Cuando el ejercicio de la acción penal haya llegado a ser imposible, con arreglo a la legislación del Estado miembro del Fiscal Europeo Delegado encargado, la Sala Permanente, sobre la base de un informe presentado por el Fiscal Europeo Delegado encargado de conformidad con el artículo 35, apartado 1, decidirá archivar el caso contra una persona, por uno de los motivos siguientes:

a) fallecimiento del sospechoso o acusado o liquidación de una persona jurídica sospechosa o acusada;

b) enajenación mental del sospechoso o acusado;

c) amnistía concedida al sospechoso o acusado;

d) inmunidad concedida al sospechoso o acusado, a menos que haya sido retirada;

e) expiración del plazo de prescripción nacional para ejercer la acción penal;

f) el caso de un sospechoso o acusado ya ha sido juzgado en sentencia firme en relación con los mismos hechos;

g) ausencia de pruebas pertinentes.

2. Ninguna decisión adoptada de conformidad con el apartado 1 impedirá nuevas investigaciones basadas en hechos nuevos desconocidos para la Fiscalía Europea en el momento de tomar la decisión y que se hayan conocido después de tomar la decisión. La decisión de reabrir las investigaciones a tenor de estos hechos nuevos será adoptada por la Sala Permanente competente.

3. Cuando la Fiscalía Europea sea competente de conformidad con el artículo 22, apartado 3, solo archivará el caso previa consulta con las autoridades nacionales del Estado miembro a que se refiere el artículo 25, apartado 6. Cuando proceda, la Sala Permanente remitirá el caso a las autoridades nacionales competentes de conformidad con el artículo 34, apartados 6, 7 y 8.

Lo mismo será aplicable cuando la Fiscalía Europea ejerza su competencia respecto de los delitos a que se refiere el artículo 3, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva (UE) 2017/1371 y cuando el perjuicio causado o que se pueda causar a los intereses financieros de la Unión no sea mayor que el perjuicio causado o que se pueda causar a otra víctima.

4. Cuando se haya archivado un caso, la Fiscalía Europea se lo comunicará oficialmente a las autoridades nacionales competentes e informará de dicho archivo a las instituciones, órganos y organismos de la Unión pertinentes, así como, cuando así proceda de conformidad con la legislación nacional, a los sospechosos o acusados y a las víctimas. Los casos que hayan sido archivados también podrán remitirse a la OLAF

o a las autoridades administrativas o judiciales competentes a escala nacional para su recuperación o un seguimiento administrativo de otro tipo.

SECCIÓN 5

Disposiciones sobre procedimientos simplificados

Artículo 40. Procedimientos simplificados de ejercicio de la acción penal por acuerdo

1. Si el Derecho nacional aplicable contempla un procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal encaminado a la resolución definitiva de un caso sobre la base de las condiciones acordadas con el sospechoso, el Fiscal Europeo Delegado encargado podrá proponer a la Sala Permanente competente, de conformidad con el artículo 10, apartado 3, y con el artículo 35, apartado 1, que se aplique dicho procedimiento conforme a las condiciones establecidas por el Derecho nacional.

Cuando la Fiscalía Europea ejerza su competencia respecto de los delitos a que se refiere el artículo 3, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva (UE) 2017/1371 y cuando el perjuicio causado o que se pueda causar a los intereses financieros de la Unión no sea mayor que el perjuicio causado o que se pueda causar a otra víctima, el Fiscal Europeo Delegado encargado consultará con las autoridades competentes de la fiscalía nacional antes de proponer la aplicación de un proceso penal simplificado.

2. La Sala Permanente decidirá sobre la propuesta del Fiscal Europeo Delegado encargado teniendo en cuenta los requisitos siguientes:

a) la gravedad de la infracción, en particular a tenor del perjuicio causado;

b) la voluntad del presunto infractor de reparar los daños y perjuicios provocados por la conducta ilegal;

c) la utilización del procedimiento estaría en consonancia con los objetivos generales y principios básicos de la Fiscalía Europea, según lo establecido en el presente Reglamento.

El Colegio adoptará, de conformidad con el artículo 9, apartado 2, orientaciones sobre la aplicación de dichos requisitos.

3. Si la Sala Permanente está de acuerdo con la propuesta, el Fiscal Europeo Delegado encargado aplicará el procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal con arreglo a las condiciones previstas en el Derecho nacional y lo registrará en el sistema de gestión de casos. Cuando haya concluido el procedimiento simplificado de ejercicio de la acción penal una vez cumplidas las condiciones convenidas con el sospechoso, la Sala Permanente ordenará al Fiscal Europeo Delegado que adopte las actuaciones oportunas para poner fin al caso.

CAPÍTULO VI

GARANTÍAS PROCESALES

Artículo 41. Alcance de los derechos de los sospechosos y acusados

1. Las actividades de la Fiscalía Europea se llevarán a cabo de plena conformidad con los derechos de los sospechosos o acusados consagrados en la Carta, incluidos el derecho a un proceso imparcial y los derechos de defensa.

2. Cualquier sospechoso o acusado en un proceso penal de la Fiscalía Europea disfrutará, como mínimo, de los derechos procesales previstos en la legislación de la Unión, incluidas las directivas relativas a los derechos de los sospechosos y acusados en los procesos penales, tal como se hayan transpuesto por la legislación nacional, a saber:

a) el derecho a interpretación y traducción, contemplado en la Directiva 2010/64/UE;

b) el derecho a la información y a acceder a los documentos del caso, recogido en la Directiva 2012/13/UE;

c) el derecho de acceso a un abogado y a comunicarse con terceras personas e informarlas en caso de detención, tal y como dispone la Directiva 2013/48/UE;

d) el derecho a permanecer en silencio y a la presunción de inocencia tal como se establece en la Directiva (UE) 2016/343;

e) el derecho a la asistencia jurídica gratuita con arreglo a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2016/1919.

3. Sin perjuicio de los derechos mencionados en el presente capítulo, los sospechosos y acusados, así como otras personas implicadas en los procesos de la Fiscalía Europea, disfrutarán de todos los derechos procesales que les proporcione la legislación nacional aplicable, incluida la posibilidad de presentar pruebas, de solicitar que se nombren peritos y se oiga a testigos, así como de solicitar que la Fiscalía Europea obtenga tales medidas en nombre de la defensa.

Artículo 42. Control jurisdiccional

1. Los actos procesales de la Fiscalía Europea destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros serán objeto de control jurisdiccional por los órganos jurisdiccionales nacionales competentes de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en el Derecho nacional. Lo mismo se aplicará a los casos en que la Fiscalía Europea se abstenga de adoptar los actos procesales destinados a surtir efectos jurídicos frente a terceros que está jurídicamente obligada de adoptar en virtud del presente Reglamento.

2. El Tribunal de Justicia será competente, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, para pronunciarse con carácter prejudicial sobre:

a) la validez de actos procesales de la Fiscalía Europea, en la medida en que dicha cuestión de la validez se plantee ante cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro directamente sobre la base del Derecho de la Unión;

b) la interpretación o la validez de las disposiciones del Derecho de la Unión, incluido el presente Reglamento;

c) la interpretación de los artículos 22 y 25 del presente Reglamento en relación con cualquier conflicto de competencia entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales competentes.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, las decisiones de la Fiscalía Europea por las que se archive un caso, en la medida en que sean impugnadas directamente con arreglo al Derecho de la Unión, serán objeto de control jurisdiccional ante el Tribunal de Justicia de conformidad con el artículo 263, párrafo cuarto, del TFUE.

4. El Tribunal de Justicia será competente, de conformidad con el artículo 268 del TFUE, para conocer de cualquier litigio relativo a la indemnización por daños causados por la Fiscalía Europea.

5. El Tribunal de Justicia será competente, de conformidad con el artículo 272 del TFUE, en relación con cualquier litigio relacionado con cláusulas compromisorias contenidas en contratos celebrados por la Fiscalía Europea.

6. El Tribunal de Justicia será competente, de conformidad con el artículo 270 del TFUE, para pronunciarse sobre cualquier litigio relacionado con asuntos de personal.

7. El Tribunal de Justicia será competente respecto de la destitución del Fiscal General Europeo o de los Fiscales Europeos, de conformidad, respectivamente, con el artículo 14, apartado 5, y con el artículo 16, apartado 5.

8. El presente artículo se entiende sin perjuicio del sometimiento a control jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia, de conformidad con el artículo 263, párrafo cuarto, del TFUE, de las decisiones de la Fiscalía Europea que afecten a los derechos sobre los datos de los interesados en virtud del capítulo VIII y de las decisiones de la Fiscalía Europea que no son actos procesales, como las decisiones de la Fiscalía Europea relativas al derecho de acceso público a los documentos, o las decisiones por las que se destituye a Fiscales Europeos Delegados adoptadas en virtud del artículo 17, apartado 3, del presente Reglamento, o cualesquiera otras decisiones administrativas.

CAPÍTULO VII

TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

Artículo 43. Acceso a la información por parte de la Fiscalía Europea

1. Los Fiscales Europeos Delegados deberán poder obtener cualquier información pertinente conservada en las bases de datos nacionales de investigaciones penales y de las autoridades policiales, así como en otros registros pertinentes de las autoridades públicas, en las mismas condiciones que las que se aplican en virtud del Derecho nacional en casos similares.

2. La Fiscalía Europea deberá poder obtener cualquier información pertinente de su competencia que esté conservada en las bases de datos y registros de las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Artículo 44. Sistema de gestión de casos

1. La Fiscalía Europea creará un sistema de gestión de casos cuyo mantenimiento y gestión se efectuarán de conformidad con las normas establecidas en el presente Reglamento y en el reglamento interno de la Fiscalía Europea.

2. El sistema de gestión de casos tendrá por objeto:

a) respaldar la gestión de las investigaciones y el ejercicio de la acción penal por la Fiscalía Europea, en particular mediante la gestión de los flujos de trabajo internos de información y el apoyo a la labor de investigación en los asuntos transfronterizos;

b) garantizar un acceso seguro a la información sobre investigaciones y ejercicio de la acción penal por la oficina central y por los Fiscales Europeos Delegados;

c) permitir las comprobaciones cruzadas de información y la extracción de datos a efectos estadísticos y de análisis operativos;

d) facilitar la supervisión para garantizar que el tratamiento de datos personales operativos sea lícito y se ajuste a las disposiciones pertinentes del presente Reglamento.

3. El sistema de gestión de casos podrá conectarse a la red de telecomunicaciones segura mencionada en el artículo 9 de la Decisión 2008/976/JAI del Consejo[23].

4. El sistema de gestión de casos contendrá los siguientes elementos:

a) un registro de la información obtenida por la Fiscalía Europea de conformidad con el artículo 24, incluida cualquier decisión en relación con dicha información;

b) un índice de todos los expedientes;

c) toda la información de los expedientes conservados electrónicamente en el sistema de gestión de casos de conformidad con el artículo 45, apartado 3.

El índice no podrá contener datos personales operativos que no sean los necesarios para identificar casos o establecer vínculos cruzados entre los distintos expedientes.

5. Para el tratamiento de los datos personales operativos, la Fiscalía Europea únicamente podrá crear ficheros automatizados distintos de los expedientes de conformidad con el presente Reglamento y con el reglamento interno de la Fiscalía Europea. Los detalles sobre estos otros ficheros automatizados se notificarán al Supervisor Europeo de Protección de Datos.

Artículo 45. Expedientes de la Fiscalía Europea

1. Cuando la Fiscalía Europea decida abrir una investigación o ejercer su derecho de avocación de conformidad con el presente Reglamento, el Fiscal Europeo Delegado encargado abrirá un expediente.

[23] Decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la Red Judicial Europea (DO L 348 de 24.12.2008, p. 130).

El expediente contendrá toda la información y las pruebas de que disponga el Fiscal Europeo Delegado en relación con la investigación o proceso penal a cargo de la Fiscalía Europea.

Una vez abierta una investigación, la información del registro a que se refiere el artículo 44, apartado 4, letra a), pasará a formar parte del expediente.

2. El expediente será gestionado por el Fiscal Europeo Delegado encargado de conformidad con el Derecho de su Estado miembro.

El reglamento interno de la Fiscalía Europea podrá incluir normas sobre la organización y gestión de los expedientes en la medida necesaria para garantizar el funcionamiento de la Fiscalía Europea en tanto que oficina única. El Fiscal Europeo Delegado encargado concederá acceso al expediente a los sospechosos y acusados, así como a otras personas que intervengan en el procedimiento, de conformidad con la legislación nacional del Estado miembro de dicho Fiscal.

3. El sistema de gestión de casos de la Fiscalía Europea deberá incluir toda la información y las pruebas que puedan ser conservadas electrónicamente, para permitir que la oficina central lleve a cabo sus funciones de conformidad con el presente Reglamento. El Fiscal Europeo Delegado encargado deberá asegurarse de que el contenido de la información en el sistema de gestión de casos refleje en todo momento el expediente, en particular de que los datos personales operativos contenidos en el sistema de gestión de casos se cancelen o rectifiquen cuando dichos datos hayan sido suprimidos o rectificados en el expediente correspondiente.

Artículo 46. Acceso al sistema de gestión de casos

El Fiscal General Europeo, los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo, otros Fiscales Europeos y los Fiscales Europeos Delegados tendrán acceso directo al registro y al índice.

El Fiscal Europeo supervisor así como la Sala Permanente competente tendrán, en el ejercicio de sus competencias de conformidad con los artículos 10 y 12, acceso directo a los datos conservados electrónicamente en el sistema de gestión de casos. El Fiscal Europeo supervisor también tendrá acceso directo al expediente. La Sala Permanente competente tendrá acceso al expediente a petición propia.

Otros Fiscales Europeos Delegados podrán solicitar el acceso a los datos conservados electrónicamente en el sistema de gestión de casos, así como a cualquier expediente. El Fiscal Europeo Delegado encargado decidirá sobre la concesión de dicho acceso a otros Fiscales Europeos Delegados, de conformidad con la legislación nacional aplicable. Si no se concede el acceso, la cuestión se remitirá a la Sala Permanente competente. La Sala Permanente competente oirá, en la medida necesaria, a los Fiscales Europeos Delegados de que se trate, y a continuación resolverá, de conformidad con la legislación nacional aplicable y con el presente Reglamento.

El reglamento interno de la Fiscalía Europea establecerá también otras normas relativas al derecho de acceso y el procedimiento para establecer el nivel de acceso al

sistema de gestión de casos por el Fiscal General Europeo, los fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo, otros Fiscales Europeos, los Fiscales Europeos Delegados y el personal de la Fiscalía Europea, en la medida necesaria para el ejercicio de sus funciones.

CAPÍTULO VIII

PROTECCIÓN DE DATOS

Artículo 47. Principios relativos al tratamiento de datos personales

1. Los datos personales serán:

a) tratados de manera lícita y leal («licitud y lealtad»);

b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; el tratamiento ulterior con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales, siempre y cuando la Fiscalía Europea ofrezca salvaguardias adecuadas de los derechos y libertades de los interesados («limitación de la finalidad»);

c) adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que se traten («minimización de los datos»);

d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se traten («exactitud»);

e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, siempre y cuando la Fiscalía Europea ofrezca salvaguardias adecuadas de los derechos y libertades de los interesados, en particular mediante la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento («limitación del plazo de conservación»);

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

2. La Fiscalía Europea será responsable del cumplimiento del apartado 1 («responsabilidad») al tratar datos personales total o parcialmente por medios automatizados y al tratar por medios distintos de los automatizados datos personales que formen parte o estén destinados a formar parte de un sistema de archivo, y podrá demostrar dicho cumplimiento.

3. Se permitirá el tratamiento de los datos personales operativos por la Fiscalía Europea para cualquiera de los fines establecidos en el artículo 49 distintos de aquel para el que se recojan, en la medida en que:

a) la Fiscalía Europea esté autorizada a tratar dichos datos personales operativos para ese fin de conformidad con el presente Reglamento, y

b) el tratamiento sea necesario y proporcionado para ese otro fin de conformidad con el Derecho de la Unión, y

c) cuando proceda, el Derecho procesal nacional aplicable no prohíba la utilización de datos personales operativos respecto de las medidas de investigación adoptadas de conformidad con el artículo 30. El Derecho procesal nacional aplicable es el del Estado miembro en que se hayan obtenido los datos personales.

Artículo 48. Datos personales administrativos

1. El Reglamento (CE) n.o 45/2001 se aplicará a todos los datos personales administrativos tratados por la Fiscalía Europea.

2. La Fiscalía Europea determinará, en las disposiciones sobre protección de datos de su reglamento interno, los plazos para conservar los datos personales administrativos.

Artículo 49. Tratamiento de los datos personales operativos

1. La Fiscalía Europea tratará con medios automatizados o en archivos manuales estructurados de conformidad con el presente Reglamento los datos personales operativos, y únicamente con los fines siguientes:

a) investigaciones y ejercicio de la acción penal realizadas de conformidad con el presente Reglamento, o

b) intercambio de información con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea y con otras instituciones, órganos y organismos de la Unión de conformidad con el presente Reglamento, o

c) cooperación con terceros países y organizaciones internacionales de conformidad con el presente Reglamento.

2. Las categorías de datos personales operativos y las categorías de interesados cuyos datos personales operativos pueden ser tratados por la Fiscalía Europea en el índice a que se refiere el artículo 44, apartado 4, letra b), para cada uno de los fines a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se enumerarán en un anexo de conformidad con el apartado 3.

3. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 115 para enumerar las categorías de datos personales operativos y las categorías de interesados mencionados en el apartado 2 del presente artículo y para actualizar dicha enumeración con objeto de tener en cuenta la evolución de la tecnología de la información y a la luz de los avances de la sociedad de la información.

Cuando así lo exijan razones perentorias de urgencia, el procedimiento establecido en el artículo 116 se aplicará a los actos delegados adoptados en virtud del presente apartado.

4. La Fiscalía Europea podrá tratar datos personales operativos de forma temporal con el fin de determinar si tales datos son pertinentes para el desempeño de sus funciones y para los fines a que se refiere el apartado 1. El Colegio, a propuesta del Fiscal General Europeo y tras consultar al Supervisor Europeo de Protección de Datos, especificará con mayor detalle las condiciones relativas al tratamiento de esos datos personales operativos, en particular por lo que respecta al acceso a los datos y a su utilización, así como los plazos para la conservación y la supresión de los datos.

5. La Fiscalía Europea tratará los datos personales operativos de forma que pueda determinarse qué autoridad los ha proporcionado o de dónde se han obtenido.

6. Al aplicar los artículos 57 a 62, la Fiscalía Europea, cuando proceda, actuará en cumplimiento del Derecho procesal nacional en cuanto a la obligación de facilitar información al interesado y a las posibilidades de omitir, restringir o diferir dicha información. Cuando proceda, el Fiscal Europeo Delegado encargado consultará a otros Fiscales Europeos Delegados que participen en el caso antes de tomar una decisión con respecto a los artículos 57 a 62.

Artículo 50. Plazos de conservación de los datos personales operativos

1. La Fiscalía Europea revisará periódicamente la necesidad de conservar los datos personales operativos tratados. A más tardar, dicha revisión se llevará a cabo a los tres años de que se hayan tratado por primera vez los datos personales operativos y, a continuación, cada tres años. Si los datos personales operativos se conservan durante un período superior a cinco años, el Supervisor Europeo de Protección de Datos será informado al respecto.

2. Los datos personales operativos tratados por la Fiscalía Europea no se conservarán más de cinco años después de que se haya declarado firme una resolución absolutoria respecto del caso; si el acusado fue declarado culpable, los plazos se prorrogarán hasta que la pena que se haya impuesto se cumpla o ya no pueda cumplirse conforme al Derecho del Estado miembro que dicta la condena.

3. Antes de que caduque uno de los plazos a que se refiere el apartado 2, la Fiscalía Europea revisará la necesidad de prolongar la conservación de los datos personales operativos cuando y mientras ello sea necesario para el desempeño de sus funciones. Los motivos de la prolongación de la conservación deberán justificarse y registrarse. De no tomarse ninguna decisión sobre la prolongación de la conservación de los datos personales operativos, estos se suprimirán automáticamente.

Artículo 51. Distinción entre diferentes categorías de interesados

La Fiscalía Europea, cuando corresponda y en la medida de lo posible, hará una distinción clara entre los datos personales operativos de las distintas categorías de interesados, tales como:

a) personas respecto de las cuales existan motivos fundados para pensar que han cometido o van a cometer un delito;

b) personas condenadas por un delito;

c) víctimas de un delito o personas respecto de las cuales determinados hechos den lugar a pensar que puedan ser víctimas de un delito, y

d) terceras partes involucradas en un delito, como por ejemplo personas que puedan ser citadas a testificar en investigaciones relacionadas con delitos o procesos penales ulteriores, o personas que puedan facilitar información sobre delitos, o personas de contacto o asociados de una de las personas mencionadas en las letras a) y b).

Artículo 52. Distinción entre datos personales operativos y verificación de la calidad de los datos personales

1. La Fiscalía Europea distinguirá, en la medida de lo posible, los datos personales operativos basados en hechos de los datos personales operativos basados en evaluaciones personales.

2. La Fiscalía Europea tomará todas las medidas razonables para garantizar que los datos personales operativos que sean inexactos, incompletos o que no estén actualizados no se transmitan ni se hagan disponibles. Para ello, la Fiscalía Europea, en la medida en que sea factible, verificará la calidad de los datos personales operativos antes de transmitirlos o hacerlos disponibles. En la medida de lo posible, en todas las transmisiones de datos personales operativos, la Fiscalía Europea añadirá la información necesaria para que el destinatario pueda valorar en qué medida los datos personales operativos son exactos, completos y fiables y en qué medida están actualizados.

3. Si resultara que se han transmitido datos personales operativos incorrectos o que se han transmitido datos personales operativos de manera ilícita, el hecho se pondrá en conocimiento del destinatario sin dilación. En tal caso, los datos personales operativos deberán rectificarse o suprimirse, o su tratamiento deberá limitarse de conformidad con el artículo 61.

Artículo 53. Condiciones específicas de tratamiento

1. Cuando así lo exija el presente Reglamento, la Fiscalía Europea establecerá condiciones específicas para el tratamiento e informará al destinatario de tales datos personales operativos de dichas condiciones y de la exigencia de cumplirlas.

2. La Fiscalía Europea cumplirá las condiciones específicas de tratamiento que establezca una autoridad nacional de conformidad con el artículo 9, apartados 3 y 4, de la Directiva (UE) 2016/680.

Artículo 54. Transmisión de datos personales operativos a las instituciones, órganos y organismos de la Unión

1. Con sujeción a cualesquiera restricciones adicionales previstas en el presente Reglamento, en particular el artículo 53, la Fiscalía Europea únicamente transmitirá datos personales operativos a otra institución, órgano u organismo de la Unión si los

datos son necesarios para el legítimo desempeño de funciones que entren dentro de la competencia de la otra institución, órgano u organismo de la Unión.

2. Cuando los datos personales operativos se transmitan a petición de la otra institución, órgano u organismo de la Unión, la responsabilidad relativa a la legitimidad de la transferencia incumbirá tanto al responsable del tratamiento como al destinatario.

La Fiscalía Europea estará obligada a verificar la competencia de la otra institución, órgano u organismo de la Unión y a efectuar una evaluación provisional de la necesidad de la transmisión de los datos personales operativos. En caso de abrigar dudas sobre tal necesidad, la Fiscalía Europea pedirá al destinatario que aporte información complementaria.

La otra institución, órgano u organismo de la Unión garantizará que se verifique posteriormente la necesidad de la transmisión de los datos personales operativos.

3. La otra institución, órgano u organismo de la Unión tratará los datos personales operativos únicamente para los fines que hayan motivado su transmisión.

Artículo 55. Tratamiento de categorías especiales de datos personales operativos

1. El tratamiento de datos personales operativos que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos destinados a identificar de manera unívoca a una persona física, datos personales operativos relativos a la salud, o datos personales operativos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física solamente se permitirá cuando sea estrictamente necesario para las investigaciones de la Fiscalía Europea, con sujeción a las salvaguardias adecuadas de los derechos y libertades del interesado y únicamente cuando complementen otros datos personales operativos ya tratados por la Fiscalía Europea.

2. Cuando se recurra al presente artículo se informará inmediatamente al delegado de protección de datos.

Artículo 56. Mecanismo de decisión individual automatizado, incluida la elaboración de perfiles

El interesado tendrá derecho a no estar sujeto a una decisión de la Fiscalía Europea que se base exclusivamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos que le conciernan o que, de modo similar, le afecten significativamente.

Artículo 57. Comunicación y modalidades del ejercicio de los derechos de los interesados

1. La Fiscalía Europea adoptará medidas razonables para facilitar al interesado toda información a que se refiere el artículo 58. Efectuará cualquier comunicación al interesado a la que se refieren los artículos 56, 59 a 62 y 75 relativa al tratamiento, en forma concisa, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo. La información será facilitada por cualquier medio adecuado, también por medios

electrónicos. Como norma general, el responsable facilitará la información en la misma forma que la solicitud.

2. La Fiscalía Europea deberá facilitar el ejercicio de los derechos de los interesados con arreglo a los artículos 58 a 62.

3. La Fiscalía Europea informará por escrito al interesado, sin dilación indebida, sobre el curso dado a su solicitud, y en cualquier caso en un plazo de tres meses a partir de la recepción de la solicitud del interesado.

4. La Fiscalía Europea dispondrá que la información facilitada con arreglo al artículo 58 y cualquier comunicación efectuada y acción realizada en virtud de los artículos 56, 59 a 62 y 75 se faciliten a título gratuito. Cuando las solicitudes de un interesado sean manifiestamente infundadas o excesivas, especialmente debido a su carácter repetitivo, la Fiscalía Europea podrá:

a) cobrar un canon razonable, teniendo en cuenta los costes administrativos afrontados para facilitar la información o la comunicación, o realizar la acción solicitada, o

b) negarse a dar curso a la solicitud.

La Fiscalía Europea soportará la carga de demostrar el carácter manifiestamente infundado o excesivo de la solicitud.

5. Cuando la Fiscalía Europea tenga dudas razonables en relación con la identidad de la persona física que presenta una solicitud a que se refieren los artículos 59 o 61, la Fiscalía Europea podrá solicitar que se facilite la información complementaria necesaria para confirmar la identidad del interesado.

Artículo 58. Información que debe ponerse a disposición del interesado o que se le debe proporcionar

1. La Fiscalía Europea podrá a disposición del interesado al menos la siguiente información:

a) la identidad y los datos de contacto de la Fiscalía Europea;

b) los datos de contacto del delegado de protección de datos;

c) los fines del tratamiento a que se destinen los datos personales operativos;

d) el derecho a presentar una reclamación ante el Supervisor Europeo de Protección de Datos y los datos de contacto del mismo;

e) la existencia del derecho a solicitar de la Fiscalía Europea el acceso a los datos personales operativos relativos al interesado, y su rectificación o su supresión, o la limitación de su tratamiento.

2. Además de la información indicada en el apartado 1, la Fiscalía Europea proporcionará al interesado, en casos concretos, la siguiente información adicional, a fin de permitir el ejercicio de sus derechos:

a) la base jurídica del tratamiento;

b) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales operativos o, cuando esto no sea posible, los criterios utilizados para determinar ese plazo;

c) cuando corresponda, las categorías de destinatarios de los datos personales operativos, en particular en terceros países u organizaciones internacionales;

d) cuando sea necesario, más información, en particular cuando los datos personales operativos se hayan recogido sin conocimiento del interesado.

3. La Fiscalía Europea podrá retrasar, limitar u omitir la puesta a disposición del interesado de la información en virtud del apartado 2 siempre y cuando una medida de esa naturaleza constituya una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales y los intereses legítimos de la persona física afectada, para:

a) evitar que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales;

b) evitar que se cause perjuicio a la prevención, la detección, la investigación o el ejercicio de la acción penal en relación con delitos o a la ejecución de sanciones penales;

c) proteger la seguridad pública en los Estados miembros de la Unión Europea;

d) proteger la seguridad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea;

e) proteger los derechos y libertades de otras personas.

Artículo 59. Derecho de acceso del interesado

El interesado tendrá derecho a obtener de la Fiscalía Europea confirmación de si se están tratando o no datos personales operativos que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales operativos y a la siguiente información:

a) los fines y la base jurídica del tratamiento;

b) las categorías de datos personales operativos de que se trate;

c) los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes hayan sido comunicados los datos personales operativos, en particular los destinatarios establecidos en terceros países o las organizaciones internacionales;

d) cuando sea posible, el plazo previsto para la conservación de los datos personales operativos o, de no ser posible, los criterios utilizados para determinar dicho plazo;

e) la existencia del derecho a solicitar de la Fiscalía Europea la rectificación o supresión de los datos personales operativos relativos al interesado, o la limitación de su tratamiento;

f) el derecho a presentar una reclamación ante el Supervisor Europeo de Protección de Datos y los datos de contacto del mismo;

g) la comunicación de los datos personales operativos objeto de tratamiento, así como cualquier información disponible sobre su origen.

Artículo 60. Limitaciones al derecho de acceso

1. La Fiscalía Europea podrá restringir, total o parcialmente, el derecho de acceso del interesado siempre y cuando dicha restricción parcial o completa constituya una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales y los intereses legítimos de la persona física afectada, para:

a) evitar que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales;

b) evitar que se cause perjuicio a la prevención, la detección, la investigación o el ejercicio de la acción penal en relación con delitos o a la ejecución de sanciones penales;

c) proteger la seguridad pública en los Estados miembros de la Unión Europea;

d) proteger la seguridad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea;

e) proteger los derechos y libertades de otras personas.

2. Cuando el suministro de dicha información pueda comprometer la finalidad del apartado 1, la Fiscalía Europea solo notificará al interesado que ha efectuado las verificaciones, sin darle indicaciones que puedan revelar si la Fiscalía está tratando o no datos personales operativos que le conciernan.

La Fiscalía Europea informará al interesado de la posibilidad de presentar una reclamación ante el Supervisor Europeo de Protección de Datos y de interponer recurso judicial ante el Tribunal de Justicia contra la decisión de la Fiscalía Europea.

3. La Fiscalía Europea documentará los fundamentos de hecho o de Derecho en los que se basa la decisión. Esta información se pondrá a disposición del Supervisor Europeo de Protección de Datos previa solicitud.

Artículo 61. Derecho de rectificación o supresión de datos personales operativos y limitación de su tratamiento

1. El interesado tendrá derecho a obtener de la Fiscalía Europea, sin dilación indebida, la rectificación de los datos personales operativos inexactos que le conciernan. Teniendo en cuenta los fines del tratamiento, el interesado tendrá derecho a que se completen los datos personales operativos que sean incompletos, inclusive mediante una declaración complementaria.

2. La Fiscalía Europea suprimirá los datos personales operativos sin dilación indebida, y el interesado tendrá derecho a obtener de la Fiscalía Europea, sin dilación indebida, la supresión de los datos personales operativos que le conciernan cuando el tratamiento infrinja los artículos 47, 49 o 55, o cuando los datos personales operativos se supriman para dar cumplimiento a una obligación legal a la que esté sujeta la Fiscalía Europea.

3. En lugar de proceder a la supresión, la Fiscalía Europea limitará el tratamiento cuando:

a) el interesado ponga en duda la exactitud de los datos personales operativos y no pueda determinarse su exactitud o inexactitud, o

b) los datos personales operativos hayan de conservarse a efectos probatorios.

Cuando el tratamiento esté limitado en virtud del párrafo primero, letra a), la Fiscalía Europea informará al interesado antes de levantar la limitación del tratamiento.

4. Cuando se haya limitado el tratamiento en virtud del apartado 3, los datos personales operativos, con excepción de la conservación, solo serán objeto de tratamiento con fines de protección de los derechos del interesado o de cualquier otra persona física o jurídica que sea parte en los procedimientos de la Fiscalía Europea, o a los fines establecidos en el apartado 3, letra b).

5. La Fiscalía Europea informará al interesado por escrito de cualquier denegación de rectificación o supresión de los datos personales operativos o de limitación de su tratamiento, y de las razones de la denegación. La Fiscalía Europea podrá restringir, total o parcialmente, la obligación de proporcionar tal información, siempre y cuando dicha restricción constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática, teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales y los intereses legítimos de la persona física afectada, para:

a) evitar que se obstaculicen indagaciones, investigaciones o procedimientos oficiales o judiciales;

b) evitar que se cause perjuicio a la prevención, la detección, la investigación o el ejercicio de la acción penal en relación con delitos o a la ejecución de sanciones penales;

c) proteger la seguridad pública en los Estados miembros de la Unión Europea;

d) proteger la seguridad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea;

e) proteger los derechos y libertades de otras personas.

La Fiscalía Europea informará al interesado de la posibilidad de presentar una reclamación ante el Supervisor Europeo de Protección de Datos y de interponer recurso judicial ante el Tribunal de Justicia contra la decisión de la Fiscalía Europea.

6. La Fiscalía Europea comunicará la rectificación de los datos personales operativos inexactos a la autoridad competente de la que procedan los datos personales operativos inexactos.

7. Cuando los datos personales operativos hayan sido rectificados o suprimidos o el tratamiento haya sido limitado en virtud de los apartados 1, 2 y 3, la Fiscalía Europea lo notificará a los destinatarios y les informará de su obligación de rectificar o suprimir los datos personales operativos que estén bajo su responsabilidad o de limitar su tratamiento.

Artículo 62. Ejercicio de los derechos del interesado y comprobación por el Supervisor Europeo de Protección de Datos

1. En los casos a que se refieren el artículo 58, apartado 3, el artículo 60, apartado 2, y el artículo 61, apartado 5, los derechos del interesado también podrán ejercerse a través del Supervisor Europeo de Protección de Datos.

2. La Fiscalía Europea informará al interesado de la posibilidad de ejercer sus derechos a través del Supervisor Europeo de Protección de Datos con arreglo al apartado 1.

3. Cuando se ejerza el derecho a que se refiere el apartado 1, el Supervisor Europeo de Protección de Datos informará al interesado, al menos, de que ha efectuado todas las comprobaciones necesarias o la revisión correspondiente. El Supervisor Europeo de Protección de Datos también deberá informar al interesado de su derecho a interponer recurso judicial ante el Tribunal de Justicia contra la decisión del Supervisor Europeo de Protección de Datos.

Artículo 63. Obligaciones de la Fiscalía Europea

1. Teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, la Fiscalía Europea aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento se efectúa de conformidad con el presente Reglamento. Tales medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario.

2. Cuando sean proporcionadas en relación con las actividades de tratamiento, entre las medidas mencionadas en el apartado 1 se incluirá la aplicación, por parte de la Fiscalía Europea, de las políticas apropiadas en materia de protección de datos.

Artículo 64. Corresponsables del tratamiento

1. Cuando la Fiscalía Europea junto con uno o más responsables del tratamiento determinen conjuntamente los fines y los medios del tratamiento de datos, estos serán considerados corresponsables del tratamiento. Determinarán, de modo transparente, cuáles serán sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de sus obligaciones de protección de los datos, en particular por lo que se refiere al ejercicio de los derechos del interesado y a sus respectivas obligaciones en el suministro de la información, por medio de un acuerdo entre ellos, salvo y en la medida en que las responsabilidades respectivas de los responsables se rijan por el Derecho de la Unión o el Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea a que estén sujetos los responsables del tratamiento. Dicho acuerdo podrá designar un punto de contacto para los interesados.

2. El acuerdo indicado en el apartado 1 reflejará debidamente las funciones y relaciones respectivas de los corresponsables en relación con los interesados. Se pondrán a disposición del interesado los aspectos esenciales del acuerdo.

3. Independientemente de los términos del acuerdo a que se refiere el apartado 1, los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el presente Reglamento frente a, y en contra de, cada uno de los responsables.

Artículo 65. Encargado del tratamiento

1. Cuando una operación de tratamiento vaya a ser llevada a cabo por cuenta de la Fiscalía Europea esta recurrirá únicamente a encargados que ofrezcan garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado.

2. El encargado del tratamiento no podrá recurrir a otro encargado sin previa autorización escrita, específica o general, de la Fiscalía Europea. En el caso de la autorización por escrito general, el encargado del tratamiento informará siempre a la Fiscalía Europea de cualquier cambio previsto referido a la adición o sustitución de otros encargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios.

3. El tratamiento por el encargado se regirá por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o el Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea, que obligue al encargado respecto de la Fiscalía Europea y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales operativos y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos de la Fiscalía Europea. Dicho contrato u otro acto jurídico estipulará, en particular, que el encargado del tratamiento:

a) actúe únicamente siguiendo las instrucciones del responsable del tratamiento;

b) garantice que las personas autorizadas para tratar datos personales operativos se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o estén sujetas a una obligación profesional de confidencialidad;

c) asista al responsable del tratamiento por cualquier medio adecuado para garantizar el cumplimiento de las disposiciones sobre los derechos del interesado;

d) a elección de la Fiscalía Europea, suprima o devuelva a esta todos los datos personales operativos una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprima las copias existentes a menos que el Derecho de la Unión o el Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea requieran la conservación de los datos personales operativos;

e) ponga a disposición de la Fiscalía Europea toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo;

f) respete las condiciones indicadas en los apartados 2 y 3 para contratar a otro encargado del tratamiento.

4. El contrato u otro acto jurídico a que se refiere el apartado 3 se establecerá por escrito, inclusive en formato electrónico.

5. Si un encargado del tratamiento infringiera el presente Reglamento determinando las finalidades y los medios de dicho tratamiento, será considerado responsable con respecto a ese tratamiento.

Artículo 66. Tratamiento bajo la autoridad del responsable o del encargado del tratamiento

El encargado del tratamiento y cualquier persona que actúe bajo la autoridad de la Fiscalía Europea o del encargado del tratamiento, que tenga acceso a datos personales operativos, solo podrá someterlos a tratamiento siguiendo instrucciones de la Fiscalía Europea, a menos que esté obligado a hacerlo por el Derecho de la Unión o por el Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea.

Artículo 67. Protección de datos desde el diseño y por defecto

1. La Fiscalía Europea, teniendo en cuenta los últimos adelantos de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas planteados por el tratamiento, aplicará tanto en el momento de determinar los medios para el tratamiento como en el momento del propio tratamiento, las medidas técnicas y organizativas apropiadas, como por ejemplo la seudonimización, concebidas para aplicar los principios de protección de datos, como por ejemplo la minimización de datos, de forma efectiva y para integrar las garantías necesarias en el tratamiento, de tal manera que este cumpla los requisitos del presente Reglamento y se protejan los derechos de los interesados.

2. La Fiscalía Europea deberá aplicar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales operativos que sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines de su tratamiento. Esta obligación se aplicará a la cantidad de datos personales operativos recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su período de conservación y a su accesibilidad. En particular, dichas medidas garantizarán que, por defecto, los datos personales operativos no sean accesibles, sin intervención de la persona, a un número indeterminado de personas físicas.

Artículo 68. Registros de categorías de actividades de tratamiento

1. La Fiscalía Europea llevará un registro de todas las categorías de actividades de tratamiento bajo su responsabilidad. Dicho registro deberá contener toda la información siguiente:

a) sus datos de contacto y el nombre y los datos de contacto del delegado de protección de datos;

b) los fines del tratamiento;

c) una descripción de las categorías de interesados y de las categorías de datos personales operativos;

d) las categorías de destinatarios a quienes se hayan comunicado o vayan a comunicarse los datos personales operativos, incluidos los destinatarios en terceros países u organizaciones internacionales;

e) cuando proceda, las transferencias de datos personales operativos a un tercer país o a una organización internacional, incluido el nombre de dicho tercer país o de dicha organización internacional;

f) cuando sea posible, los plazos previstos para la supresión de las diferentes categorías de datos;

g) cuando sea posible, una descripción general de las medidas de seguridad técnicas y organizativas a que se refiere el artículo 73.

2. Los registros a que se refiere el apartado 1 se establecerán por escrito, inclusive en formato electrónico.

3. La Fiscalía Europea pondrá el registro a disposición del Supervisor Europeo de Protección de Datos previa petición.

Artículo 69. Registro respecto del tratamiento automatizado

1. La Fiscalía Europea conservará registros de cada una de las operaciones de tratamiento siguientes en sistemas de tratamiento automatizados: recogida, modificación, consulta, comunicación con inclusión de las transferencias, interconexión y supresión de datos personales operativos utilizados con fines operativos. Los registros de consulta y comunicación harán posible determinar la justificación, así como la fecha y la hora, de tales operaciones y la identificación de la persona que consultó o comunicó datos personales operativos, así como, en la medida de lo posible, la identidad de los destinatarios de dichos datos personales operativos.

2. Dichos registros se utilizarán únicamente a efectos de verificar la legalidad del tratamiento, de autocontrol, de garantizar la integridad y la seguridad de los datos personales operativos y en el ámbito de los procesos penales. Dichos registros se eliminarán transcurridos tres años, a menos que sean necesarios para efectuar un control en curso.

3. La Fiscalía Europea pondrá el registro a disposición del Supervisor Europeo de Protección de Datos previa petición.

Artículo 70. Cooperación con el Supervisor Europeo de Protección de Datos

La Fiscalía Europea, previa petición, cooperará con el Supervisor Europeo de Protección de Datos en el desempeño de sus funciones.

Artículo 71. Evaluación de impacto relativa a la protección de datos

1. Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, suponga un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, la Fiscalía Europea llevará a cabo, con carácter previo, una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento previstas en la protección de datos personales operativos.

2. La evaluación mencionada en el apartado 1 incluirá, como mínimo, una descripción general de las operaciones de tratamiento previstas, una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados, las medidas contempladas para hacer frente a estos riesgos, y las garantías, medidas de seguridad y mecanismos destinados a garantizar la protección de los datos personales operativos y a demostrar la conformidad con el presente Reglamento, teniendo en cuenta los derechos e intereses legítimos de los interesados y las demás personas afectadas.

Artículo 72. Consulta previa al Supervisor Europeo de Protección de Datos

1. La Fiscalía Europea consultará al Supervisor Europeo de Protección de Datos antes de un tratamiento que vaya a formar parte de un nuevo sistema de archivo que haya de crearse, cuando:

a) la evaluación del impacto en la protección de los datos que dispone el artículo 71 indique que el tratamiento entrañaría un alto riesgo a falta de medidas adoptadas por la Fiscalía Europea para atenuar el riesgo, o

b) el tipo de tratamiento, en particular cuando se usen tecnologías, mecanismos o procedimientos nuevos, constituya un alto riesgo para los derechos y libertades de los interesados.

2. El Supervisor Europeo de Protección de Datos podrá establecer una lista de las operaciones de tratamiento que están sujetas a consulta previa conforme al apartado 1.

3. La Fiscalía Europea facilitará al Supervisor Europeo de Protección de Datos la evaluación de impacto relativa a la protección de datos en virtud del artículo 71 y, previa solicitud, cualquier información adicional que permita al Supervisor Europeo de Protección de Datos evaluar la conformidad del tratamiento y, en particular, los riesgos para la protección de los datos personales operativos del interesado y las garantías correspondientes.

4. En los casos en que el Supervisor Europeo de Protección de Datos considere que el tratamiento previsto a que se refiere el apartado 1 del presente artículo contraviene lo dispuesto en el presente Reglamento, especialmente en caso de que la Fiscalía Europea tenga insuficientemente identificados o atenuados los riesgos, el Supervisor Europeo de Protección de Datos deberá proporcionar, en un plazo máximo de seis semanas a partir de la recepción de la solicitud de consulta, asesoramiento escrito a la Fiscalía Europea con arreglo a sus potestades en virtud del artículo 85. Este plazo podrá prorrogarse un mes, en función de la complejidad del tratamiento previsto. El Supervisor Europeo de Protección de Datos informará a la Fiscalía Europea de tal prórroga en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud de consulta, junto con los motivos de la dilación.

Artículo 73. Seguridad del tratamiento de los datos personales operativos

1. La Fiscalía Europea, teniendo en cuenta los últimos adelantos de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como la probabilidad y gravedad de los distintos riesgos que plantee el tratamiento

para los derechos y libertades de las personas físicas, aplicará las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, en particular en lo que se refiere al tratamiento de las categorías especiales de datos personales operativos previstas en el artículo 55.

2. En relación con el tratamiento automatizado, la Fiscalía Europea, tras una evaluación de los riesgos, aplicará medidas destinadas a:

a) denegar a personas no autorizadas el acceso a los equipamientos utilizados para el tratamiento de los datos (control de acceso a los equipamientos);

b) impedir que los soportes de datos puedan ser leídos, copiados, modificados o cancelados por personas no autorizadas (control de los soportes de datos);

c) impedir la introducción no autorizada de datos y la inspección, modificación o supresión no autorizadas de datos personales operativos conservados (control de la conservación);

d) impedir que los sistemas de tratamiento automatizado puedan ser utilizados por personas no autorizadas por medio de instalaciones de comunicación de datos (control de los usuarios);

e) garantizar que las personas autorizadas a utilizar un sistema de tratamiento automatizado solo puedan tener acceso a los datos personales operativos para los que han sido autorizados (control del acceso a los datos);

f) garantizar que sea posible verificar y establecer a qué organismos se han transmitido o pueden transmitirse o a disposición de qué organismos pueden ponerse los datos personales operativos mediante la comunicación de datos (control de la transmisión);

g) garantizar que pueda verificarse y comprobarse a posteriori qué datos personales operativos se han introducido en los sistemas de tratamiento automatizado de datos y en qué momento y por qué persona han sido introducidos (control de la introducción);

h) impedir que, en el momento de la transferencia de datos personales operativos y durante el transporte de soportes de datos, los datos personales operativos puedan ser leídos, copiados, modificados o suprimidos sin autorización (control del transporte);

i) garantizar que los sistemas instalados puedan restablecerse en caso de interrupción (restablecimiento);

j) garantizar que las funciones del sistema no presenten defectos, que los errores de funcionamiento sean señalados (fiabilidad) y que los datos personales operativos almacenados no se degraden por fallos de funcionamiento del sistema (integridad).

Artículo 74. Notificación al Supervisor Europeo de Protección de Datos de una violación de la seguridad de datos personales

1. En caso de violación de la seguridad de datos personales, la Fiscalía Europea la notificará al Supervisor Europeo de Protección de Datos sin dilación indebida y, de ser

posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, a menos que sea improbable que dicha violación de la seguridad constituya un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas. Si la notificación al Supervisor Europeo de Protección de Datos no se hace en el plazo de 72 horas, deberá ir acompañada de los motivos de la dilación.

2. La notificación indicada en el apartado 1 deberá, como mínimo:

a) describir la naturaleza de la violación de la seguridad de datos personales, incluyendo, cuando sea posible, las categorías y el número aproximado de interesados afectados, y las categorías y el número aproximado de registros de datos personales afectados;

b) comunicar el nombre y los datos de contacto del delegado de protección de datos;

c) describir las posibles consecuencias de la violación de la seguridad de datos personales;

d) describir las medidas adoptadas o propuestas por la Fiscalía Europea para poner remedio a la violación de la seguridad de datos personales, incluyendo, si procede, las medidas adoptadas para atenuar sus posibles efectos negativos.

3. Si no fuera posible, o en la medida en que no sea posible, facilitar simultáneamente la información mencionada en el apartado 2, se podrá facilitar la información por etapas sin otra dilación indebida.

4. La Fiscalía Europea documentará cualquier violación de la seguridad de datos personales a que se hace referencia en el apartado 1, incluidos los hechos relativos a dicha violación, sus efectos y las medidas correctivas adoptadas. Dicha documentación deberá permitir al Supervisor Europeo de Protección de Datos verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo.

5. Cuando la violación de la seguridad de datos personales incluya datos personales que hayan sido transmitidos por otro responsable del tratamiento o a otro responsable del tratamiento, la Fiscalía Europea comunicará al responsable del tratamiento, sin dilación indebida, la información a que se refiere el apartado 3.

Artículo 75. Comunicación de una violación de datos personales al interesado

1. Cuando sea probable que la violación de la seguridad de datos personales entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, la Fiscalía Europea la comunicará al interesado sin dilación indebida.

2. La comunicación al interesado indicada en el apartado 1 del presente artículo describirá con un lenguaje claro y sencillo la naturaleza de la violación de la seguridad de datos personales y contendrá, al menos, la información y las recomendaciones a que se hace referencia en el artículo 74, apartado 2, letras b), c) y d).

3. La comunicación al interesado a que se refiere el apartado 1 no será necesaria si se cumple alguna de las condiciones siguientes:

a) la Fiscalía Europea ha adoptado medidas de protección técnicas y organizativas apropiadas y estas medidas se han aplicado a los datos personales afectados por la violación de la seguridad de datos personales, en particular aquellas que hagan ininteligibles los datos personales para cualquier persona que no esté autorizada a acceder a ellos, como el cifrado;

b) la Fiscalía Europea ha tomado medidas ulteriores que garanticen que ya no sea probable que se materialice el alto riesgo para los derechos y libertades del interesado a que hace referencia el apartado 1;

c) en caso de que suponga un esfuerzo desproporcionado. En este supuesto, se optará a cambio por una comunicación pública o una medida semejante mediante la cual se informe a los interesados de manera igualmente efectiva.

4. Cuando la Fiscalía Europea no haya comunicado todavía al interesado la violación de la seguridad de datos personales, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, una vez considerada la probabilidad de que tal violación suponga un alto riesgo, podrá exigirle que lo haga o podrá decidir que se cumple alguna de las condiciones que cita el apartado 3.

5. La comunicación al interesado a que se hace referencia en el apartado 1 del presente artículo podrá aplazarse, limitarse u omitirse con sujeción a las condiciones y por los motivos que se indican en el artículo 60, apartado 3.

Artículo 76. Acceso autorizado a datos personales operativos en la Fiscalía Europea

El Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos, los Fiscales Europeos Delegados y el personal autorizado que les asista serán los únicos que, a efectos de desempeñar su labor y respetando los límites establecidos por el presente Reglamento, podrán tener acceso a los datos personales operativos tratados por la Fiscalía Europea.

Artículo 77. Designación del delegado de protección de datos

1. El Colegio designará a un delegado de protección de datos sobre la base de una propuesta del Fiscal General Europeo. El delegado de protección de datos será un miembro del personal designado específicamente a tal efecto. A efectos del desempeño de sus funciones, el delegado de protección de datos deberá actuar de manera independiente y no aceptará ningún tipo de instrucciones.

2. El delegado de protección de datos será seleccionado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados de la legislación y las prácticas en materia de protección de datos, y a su capacidad para desempeñar las funciones indicadas en el presente Reglamento, en particular aquellas a que se refiere el artículo 79.

3. La elección del delegado de protección de datos no deberá poder derivar en un conflicto de intereses entre la función de delegado y otras obligaciones profesionales, en particular en relación con la aplicación del presente Reglamento.

4. El delegado de protección de datos será nombrado por un período de cuatro años y su mandato podrá ser renovado; no obstante, la duración total de su mandato no podrá ser superior a ocho años. El delegado solo podrá ser destituido de sus funciones de delegado de protección de datos por el Colegio con el acuerdo del Supervisor Europeo de Protección de Datos, en caso de que el delegado deje de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones.

5. La Fiscalía Europea publicará los datos de contacto del delegado de protección de datos y los comunicará al Supervisor Europeo de Protección de Datos.

Artículo 78. Posición del delegado de protección de datos

1. La Fiscalía Europea garantizará que el delegado de protección de datos participe de forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales.

2. La Fiscalía Europea respaldará al delegado de protección de datos en el desempeño de las funciones indicadas en el artículo 79 facilitando los recursos necesarios para el desempeño de dichas funciones y facilitando el acceso a los datos personales y a las operaciones de tratamiento, así como para mantener sus conocimientos especializados.

3. La Fiscalía Europea garantizará que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones. El delegado no podrá ser destituido ni sancionado por el Colegio por el ejercicio de sus funciones. El delegado de protección de datos informará directamente al Fiscal General Europeo.

4. Los interesados podrán ponerse en contacto con el delegado de protección de datos por lo que respecta a todas las cuestiones relativas al tratamiento de sus datos personales y al ejercicio de sus derechos al amparo del presente Reglamento y del Reglamento (CE) n.o 45/2001.

5. El Colegio adoptará normas de desarrollo referentes al delegado de protección de datos. Esas normas de desarrollo se referirán, en particular, al procedimiento de selección para el desempeño de las funciones de delegado de protección de datos y a la destitución, tareas, funciones y potestades del delegado, así como a las garantías de su independencia.

6. La Fiscalía Europea proporcionará al delegado de protección de datos el personal y los recursos necesarios para el ejercicio de sus funciones.

7. El delegado de protección de datos y su personal estarán sujetos a la obligación de confidencialidad de conformidad con el artículo 108.

Artículo 79. Funciones del delegado de protección de datos

1. El delegado de protección de datos desempeñará, en particular, las siguientes funciones en relación con el tratamiento de datos personales:

a) garantizar, de manera independiente de la Fiscalía Europea, el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de datos del presente Reglamento, del Reglamento (CE) n.o 45/2001 y de las disposiciones pertinentes en materia de protección de datos del reglamento interno de la Fiscalía Europea; ello incluye vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o nacionales y de las políticas de la Fiscalía Europea en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la sensibilización y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes;

b) informar y asesorar a la Fiscalía Europea y a los miembros del personal que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento y de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o nacionales;

c) ofrecer el asesoramiento que se le pida acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su realización de conformidad con el artículo 71;

d) garantizar el registro de la transferencia y la recepción de datos personales de conformidad con las disposiciones que establezca el reglamento interno de la Fiscalía Europea;

e) cooperar con el personal de la Fiscalía Europea responsable de los procedimientos, la formación y el asesoramiento en materia de tratamiento de datos;

f) cooperar con el Supervisor Europeo de Protección de Datos;

g) garantizar que los interesados sean informados de sus derechos en virtud del presente Reglamento;

h) actuar como punto de contacto del Supervisor Europeo de Protección de Datos para las cuestiones relacionadas con el tratamiento, incluida la consulta previa a que hace referencia el artículo 72, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto;

i) elaborar un informe anual y remitirlo al Fiscal General Europeo y al Supervisor Europeo de Protección de Datos.

2. El delegado de protección de datos ejercerá las funciones contempladas en el Reglamento (CE) n.o 45/2001 en lo que atañe a los datos personales administrativos.

3. El delegado de protección de datos y los miembros del personal de la Fiscalía Europea que proporcionen asistencia al delegado de protección de datos en el desempeño de sus funciones tendrán acceso a los datos personales tratados por la Fiscalía Europea y a sus instalaciones en la medida en que resulte necesario para que realicen sus actividades.

4. Si el delegado de protección de datos considera que no se han cumplido las disposiciones del Reglamento (CE) n.o 45/2001 relacionadas con el tratamiento de datos personales administrativos, o las disposiciones del presente Reglamento relativas al tratamiento de datos personales operativos, el delegado informará de ello al Fiscal

General Europeo y le pedirá que resuelva el incumplimiento en un plazo determinado. Si el Fiscal General Europeo no resuelve el incumplimiento del tratamiento en el plazo especificado, el delegado de protección de datos remitirá el caso al Supervisor Europeo de Protección de Datos.

Artículo 80. Principios generales aplicables a la transferencia de datos personales operativos

1. La Fiscalía Europea podrá transferir datos personales operativos a un tercer país o a una organización internacional, con sujeción al respeto de las demás disposiciones del presente Reglamento, en particular del artículo 53, únicamente si se cumplen las condiciones establecidas en los artículos 80 a 83, a saber:

a) la transferencia es necesaria para ejercer las funciones de la Fiscalía Europea;

b) los datos personales operativos se transfieren a un responsable del tratamiento en un tercer país o en una organización internacional que sea una autoridad competente a los efectos del artículo 104;

c) cuando los datos personales operativos que se vayan a transferir de conformidad con el presente artículo hayan sido transmitidos o puestos a disposición por un Estado miembro de la Unión Europea a la Fiscalía Europea, esta deberá obtener autorización previa para la transferencia de la autoridad competente de dicho Estado miembro de la Unión Europea de conformidad con su Derecho nacional, a menos que dicho Estado miembro de la Unión Europea haya concedido la autorización para dicha transferencia en términos generales o esté supeditada a condiciones específicas;

d) la Comisión ha decidido, de conformidad con el artículo 81, que el tercer país o la organización internacional en cuestión garantiza un nivel de protección adecuado o, en ausencia de dicha decisión de adecuación, cuando se aducen o existen garantías apropiadas de conformidad con el artículo 82 o, en ausencia de una decisión de adecuación y de dichas garantías apropiadas, se aplica la excepción para situaciones específicas en virtud del artículo 83, y

e) en el caso de transferencias ulteriores a otro tercer país u otra organización internacional por un tercer país o una organización internacional, la Fiscalía Europea exigirá que el tercer país o la organización internacional pida su autorización previa para tal transferencia ulterior, que la Fiscalía Europea podrá conceder únicamente teniendo debidamente en cuenta todos los factores pertinentes, entre ellos la gravedad del delito, el fin para el cual los datos personales operativos fueron transferidos inicialmente y el nivel de protección de los datos personales en el tercer país u organización internacional al que/a la que los datos personales operativos serán transferidos ulteriormente.

2. La Fiscalía Europea podrá transferir datos personales operativos sin autorización previa de otro Estado miembro de la Unión Europea conforme al apartado 1, letra c), solo si la transferencia de datos personales operativos es necesaria a fin de prevenir una amenaza inminente y grave para la seguridad pública de un Estado miembro de la Unión Europea, o de un tercer país, o para los intereses esenciales de un

Estado miembro de la Unión Europea, y la autorización previa no puede conseguirse a su debido tiempo. Se informará sin dilación a la autoridad responsable de conceder la autorización previa.

3. La transferencia de datos personales operativos recibidos de la Fiscalía Europea a un tercer país o a una organización internacional por parte de un Estado miembro de la Unión Europea o de una institución, órgano u organismo de la Unión estará prohibida. Esta prohibición no se aplicará a los casos en los que la Fiscalía Europea haya autorizado dicha transferencia, teniendo debidamente en cuenta todos los factores pertinentes, entre ellos la gravedad del delito, el fin para el cual los datos personales operativos fueron transmitidos originalmente y el nivel de protección de los datos personales operativos en el tercer país u organización internacional al que/a la que se transfieran los datos personales. Dicha obligación de obtener la autorización previa de la Fiscalía Europea no se aplicará a los casos remitidos a las autoridades nacionales competentes de conformidad con el artículo 34.

4. Los artículos 80 a 83 se aplicarán a fin de asegurar que no se vea menoscabado el nivel de protección de las personas físicas que garantizan el presente Reglamento y el Derecho de la Unión.

Artículo 81. Transferencias basadas en una decisión de adecuación

La Fiscalía Europea podrá transferir datos personales operativos a un tercer país u organización internacional cuando la Comisión haya decidido, de conformidad con el artículo 36 de la Directiva (UE) 2016/680, que el tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, o la organización internacional de que se trate garantizan un nivel adecuado de protección.

Artículo 82. Transferencias mediante garantías adecuadas

1. A falta de decisión de adecuación, la Fiscalía Europea podrá transferir datos personales operativos a un tercer país o una organización internacional cuando:

a) se hayan aportado garantías adecuadas con respecto a la protección de datos personales operativos en un instrumento jurídicamente vinculante, o

b) la Fiscalía Europea haya evaluado todas las circunstancias que concurren en la transferencia de datos personales operativos y haya llegado a la conclusión de que existen garantías adecuadas con respecto a la protección de datos personales operativos.

2. La Fiscalía Europea informará al Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las categorías de transferencias en virtud del apartado 1, letra b).

3. Cuando la transferencia se efectúe en base al apartado 1, letra b), deberá documentarse y la documentación se pondrá a disposición del Supervisor Europeo de Protección de Datos, previa petición, con inclusión de la fecha y hora de la transferencia, e información sobre la autoridad competente destinataria, la justificación de la transferencia y los datos personales operativos transferidos.

Artículo 83. Excepciones para situaciones específicas

1. A falta de decisión de adecuación, o de las garantías apropiadas en virtud del artículo 82, la Fiscalía Europea podrá transferir datos personales operativos a un tercer país u organización internacional únicamente cuando la transferencia sea necesaria:

a) para proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona;

b) para salvaguardar intereses legítimos del interesado;

c) para prevenir una amenaza grave e inminente para la seguridad pública de un Estado miembro de la Unión Europea o de un tercer país, o

d) en casos particulares para el cumplimiento de las funciones de la Fiscalía Europea, salvo que esta determine que los derechos y libertades fundamentales del interesado sobrepasan el interés público en el marco de la transferencia.

2. Cuando la transferencia se efectúe en base al apartado 1, deberá documentarse y la documentación se pondrá a disposición del Supervisor Europeo de Protección de Datos, previa petición, con inclusión de la fecha y hora de la transferencia, información sobre la autoridad competente destinataria, la justificación de la transferencia y los datos personales operativos transferidos.

Artículo 84. Transferencias de datos personales operativos a destinatarios establecidos en terceros países

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 80, apartado 1, letra b), y sin perjuicio de todo acuerdo internacional mencionado en el apartado 2 del presente artículo, la Fiscalía Europea, en casos particulares y específicos, podrá transferir datos personales operativos directamente a destinatarios establecidos en terceros países únicamente si se cumplen las demás disposiciones del presente capítulo y se satisfacen todas las condiciones siguientes:

a) que la transferencia sea estrictamente necesaria para la realización de sus funciones según dispone el presente Reglamento, a los fines establecidos en el artículo 49, apartado 1;

b) que la Fiscalía Europea determine que los derechos y libertades fundamentales del interesado no sobrepasan el interés público que necesita la transferencia en el caso de que se trate;

c) que la Fiscalía Europea considere que la transferencia a una autoridad competente del tercer país a los fines a que se refiere el artículo 49, apartado 1, resulta ineficaz o inadecuada, sobre todo porque no pueda efectuarse dentro de plazo;

d) que se informe sin dilación indebida a la autoridad competente del tercer país a los fines a que se refiere el artículo 49, apartado 1, a menos que ello sea ineficaz o inadecuado;

e) que la Fiscalía Europea informe al destinatario de la finalidad o finalidades específicas por las que los datos personales operativos vayan a tratarse únicamente por este último, a condición de que dicho tratamiento sea necesario.

2. Por acuerdo internacional mencionado en el apartado 1 se entenderá todo acuerdo internacional bilateral o multinacional en vigor entre la Unión y terceros países en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial.

3. Cuando la transferencia se efectúe en base al apartado 1, deberá documentarse y la documentación se pondrá a disposición del Supervisor Europeo de Protección de Datos, previa petición, con inclusión de la fecha y hora de la transferencia, e información sobre la autoridad competente destinataria, la justificación de la transferencia y los datos personales operativos transferidos.

Artículo 85. Supervisión a cargo del Supervisor Europeo de Protección de Datos

1. El Supervisor Europeo de Protección de Datos será responsable de vigilar y garantizar la aplicación de las disposiciones del presente Reglamento relativas a la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales operativos por parte de la Fiscalía Europea, y de asesorar a la Fiscalía Europea, así como a los interesados, en todas las cuestiones relacionadas con el tratamiento de datos personales operativos. A tal fin, el Supervisor Europeo de Protección de Datos cumplirá los cometidos que le incumben en virtud del apartado 2 del presente artículo, ejercerá los poderes que se le confieren en virtud del apartado 3 del presente artículo y cooperará con las autoridades nacionales de supervisión de conformidad con el artículo 87.

2. En virtud del presente Reglamento, incumben al Supervisor Europeo de Protección de Datos los siguientes cometidos:

a) conocer e investigar las reclamaciones, y comunicar al interesado los resultados de sus investigaciones en un plazo razonable;

b) efectuar investigaciones por iniciativa propia o en respuesta a reclamaciones y comunicar a los interesados el resultado de sus investigaciones en un plazo razonable;

c) vigilar y garantizar la aplicación de las disposiciones del presente Reglamento relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales operativos por la Fiscalía Europea;

d) asesorar a la Fiscalía Europea, por propia iniciativa o en respuesta a una consulta, sobre todas las cuestiones relacionadas con el tratamiento de los datos personales operativos, en particular antes de la elaboración de normas internas sobre la protección de los derechos y libertades fundamentales en relación con el tratamiento de los datos personales operativos.

3. El Supervisor Europeo de Protección de Datos podrá, en virtud del presente Reglamento:

a) asesorar a las personas interesadas en el ejercicio de sus derechos;

b) remitir el asunto a la Fiscalía Europea en caso de presunta infracción de las disposiciones que rigen el tratamiento de los datos personales operativos y, en su caso, formular propuestas encaminadas a corregir dicha infracción y mejorar la protección de las personas interesadas;

c) consultar a la Fiscalía Europea cuando se hayan denegado solicitudes de ejercer determinados derechos en relación con datos personales operativos, incumpliendo lo dispuesto en los artículos 56 a 62;

d) remitir el asunto a la Fiscalía Europea;

e) ordenar a la Fiscalía Europea que lleve a cabo la rectificación, restricción o supresión de los datos personales operativos que hayan sido tratados por ella incumpliendo las disposiciones que rigen el tratamiento de datos personales operativos y la notificación de dichas medidas a aquellos terceros a quienes se hayan comunicado los datos, siempre que ello no interfiera en las investigaciones y en la acción penal ejercitada por la Fiscalía Europea;

f) remitir un asunto al Tribunal de Justicia en las condiciones establecidas en los Tratados;

g) intervenir en asuntos presentados ante el Tribunal de Justicia.

4. El Supervisor Europeo de Protección de Datos tendrá acceso a los datos personales operativos tratados por la Fiscalía Europea y a sus instalaciones en la medida necesaria para el ejercicio de sus funciones.

5. El Supervisor Europeo de Protección de Datos elaborará un informe anual sobre las actividades de supervisión en relación con la Fiscalía Europea.

Artículo 86. Secreto profesional del Supervisor Europeo de Protección de Datos

El Supervisor Europeo de Protección de Datos y su personal estarán sujetos, durante y después de su mandato, al deber de secreto profesional sobre las informaciones confidenciales a las que hayan tenido acceso durante el ejercicio de obligaciones profesionales.

Artículo 87. Cooperación entre el Supervisor Europeo de Protección de Datos y las autoridades nacionales de supervisión

1. El Supervisor Europeo de Protección de Datos actuará en estrecha colaboración con las autoridades nacionales de supervisión en lo que respecta a cuestiones concretas que requieran participación a escala nacional, especialmente cuando dicho Supervisor Europeo de Protección de Datos o una de las autoridades nacionales de supervisión detecte discrepancias importantes entre las prácticas de los Estados miembros de la Unión Europea o transferencias potencialmente ilícitas que se realicen a través de los canales de comunicación de la Fiscalía Europea, o en el marco de las preguntas planteadas por una o varias autoridades nacionales de supervisión sobre la aplicación e interpretación del presente Reglamento.

2. En los casos recogidos en el apartado 1, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y las autoridades nacionales competentes que se ocupan de supervisar la protección de datos podrán, en sus respectivos ámbitos de competencia, intercambiar información pertinente y ayudarse mutuamente en la realización de auditorías e inspecciones, examinar dificultades de interpretación o aplicación del presente Reglamento, analizar problemas relativos al ejercicio de la supervisión independiente o

al ejercicio de los derechos de los interesados, elaborar propuestas armonizadas para encontrar soluciones conjuntas a cualquier problema y, en su caso, fomentar la concienciación en materia de protección de datos.

3. El Comité Europeo de Protección de Datos establecido mediante el Reglamento (UE) 2016/679 llevará a cabo también las funciones mencionadas en el artículo 51 de la Directiva (UE) 2016/680 respecto de las cuestiones regidas por el presente Reglamento, en particular aquellas a las que se refieren los apartados 1 y 2 del presente artículo.

Artículo 88. Derecho a presentar una reclamación al Supervisor Europeo de Protección de Datos

1. Todo interesado tendrá derecho a presentar una reclamación ante el Supervisor Europeo de Protección de Datos si considera que el tratamiento de los datos personales operativos referentes a él por parte de la Fiscalía Europea constituye una violación del presente Reglamento.

2. El Supervisor Europeo de Protección de Datos informará al interesado sobre el curso y el resultado de la reclamación, incluida la posibilidad de tutela judicial en virtud del artículo 89.

Artículo 89. Derecho de recurso judicial contra el Supervisor Europeo de Protección de Datos

Las decisiones del Supervisor Europeo de Protección de Datos podrán recurrirse ante el Tribunal de Justicia.

CAPÍTULO IX

DISPOSICIONES FINANCIERAS Y DE PERSONAL

SECCIÓN 1

Disposiciones financieras

Artículo 90. Agentes financieros

1. El Fiscal General Europeo será el responsable de preparar las decisiones sobre el establecimiento del presupuesto y de presentárselas al Colegio para su adopción.

2. El Director Administrativo, en su condición de ordenador de pagos, se ocupará de la ejecución del presupuesto de la Fiscalía Europea.

Artículo 91. Presupuesto

1. El Fiscal General Europeo elaborará para cada ejercicio financiero previsiones de los ingresos y gastos de la Fiscalía Europea, correspondientes al año natural, basándose en una propuesta establecida por el Director Administrativo. Dichas previsiones constarán en el presupuesto de la Fiscalía Europea.

2. El presupuesto de la Fiscalía Europea estará equilibrado en cuanto a ingresos y gastos.

3. Sin perjuicio de otros recursos, los ingresos de la Fiscalía Europea incluirán:

a) una contribución de la Unión inscrita en su presupuesto general de la Unión, supeditada a los apartados 7 y 8;

b) los derechos percibidos por las publicaciones y demás servicios prestados por la Fiscalía Europea.

4. Los gastos de la Fiscalía Europea incluirán la remuneración del Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos, los Fiscales Europeos Delegados, el Director Administrativo y el personal de la Fiscalía Europea, así como los gastos administrativos y de infraestructura, y los gastos operativos.

5. Cuando los Fiscales Europeos Delegados actúen en el marco de las funciones de la Fiscalía Europea, los gastos correspondientes de los Fiscales Europeos Delegados en el transcurso de esas actividades se considerarán gastos operativos de la Fiscalía Europea.

Los gastos operativos de la Fiscalía Europea no incluirán, en principio, los costes relativos a las medidas de investigación realizadas por las autoridades nacionales competentes ni los costes de la asistencia jurídica gratuita. No obstante, se incluirán en el presupuesto de la Fiscalía Europea determinados gastos en relación con sus actividades de investigación y ejercicio de la acción penal a que se refiere el apartado 6.

Los gastos operativos incluirán asimismo la creación de un sistema de gestión de casos, la formación, gastos de misiones y de traducción necesarios para el funcionamiento interno de la Fiscalía Europea, tales como las traducciones para la Sala Permanente.

6. Cuando se prevea llevar a cabo en nombre de la Fiscalía Europea una medida de investigación excepcionalmente gravosa, el Fiscal Europeo Delegado encargado podrá, por propia iniciativa o a petición motivada de las autoridades nacionales competentes, consultar a la Sala Permanente sobre la posibilidad de que la Fiscalía Europea comparta una parte de los costes de la medida de investigación. Estas consultas no deberán demorar la investigación.

La Sala Permanente podrá, previa consulta del Director Administrativo y atendiendo a la proporcionalidad de la medida realizada en las circunstancias específicas y al carácter extraordinario de los costes que supone, aceptar o denegar la solicitud, de conformidad con las normas que deberá establecer el reglamento interno de la Fiscalía Europea sobre la evaluación de dichos criterios. El Director Administrativo decidirá posteriormente la cantidad de la subvención que se concederá, de acuerdo con los recursos financieros disponibles. El Director Administrativo comunicará sin dilación la decisión sobre dicha cantidad al Fiscal Europeo Delegado encargado.

7. De conformidad con el artículo 322 del TFUE, los gastos de la Fiscalía Europea a que se hace referencia en los apartados 4 y 5 del presente artículo serán sufragados por los Estados miembros. Los Estados miembros de la Unión Europea que no participen en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea recibirán un ajuste de

conformidad con el artículo 11 del Reglamento (UE, Euratom) n.o 609/2014 del Consejo[24].

8. El apartado 7 no se aplicará a los costes administrativos ocasionados a las instituciones de la Unión debido a la aplicación de la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

Artículo 92. Elaboración del presupuesto

1. Cada año, el Fiscal General Europeo elaborará un proyecto provisional de previsiones de ingresos y gastos de la Fiscalía Europea correspondientes al ejercicio financiero siguiente, basándose en una propuesta establecida por el Director Administrativo. El Fiscal General Europeo remitirá al Colegio el proyecto provisional de previsiones para su aprobación.

2. El proyecto provisional de previsiones de ingresos y gastos de la Fiscalía Europea se enviará cada año a la Comisión a más tardar el 31 de enero. La Fiscalía Europea enviará a la Comisión cada año, a más tardar el 31 de marzo, un proyecto definitivo de previsiones que incluirá un proyecto de plantilla de personal.

3. La Comisión enviará el estado de previsiones al Parlamento Europeo y al Consejo (en lo sucesivo, «Autoridad Presupuestaria»), junto con el proyecto de presupuesto general de la Unión.

4. Sobre la base del estado de previsiones, la Comisión introducirá en el proyecto de presupuesto general de la Unión las previsiones que considere necesarias para la plantilla de personal así como el importe de la contribución a cargo del presupuesto general, y las remitirá a la Autoridad Presupuestaria conforme a los artículos 313 y 314 del TFUE.

5. La Autoridad Presupuestaria autorizará los créditos para la contribución del presupuesto general de la Unión destinada a la Fiscalía Europea.

6. La Autoridad Presupuestaria adoptará la plantilla de personal de la Fiscalía Europea.

7. El Colegio adoptará el presupuesto de la Fiscalía Europea a propuesta del Fiscal General Europeo. Este presupuesto pasará a ser definitivo tras la aprobación definitiva del presupuesto general de la Unión. Si fuese necesario, se ajustará según el mismo procedimiento utilizado para la aprobación del presupuesto inicial.

8. Para todo proyecto inmobiliario que pueda tener repercusiones significativas en el presupuesto de la Fiscalía Europea, se aplicará el artículo 88 del Reglamento Delegado (UE) n.o 1271/2013 de la Comisión[25].

[24] Reglamento (UE, Euratom) n.o 609/2014 del Consejo, de 26 de mayo de 2014, sobre los métodos y el procedimiento de puesta a disposición de los recursos propios tradicionales y basados en el IVA y en la RNB y sobre las medidas para hacer frente a las necesidades de tesorería (DO L 168 de 7.6.2014, p. 39).

[25] Reglamento Delegado (UE) n.o 1271/2013 de la Comisión, de 30 de septiembre de 2013, relativo al Reglamento Financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 208 del Reglamento (UE, Euratom) n.o 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 328 de 7.12.2013, p. 42).

Artículo 93. Ejecución del presupuesto

1. El Director Administrativo, en calidad de ordenador de pagos de la Fiscalía Europea, ejecutará su presupuesto bajo su propia responsabilidad y sujeto a los límites autorizados en el mismo.

2. El Director Administrativo remitirá anualmente a la Autoridad Presupuestaria toda la información pertinente sobre los resultados de cualquiera de los procedimientos de evaluación.

Artículo 94. Rendición de cuentas y aprobación de la gestión

1. A más tardar el 1 de marzo del ejercicio siguiente (año N + 1), el contable de la Fiscalía Europea enviará las cuentas provisionales del ejercicio (año N) al contable de la Comisión y al Tribunal de Cuentas.

2. A más tardar el 31 de marzo del ejercicio siguiente la Fiscalía Europea enviará el informe sobre la gestión presupuestaria y financiera al Parlamento Europeo, al Consejo y al Tribunal de Cuentas.

3. A más tardar el 31 de marzo siguiente a cada ejercicio financiero, el contable de la Comisión enviará al Tribunal de Cuentas las cuentas provisionales de la Fiscalía Europea, consolidadas con las cuentas de la Comisión.

4. De conformidad con el artículo 148, apartado 1, del Reglamento (UE, Euratom) n.o 966/2012, el Tribunal de Cuentas formulará sus propias observaciones sobre las cuentas provisionales de la Fiscalía Europea, a más tardar el 1 de junio del ejercicio siguiente.

5. Tras la recepción de las observaciones del Tribunal de Cuentas acerca de las cuentas provisionales de la Fiscalía Europea conforme al artículo 148 del Reglamento (UE, Euratom) n.o 966/2012, el contable de la Fiscalía Europea elaborará sus cuentas definitivas bajo su propia responsabilidad y las remitirá al Colegio para dictamen.

6. A más tardar el 1 de julio siguiente a cada ejercicio financiero, el contable de la Fiscalía Europea enviará las cuentas definitivas al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas, junto con el dictamen del Colegio mencionado en el apartado 5.

7. Las cuentas definitivas de la Fiscalía Europea se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea antes del 15 de noviembre del año siguiente a cada ejercicio financiero.

8. El Director Administrativo remitirá al Tribunal de Cuentas una respuesta a sus observaciones a más tardar el 30 de septiembre del ejercicio siguiente. También remitirá la respuesta a la Comisión.

9. El Director Administrativo presentará al Parlamento Europeo, a petición de este, toda la información necesaria para el correcto desarrollo del procedimiento de aprobación de la ejecución del presupuesto del ejercicio financiero de que se trate, como dispone el artículo 109, apartado 3, del Reglamento Delegado (UE) n.o 1271/2013.

10. Antes del 15 de mayo del ejercicio N + 2, el Parlamento Europeo, previa recomendación del Consejo por mayoría cualificada, aprobará la gestión del Director Administrativo con respecto a la ejecución del presupuesto del ejercicio N.

Artículo 95. Normas financieras

El Fiscal General Europeo elaborará el proyecto de normas financieras aplicables a la Fiscalía Europea basándose en una propuesta del Director Administrativo. El Colegio aprobará dichas normas previa consulta con la Comisión. Las normas financieras no se apartarán de las que figuran en el Reglamento Delegado (UE) n.o 1271/2013, a no ser que sea específicamente necesario para el funcionamiento de la Fiscalía Europea y que la Comisión haya dado previamente su aprobación.

SECCIÓN 2

Disposiciones relativas al personal

Artículo 96. Disposiciones generales

1. El Estatuto de los funcionarios y el Régimen aplicable a los otros agentes, así como las normas adoptadas mediante un acuerdo entre las instituciones de la Unión para dar efecto a dicho Estatuto y Régimen se aplicarán al Fiscal General Europeo y a los Fiscales Europeos, a los Fiscales Europeos Delegados, al Director Administrativo y al personal de la Fiscalía Europea, salvo cuando el presente Reglamento disponga lo contrario.

El Fiscal General Europeo y los Fiscales Europeos serán contratados como agentes temporales de la Fiscalía Europea con arreglo al artículo 2, letra a), del Régimen aplicable a los otros agentes.

2. El personal de la Fiscalía Europea será contratado según los reglamentos y normas aplicables a los funcionarios y a los otros agentes de la Unión Europea.

3. El Colegio ejercerá la potestad para proceder a la contratación que el Estatuto de los funcionarios y el Régimen aplicable a los otros agentes otorgan a la autoridad facultada para proceder a los nombramientos. El Colegio podrá delegar en el Director Administrativo dicha potestad por lo que respecta al personal de la Fiscalía Europea. La delegación de poderes a que se refiere el presente apartado no podrá afectar al Fiscal General Europeo, a los Fiscales Europeos, a los Fiscales Europeos Delegados ni al Director Administrativo.

4. El Colegio adoptará las normas necesarias para poner en aplicación el Estatuto de los funcionarios y el Régimen aplicable a los otros agentes de conformidad con el artículo 110 del citado Estatuto. El Colegio adoptará asimismo la programación de recursos humanos, como parte del documento de programación.

5. Se aplicará a la Fiscalía Europea y a su personal el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea.

6. Los Fiscales Europeos Delegados serán contratados como consejeros especiales conforme a los artículos 5, 123 y 124 del Régimen aplicable a los otros agentes. Las

autoridades nacionales competentes facilitarán el ejercicio de las funciones de los Fiscales Europeos Delegados en virtud del presente Reglamento y se abstendrán de adoptar cualquier medida o política que pueda perjudicar su trayectoria profesional y su estatuto en el sistema nacional de ejercicio de la acción penal. En particular, las autoridades nacionales competentes proporcionarán a los Fiscales Europeos Delegados los recursos y los equipos que necesiten para ejercer sus funciones de conformidad con el presente Reglamento y se asegurarán de que se integran plenamente en sus fiscalías nacionales. Se garantizará la existencia de disposiciones adecuadas para que se mantengan los derechos de los Fiscales Europeos Delegados en relación con la cobertura en materia de seguridad social, pensión y seguro aplicables en virtud del régimen nacional. También se garantizará que la remuneración total de un Fiscal Europeo Delegado no sea inferior a la que hubiera mantenido si dicho Fiscal hubiera seguido siendo únicamente fiscal nacional. Las condiciones laborales y el entorno de trabajo de los Fiscales Europeos Delegados serán responsabilidad de las autoridades judiciales nacionales competentes.

7. Los Fiscales Europeos y los Fiscales Europeos Delegados no recibirán, en el ejercicio de sus potestades de investigación y ejercicio de la acción penal, órdenes, orientaciones o instrucciones distintas de las expresamente previstas en el artículo 6.

Artículo 97. Agentes temporales y agentes contractuales

1. A los agentes temporales que trabajan en las instituciones, órganos u organismos de la Unión con arreglo al artículo 2, letra a), del Régimen aplicable a los otros agentes, que sean contratados por la Fiscalía Europea mediante contrato celebrado antes y no más tarde de un año después de que la Fiscalía Europea sea operativa de conformidad con la decisión mencionada en el artículo 120, apartado 2, se les ofrecerá un contrato con arreglo al artículo 2, letra f), del Régimen aplicable a los otros agentes, mientras que todas las demás condiciones del contrato no se modificarán, sin perjuicio de la necesidad de respetar las obligaciones derivadas del Régimen aplicable a los otros agentes. Se considerará que esos agentes temporales han ejercido la totalidad de su carrera en la Fiscalía Europea.

2. A los agentes contractuales que trabajan en las instituciones de la Unión con arreglo al artículo 3 bis o el artículo 3 ter del Régimen aplicable a los otros agentes, que sean contratados por la Fiscalía Europea mediante contrato celebrado antes y no más tarde de un año después de que la Fiscalía Europea sea operativa de conformidad con la decisión mencionada en el artículo 120, apartado 2, se les ofrecerá un contrato con arreglo al artículo 3 bis del Régimen aplicable a los otros agentes, mientras que todas las demás condiciones del contrato no se modificarán. Se considerará que esos agentes contractuales han ejercido la totalidad de su carrera en la Fiscalía Europea.

3. A los agentes temporales que trabajan con arreglo al artículo 2, letra f), del Régimen aplicable a los otros agentes y a los agentes contractuales que trabajan con arreglo al artículo 3 bis de dicho Régimen en los órganos u organismos de la Unión, que sean contratados por la Fiscalía Europea mediante contrato celebrado antes y no más tarde de un año después de que la Fiscalía Europea sea operativa de conformidad con la

decisión mencionada en el artículo 120, apartado 2, se les ofrecerá contratos en las mismas condiciones. Se considerará que esos agentes han ejercido la totalidad de su carrera en la Fiscalía Europea.

Artículo 98. Expertos nacionales en comisión de servicios y otros agentes

1. La Fiscalía Europea podrá recurrir, además de a su propio personal, a expertos nacionales en comisión de servicios u otras personas puestas a su disposición pero no empleadas por ella. Los expertos nacionales en comisión de servicios se someterán a la autoridad del Fiscal General Europeo en el desempeño de sus labores relacionadas con las funciones de la Fiscalía Europea.

2. El Colegio adoptará una decisión que establezca normas sobre los expertos nacionales en comisión de servicios en la Fiscalía Europea u otras personas puestas a disposición de la misma pero que no estén empleadas por ella.

CAPÍTULO X

DISPOSICIONES RELATIVAS A LA RELACIÓN DE LA FISCALÍA EUROPEA CON SUS COLABORADORES

Artículo 99. Disposiciones comunes

1. En la medida en que se sea necesario para el desempeño de sus funciones, la Fiscalía Europea podrá entablar y mantener relaciones de cooperación con las instituciones, órganos u organismos de la Unión, de acuerdo con sus objetivos respectivos, así como con las autoridades de Estados miembros de la Unión Europea que no participen en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, las autoridades de terceros países y las organizaciones internacionales.

2. En la medida en que sea necesario para el desempeño de sus funciones, la Fiscalía Europea, conforme al artículo 111, podrá intercambiar de forma directa toda clase de información con las entidades mencionadas en el apartado 1 del presente artículo, excepto cuando el presente Reglamento disponga lo contrario.

3. A los efectos de los apartados 1 y 2, la Fiscalía Europea podrá celebrar acuerdos de colaboración con las entidades mencionadas en el apartado 1. Dichos acuerdos de colaboración serán de carácter técnico u operativo, y estarán encaminados, en particular, a facilitar la cooperación y el intercambio de información entre las partes. Los acuerdos de colaboración no podrán servir de base para autorizar el intercambio de datos personales ni producir efectos jurídicamente vinculantes para la Unión o sus Estados miembros.

Artículo 100. Relaciones con Eurojust

1. La Fiscalía Europea entablará y mantendrá una estrecha relación con Eurojust, basada en la cooperación mutua en el marco de sus respectivos mandatos y en el desarrollo de vínculos operativos, administrativos y de gestión entre ellos, tal y como se define en el presente artículo. A tal fin, el Fiscal General Europeo y el presidente de Eurojust se reunirán con regularidad para tratar cuestiones de interés común.

2. En asuntos operativos y en casos de naturaleza transfronteriza, la Fiscalía Europea podrá asociar a Eurojust a sus actividades, en particular:

a) intercambiando información, incluidos datos personales, acerca de sus investigaciones, de conformidad con las disposiciones pertinentes del presente Reglamento;

b) invitando a Eurojust o a sus miembros nacionales competentes a facilitar apoyo para la transmisión de sus decisiones o solicitudes de asistencia judicial mutua a los Estados miembros de la Unión Europea que sean miembros de Eurojust pero no participen en la creación de la Fiscalía Europea así como a terceros países, y para la ejecución de las mismas en esos Estados y países.

3. La Fiscalía Europea dispondrá, mediante un sistema de respuesta positiva o negativa, de acceso indirecto a la información del sistema de gestión de casos de Eurojust. Cuando se detecte una coincidencia entre los datos del sistema de gestión de casos introducidos por la Fiscalía Europea y los que posea Eurojust, dicha coincidencia se comunicará tanto a Eurojust como a la Fiscalía Europea, así como al Estado miembro de la Unión Europea que proporcionó los datos a Eurojust. La Fiscalía Europea adoptará las medidas adecuadas para que Eurojust pueda acceder a la información recogida en su sistema de gestión de casos mediante un sistema de respuesta positiva o negativa.

4. La Fiscalía Europea podrá contar con la asistencia y los recursos de la administración de Eurojust. Para ello, Eurojust podrá prestar servicios de interés común a la Fiscalía Europea. Los detalles se regularán mediante un acuerdo.

Artículo 101. Relaciones con la OLAF

1. La Fiscalía Europea entablará y mantendrá una estrecha relación con la OLAF, basada en la cooperación mutua en el marco de sus respectivos mandatos y en el intercambio de información. La relación tendrá, en particular, el objetivo de garantizar la utilización de todos los medios disponibles para la protección de los intereses financieros de la Unión mediante la complementariedad y el apoyo de la OLAF a la Fiscalía Europea.

2. Sin perjuicio de las medidas establecidas en el apartado 3, cuando la Fiscalía Europea lleve a cabo una investigación penal de conformidad con el presente Reglamento, la OLAF no abrirá ninguna investigación administrativa paralela por los mismos hechos.

3. En el curso de una investigación de la Fiscalía Europea, esta podrá solicitar a la OLAF que, de conformidad con el mandato de esta última, apoye o complemente la actividad de la Fiscalía Europea, en particular:

a) proporcionando información, análisis (incluidos análisis criminológicos), conocimiento experto y apoyo operativo;

b) facilitando la coordinación de acciones específicas de las autoridades administrativas nacionales competentes y los órganos de la Unión;

c) realizando investigaciones administrativas.

4. La Fiscalía Europea podrá, con miras a posibilitar que la OLAF considere la actuación administrativa adecuada de conformidad con su mandato, facilitar a la OLAF la información pertinente sobre casos en los que la Fiscalía Europea haya decidido no llevar a cabo una investigación o cuando haya archivado un caso.

5. La Fiscalía Europea dispondrá de acceso indirecto a la información del sistema de gestión de casos de la OLAF mediante un sistema de respuesta positiva o negativa. Cuando se encuentre una coincidencia entre los datos introducidos en el sistema de gestión de casos por la Fiscalía Europea y los datos de que dispone la OLAF, se comunicará el hecho de que existe tal coincidencia tanto a la Fiscalía Europea como a la OLAF. La Fiscalía Europea adoptará las medidas adecuadas para que la OLAF pueda acceder a la información recogida en su sistema de gestión de casos mediante un sistema de respuesta positiva o negativa.

Artículo 102. Relaciones con Europol

1. La Fiscalía Europea entablará y mantendrá una estrecha relación con Europol. Para ello, suscribirá un acuerdo de colaboración que establezca las modalidades de su cooperación.

2. Cuando sea necesario para sus investigaciones, la Fiscalía Europea deberá poder obtener, previa solicitud, cualquier dato pertinente que posea Europol sobre un delito perteneciente a su ámbito de competencia. Asimismo, podrá solicitar a Europol que proporcione asistencia analítica a una investigación específica llevada a cabo por la Fiscalía Europea.

Artículo 103. Relaciones con otras instituciones, órganos y organismos de la Unión

1. La Fiscalía Europea entablará y mantendrá una relación de cooperación con la Comisión con el fin de proteger los intereses financieros de la Unión. Para ello, suscribirá un acuerdo que establezca las modalidades de dicha cooperación.

2. Sin perjuicio del buen desarrollo y de la confidencialidad de sus investigaciones, la Fiscalía Europea facilitará sin dilación a la institución, órgano u organismo de la Unión y a otras víctimas afectadas, información suficiente para permitirle adoptar las medidas adecuadas, en particular:

a) medidas administrativas, como, por ejemplo, medidas cautelares, destinadas a proteger los intereses financieros de la Unión a este respecto. La Fiscalía Europea podrá recomendar medidas específicas a la institución, órgano u organismo de la Unión;

b) la intervención como parte civil en los procedimientos;

c) medidas a los efectos de la recuperación administrativa de importes debidos al presupuesto de la Unión o de medidas disciplinarias.

Artículo 104. Relaciones con terceros países y organizaciones internacionales

1. Los acuerdos de colaboración a que se refiere el artículo 99, apartado 3, con las autoridades de terceros países y organizaciones internacionales podrán, en particular,

referirse al intercambio de información estratégica y al envío en comisión de servicios de funcionarios de enlace a la Fiscalía Europea.

2. De acuerdo con las autoridades competentes afectadas, la Fiscalía Europea podrá designar puntos de contacto en terceros países para facilitar la cooperación en consonancia con las necesidades operativas de la Fiscalía Europea.

3. Los acuerdos internacionales con uno o más terceros países celebrados por la Unión o a los que la Unión se haya adherido de acuerdo con el artículo 218 del TFUE en ámbitos que sean competencia de la Fiscalía Europea, como los acuerdos internacionales relacionados con la cooperación en materia penal entre la Fiscalía Europea y esos terceros países, serán vinculantes para esta.

4. En ausencia de un acuerdo conforme al apartado 3, los Estados miembros podrán, si así lo permite el acuerdo multilateral internacional pertinente y a condición de que lo acepte el tercer país, reconocer y, cuando proceda, notificar a la Fiscalía Europea como autoridad competente a los efectos de la aplicación de acuerdos multilaterales internacionales relativos a la asistencia judicial en materia penal celebrados por aquellos, inclusive, cuando sea necesario y posible, mediante la modificación de esos acuerdos.

Los Estados miembros podrán asimismo notificar a la Fiscalía Europea como autoridad competente a los efectos de la aplicación de otros acuerdos internacionales relativos a la asistencia judicial en materia penal celebrados por ellos, inclusive mediante la modificación de esos acuerdos.

5. En ausencia de acuerdo conforme al apartado 3 del presente artículo o de un reconocimiento conforme al apartado 4 del presente artículo, el Fiscal Europeo Delegado encargado podrá, de conformidad con el artículo 13, apartado 1, recurrir a las potestades de un fiscal nacional de su Estado miembro para solicitar asistencia judicial en materia penal a las autoridades de terceros países, sobre la base de los acuerdos internacionales celebrados por ese Estado miembro o del Derecho nacional aplicable y, cuando así se requiera, por conducto de las autoridades nacionales competentes. En tal caso, el Fiscal Europeo Delegado informará a las autoridades de los terceros países de que se trate de que la Fiscalía Europea utilizará las pruebas recogidas sobre esa base a los efectos del presente Reglamento, y cuando proceda procurará obtener su autorización al respecto. En cualquier caso, el tercer país de que se trate será debidamente informado de que el destinatario final de la respuesta a la solicitud es la Fiscalía Europea.

Cuando la Fiscalía Europea no pueda ejercer sus funciones con arreglo a un acuerdo internacional pertinente a que se refiere el apartado 3 o 4 del presente artículo, podrá también solicitar asistencia judicial en materia penal a las autoridades de terceros países en un asunto concreto y dentro de los límites de su competencia material. La Fiscalía Europea cumplirá las condiciones que pudieran establecer esas autoridades respecto de la utilización de la información que hayan facilitado conforme a ello.

6. Sujeta a otras disposiciones del presente Reglamento, la Fiscalía Europea podrá, previa solicitud, facilitar a las autoridades competentes de terceros países u organizaciones internacionales, a los efectos de las investigaciones o para su utilización como pruebas en investigaciones penales, información o pruebas que ya estén en su poder. Previa consulta a la Sala Permanente, el Fiscal Europeo Delegado encargado tomará una decisión sobre esa transferencia de información o de pruebas de acuerdo con la legislación nacional de su Estado miembro y con el presente Reglamento.

7. Cuando sea necesario solicitar la extradición de una persona, el Fiscal Europeo Delegado encargado podrá solicitar a la autoridad competente de su Estado miembro que dicte una solicitud de extradición de conformidad con los Tratados o la legislación nacional aplicables.

Artículo 105. Relaciones con los Estados miembros de la Unión Europea que no participen en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea

1. Los acuerdos de colaboración a que se refiere el artículo 99, apartado 3, con las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea que no participen en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea podrán, en particular, referirse al intercambio de información estratégica y al envío en comisión de servicios de funcionarios de enlace a la Fiscalía Europea.

2. De acuerdo con las autoridades competentes afectadas, la Fiscalía Europea podrá designar puntos de contacto en los Estados miembros de la Unión Europea que no participen en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea con objeto de facilitar la cooperación en función de sus necesidades.

3. A falta de un instrumento jurídico relativo a la cooperación en materia penal y a los procedimientos de entrega entre la Fiscalía Europea y las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea que no participen en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, los Estados miembros designarán a la Fiscalía Europea como autoridad competente a efectos de la aplicación de actos de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal respecto de los casos que sean competencia de la Fiscalía Europea, en sus relaciones con los Estados miembros de la Unión Europea que no participen en la cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

CAPÍTULO XI

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 106. Estatuto jurídico y condiciones de funcionamiento

1. La Fiscalía Europea contará, en cada Estado miembro, con la capacidad jurídica reconocida a las personas jurídicas en virtud de su legislación nacional.

2. Las disposiciones necesarias en cuanto a las instalaciones proporcionadas a la Fiscalía Europea y a los locales aportados por Luxemburgo, así como las normas específicas aplicables en dicho Estado miembro a los miembros del Colegio, al Director Administrativo y al personal de la Fiscalía Europea, y a sus familiares respectivos se

establecerán en un acuerdo de sede que será suscrito entre la Fiscalía Europea y Luxemburgo a más tardar en la fecha en que la Fiscalía Europea asuma sus funciones de investigación y acción penal determinadas de conformidad con el artículo 120, apartado 2.

Artículo 107. Régimen lingüístico

1. El Reglamento (CEE) n.o 1/58 del Consejo[26] se aplicará a los actos previstos en los artículos 21 y 114 del presente Reglamento.

2. El Colegio decidirá por mayoría de dos tercios de sus miembros el régimen lingüístico interno de la Fiscalía Europea.

3. Los servicios de traducción necesarios para el funcionamiento administrativo de la Fiscalía Europea a nivel central serán prestados por el Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea, salvo cuando la urgencia de la cuestión requiera otra solución. Los Fiscales Europeos Delegados decidirán sobre las modalidades de traducción a los efectos de investigaciones de conformidad con el Derecho nacional aplicable.

Artículo 108. Confidencialidad y secreto profesional

1. Los miembros del Colegio, el Director Administrativo y el personal de la Fiscalía Europea, los expertos nacionales en comisión de servicios, otras personas puestas a disposición de la misma pero no empleadas por esta y los Fiscales Europeos Delegados estarán sujetos a la obligación de confidencialidad de conformidad con la legislación de la Unión en relación con la información que obre en poder de la Fiscalía Europea.

2. Cualesquiera otras personas que participen o presten asistencia en el desempeño de las funciones de la Fiscalía Europea a nivel nacional estarán sujetas a la obligación de confidencialidad establecida en la legislación nacional aplicable.

3. La obligación de confidencialidad se mantendrá también para las personas a que hacen referencia los apartados 1 y 2 tras el abandono en sus funciones o en su contrato de trabajo y tras el fin de sus actividades.

4. La obligación de confidencialidad se aplicará, de conformidad con el Derecho nacional o de la Unión aplicable, a toda información recibida por la Fiscalía Europea, a menos que ya se haya publicado lícitamente.

5. Las investigaciones llevadas a cabo bajo la autoridad de la Fiscalía Europea estarán protegidas por las normas relativas al secreto profesional con arreglo al Derecho de la Unión aplicable. Cualquier persona que participe o preste asistencia en el desempeño de las funciones de la Fiscalía Europea estará sujeta a la obligación de secreto profesional con arreglo al Derecho nacional aplicable.

Artículo 109. Transparencia

[26] Reglamento (CEE) n.o 1/58 del Consejo por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea (DO 17 de 6.10.1958, p. 385).

1. El Reglamento (CE) n.o 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo[27] se aplicará a los documentos distintos de los expedientes, incluidas las imágenes electrónicas de estos expedientes, conservados de conformidad con el artículo 45 del presente Reglamento.

2. El Fiscal General Europeo elaborará, en el plazo de seis meses a partir de la fecha de su nombramiento, una propuesta de normas detalladas de aplicación del presente artículo. Dicha propuesta será adoptada por el Colegio.

3. Las decisiones adoptadas por la Fiscalía Europea en virtud del artículo 8 del Reglamento (CE) n.o 1049/2001 podrán ser objeto de una reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo o de un recurso interpuesto ante el Tribunal de Justicia, en las condiciones previstas en los artículos 228 y 263 del TFUE, respectivamente.

Artículo 110. La OLAF y el Tribunal de Cuentas

1. Con el fin de facilitar la lucha contra el fraude, la corrupción y otras actividades ilícitas con arreglo al Reglamento (UE, Euratom) n.o 883/2013, a más tardar en un plazo de seis meses a partir de la fecha que fijará la Comisión en virtud del artículo 120, apartado 2, la Fiscalía Europea se adherirá al Acuerdo interinstitucional de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones internas efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)[28], y adoptará las disposiciones oportunas aplicables al Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos, el Director Administrativo y el personal de la Fiscalía Europea, a los expertos nacionales en comisión de servicios y otras personas puestas a disposición de la misma pero no empleadas por esta, y a los Fiscales Europeos Delegados, para lo cual utilizará el modelo que figura en el anexo de dicho Acuerdo.

2. El Tribunal de Cuentas estará facultado para auditar a todos los contratistas y subcontratistas que hayan recibido fondos de la Unión procedentes de la Fiscalía Europea, basándose en documentos y sobre el terreno.

3. La OLAF podrá llevar a cabo investigaciones, incluidos controles e inspecciones sobre el terreno, de acuerdo con las disposiciones y los procedimientos establecidos en el Reglamento (UE, Euratom) n.o 883/2013 y en el Reglamento (Euratom, CE) n.o 2185/96 del Consejo[29], con objeto de determinar si ha habido alguna irregularidad que perjudique a los intereses financieros de la Unión relacionada con los gastos financiados por la Fiscalía Europea.

4. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados 1, 2 y 3, las disposiciones de colaboración con órganos de la Unión, autoridades de terceros países y organizaciones

[27] Reglamento (CE) n.o 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145 de 31.5.2001, p. 43).

[28] Acuerdo interinstitucional, de 25 de mayo de 1999, entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas relativo a las investigaciones internas efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (DO L 136 de 31.5.1999, p. 15).

[29] Reglamento (Euratom, CE) n.o 2185/96 del Consejo, de 11 de noviembre de 1996, relativo a los controles y verificaciones in situ que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades (DO L 292 de 15.11.1996, p. 2).

internacionales, y los contratos de la Fiscalía Europea incluirán disposiciones que faculten expresamente al Tribunal de Cuentas y a la OLAF para llevar a cabo dichas auditorías e investigaciones, conforme a sus respectivas competencias.

Artículo 111. Normas en materia de protección de la información sensible no clasificada y clasificada

1. La Fiscalía Europea establecerá normas internas de protección de la información sensible no clasificada, incluidas las referentes a la creación y el tratamiento de dicha información en la Fiscalía Europea.

2. La Fiscalía Europea establecerá normas internas de protección de la información clasificada de la UE que deberán ser acordes con la Decisión 2013/488/UE del Consejo[30], a fin de garantizar un nivel equivalente de protección para tal información.

Artículo 112. Investigaciones administrativas

Las actividades administrativas de la Fiscalía Europea estarán sujetas a las investigaciones del Defensor del Pueblo Europeo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del TFUE.

Artículo 113. Régimen general de responsabilidad

1. La responsabilidad contractual de la Fiscalía Europea se regirá por la ley aplicable al contrato en cuestión.

2. El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse en virtud de cualquier cláusula compromisoria contenida en los contratos celebrados por la Fiscalía Europea.

3. En caso de responsabilidad no contractual, la Fiscalía Europea estará obligada, con arreglo a los principios generales comunes a las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea, a reparar todo daño ocasionado por ella misma o su personal en el ejercicio de sus funciones, en la medida en que pueda imputárseles.

4. El apartado 3 también se aplicará a cualquier daño causado por los Fiscales Europeos Delegados en el desempeño de su labor.

5. El Tribunal de Justicia será competente para conocer de los conflictos en materia de indemnización por daños mencionados en el apartado 3.

6. Los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea competentes para conocer de los conflictos relacionados con la responsabilidad contractual de la Fiscalía Europea a que se refiere el presente artículo se determinarán por referencia al Reglamento (UE) n.o 1215/2012 del Parlamento Europeo y del

[30] Decisión 2013/488/UE del Consejo, de 23 de septiembre de 2013, sobre las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la UE (DO L 274 de 15.10.2013, p. 1).

Consejo[31].

7. La responsabilidad personal de los empleados de la Fiscalía Europea ante la misma se regirá por las disposiciones aplicables establecidas en el Estatuto de los funcionarios y en el Régimen aplicable a los otros agentes.

Artículo 114. Normas administrativas y documentos de programación

El Colegio, a propuesta del Fiscal General Europeo, adoptará, en particular:

a) cada año, el documento de programación que contenga la programación anual y plurianual de la Fiscalía Europea;

b) una estrategia de lucha contra el fraude que sea proporcional a los riesgos de fraude y tenga en cuenta la rentabilidad de las medidas que deban aplicarse;

c) normas relativas a las condiciones de empleo, los criterios de desempeño, la insuficiencia profesional, y los derechos y obligaciones de los Fiscales Europeos Delegados, entre ellas normas sobre la prevención y la gestión de los conflictos de intereses;

d) normas detalladas en cuanto a la aplicación del Reglamento (CE) n.o 1049/2001 en el marco de las actividades de la Fiscalía Europea;

e) las normas complementarias a que hace referencia el artículo 24, apartado 8, del Reglamento (CE) n.o 45/2001.

Artículo 115. Ejercicio de la delegación

1. Se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados en las condiciones establecidas en el presente artículo.

2. Los poderes para adoptar actos delegados indicados en el artículo 49, apartado 3, se confieren a la Comisión por un período indeterminado a partir del 20 de noviembre de 2017.

3. La delegación de poderes a que se refiere el artículo 49, apartado 3, podrá ser revocada en todo momento por el Parlamento Europeo o por el Consejo. La decisión de revocación pondrá término a la delegación de los poderes que en ella se especifiquen. La decisión surtirá efecto al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea o en una fecha posterior indicada en ella. No afectará a la validez de los actos delegados que ya estén en vigor.

4. Antes de la adopción de un acto delegado, la Comisión consultará a los expertos designados por cada Estado miembro de conformidad con los principios establecidos en el Acuerdo Interinstitucional de 13 de abril de 2016 sobre la mejora de la legislación.

[31] Reglamento (UE) n.o 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20.12.2012, p. 1).

5. Tan pronto como la Comisión adopte un acto delegado lo notificará simultáneamente al Parlamento Europeo y al Consejo.

6. Los actos delegados adoptados en virtud del artículo 49, apartado 3, entrarán en vigor únicamente si, en un plazo de dos meses desde su notificación al Parlamento Europeo y al Consejo, ni el Parlamento Europeo ni el Consejo formulan objeciones o si, antes del vencimiento de dicho plazo, tanto el uno como el otro informan a la Comisión de que no las formularán. Dicho plazo podrá prorrogarse dos meses a iniciativa del Parlamento Europeo o del Consejo.

Artículo 116. Procedimiento de urgencia

1. Los actos delegados adoptados de conformidad con el presente artículo entrarán en vigor inmediatamente y serán aplicables en tanto no se formule ninguna objeción con arreglo al apartado 2. En la notificación de un acto delegado al Parlamento Europeo y al Consejo se expondrán los motivos por los cuales se ha aplicado el procedimiento de urgencia.

2. Tanto el Parlamento Europeo como el Consejo podrán formular objeciones a un acto delegado de conformidad con el procedimiento a que se refiere el artículo 115, apartado 6. En tal caso, la Comisión derogará el acto inmediatamente tras la notificación de la decisión del Parlamento Europeo o del Consejo de formular objeciones.

Artículo 117. Notificaciones

Cada Estado miembro designará las autoridades competentes a efectos de la aplicación del presente Reglamento. Las autoridades designadas, así como toda modificación posterior de las mismas, se notificarán simultáneamente al Fiscal General Europeo, al Consejo y a la Comisión. Los Estados miembros notificarán asimismo a la Fiscalía Europea una lista exhaustiva de las disposiciones nacionales sustantivas de Derecho penal que se aplican a los delitos definidos en la Directiva (UE) 2017/1371 y demás legislación nacional pertinente. La Fiscalía Europea se asegurará de que se haga pública la información recibida a través de estas listas. Además, los Estados miembros que, de conformidad con el artículo 30, apartado 3, tengan intención limitar la aplicación del artículo 30, apartado 1, letras e) y f), a delitos graves específicos notificarán a la Fiscalía Europea una lista de dichos delitos.

Artículo 118. Revisión de las disposiciones relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales por parte de la Fiscalía Europea

En el contexto de la adaptación del Reglamento (CE) n.o 45/2001, de conformidad con el artículo 2, apartado 3, y el artículo 98 del Reglamento (UE) 2016/679, la Comisión reexaminará las disposiciones relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales por parte de la Fiscalía Europea establecidas por el presente Reglamento. Si procede, la Comisión presentará una propuesta legislativa para modificar o derogar las citadas disposiciones.

Artículo 119. Cláusula de revisión

1. A más tardar cinco años después de la fecha que fijará la Comisión en virtud del artículo 120, apartado 2, y posteriormente cada cinco años, la Comisión encargará una evaluación y presentará un informe de evaluación sobre la ejecución y el impacto del presente Reglamento, así como sobre la eficacia y eficiencia de la Fiscalía Europea y de sus prácticas de trabajo. La Comisión presentará el informe de evaluación, acompañado de sus conclusiones, al Parlamento Europeo y al Consejo así como a los Parlamentos nacionales. Las conclusiones de la evaluación se harán públicas.

2. La Comisión presentará propuestas legislativas al Parlamento Europeo y al Consejo si concluye que es necesario disponer de normas adicionales o más detalladas acerca de la creación de la Fiscalía Europea, sus funciones o el procedimiento aplicable a sus actividades, incluidas las investigaciones transfronterizas.

Artículo 120. Entrada en vigor

1. El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

2. La Fiscalía Europea ejercerá su competencia respecto de todo delito que le competa y se haya cometido después de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento.

La Fiscalía Europea asumirá las funciones de investigación y ejercicio de la acción penal que le otorga el presente Reglamento a partir de una fecha que se determinará mediante una decisión de la Comisión sobre una propuesta del Fiscal General Europeo una vez que se cree la Fiscalía Europea. La decisión de la Comisión se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea.

La fecha que deberá fijar la Comisión no será anterior a tres años después de la entrada en vigor del presente Reglamento.

Para los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada en virtud de una decisión adoptada de conformidad con el artículo 331, apartado 1, párrafos segundo o tercero, del TFUE, el presente Reglamento será aplicable a partir de la fecha indicada en la decisión en cuestión.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con los Tratados.

Hecho en Luxemburgo, el 12 de octubre de 2017.

Por el Consejo

El Presidente

U. REINSALU

2. España

Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

El Estado español garantiza el derecho de igualdad de trato y no discriminación para todas las ciudadanas y ciudadanos con discapacidad. El artículo 14 de la Constitución Española así lo establece al proclamar la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos y ciudadanas, a quienes, entre otros, les reconoce, en su artículo 23, el derecho a la participación directa en los asuntos públicos, y en su artículo 125, el derecho a participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado.

El 3 de mayo de 2008 entró en vigor en España la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que recoge el derecho de igualdad, en su artículo 5; el derecho a la igualdad ante la ley en su artículo 12; el derecho de acceso a la justicia, incluido el ajuste de los procedimientos para facilitar su desempeño de las funciones efectivas como participantes directos e indirectos, en su artículo 13; y el derecho de participación en asuntos públicos, en su artículo 29.

Este tratado internacional tiene el propósito declarado de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, de acuerdo a lo establecido en su artículo 1. Para ello, garantizar la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con discapacidad se convierte en un elemento esencial para cumplir con los compromisos adquiridos internacionalmente por España.

Sin embargo, la actual Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, limita y restringe el derecho de participación de las personas con discapacidad y no reconoce su igualdad. Esta situación vulnera derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, e incumple lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En coherencia con lo manifestado, y dado que la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad establece, entre otras obligaciones para los Estados miembros, la de asegurar que estas personas tengan acceso a la Justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluido el ajuste de los procedimientos para facilitar su desempeño en las funciones efectivas como participantes directos e indirectos, es lo que justifica el llevar a cabo esta reforma.

Son los artículos 2 y 9 de la Convención los que definen los principios de comunicación y accesibilidad de las personas con discapacidad. La aplicación de estos principios en el ámbito de la Justicia implica la supresión de aquellas barreras que interactúan con las deficiencias de las personas impidiendo su participación plena.

Un ámbito especialmente significativo dentro de la Justicia es el que se refiere a la participación que garantiza el artículo 125 de la Constitución española de 1978 en la institución del jurado. La regulación de este derecho se efectuó en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, alguno de cuyos planteamientos requiere una revisión a la luz de los mencionados principios de la Convención de Naciones Unidas.

En concreto, dentro de los requisitos para ser jurado, el artículo 8 de la Ley Orgánica se refiere en su número 5 a la ausencia de impedimento físico, psíquico o sensorial. Una declaración cuya ausencia de matices no da cabida a los apoyos que la sociedad debe prestar a las personas con discapacidad para garantizar su efectiva y plena participación en la vida civil y que han de ser acogidos en dicho precepto.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

Se modifica la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en los siguientes términos:

Uno. El apartado 5 del artículo 8 queda con la siguiente redacción:

> «5. Contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función de jurado. Las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndoseles proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido.»

Dos. Se modifica la redacción del numeral 1 del artículo 12, que queda con la siguiente redacción:

> «1. Los mayores de sesenta y cinco años y las personas con discapacidad.»

Tres. El artículo 20 pasa a tener la siguiente redacción:

> «**Artículo 20. Devolución del cuestionario**.
>
> Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del cuestionario, los candidatos a jurados designados lo devolverán al Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado, por correo con franqueo oficial, debidamente cumplimentado, haciendo constar, en su caso, aquellas circunstancias personales asociadas a situaciones de discapacidad que

pudieran presentar y que fueran relevantes para el ejercicio regular de esta función; asimismo acompañarán las justificaciones documentales que estimen oportunas y concretarán la solicitud de los medios de apoyo y ajustes razonables que necesiten para desempeñar su función.»

Cuatro. Se añade una nueva disposición adicional tercera, con la siguiente redacción:

«**Disposición adicional tercera. Provisión de los medios de apoyo.**

Las Administraciones Públicas competentes proveerán los medios de apoyo necesarios en los Tribunales de Justicia para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a ser jurado.»

Disposición final primera. Título competencial.

Esta ley orgánica se dicta al amparo de la competencia del Estado atribuida en el artículo 149.1.5.ª de la Constitución.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

La presente ley orgánica entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 13 de diciembre de 2017.

FELIPE R.

El Presidente del Gobierno,

MARIANO RAJOY BREY

3. Colombia[1]

Ley 1850, de 19 de julio de 2017, por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamillar por abandono y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Decreta:

Artículo 1°. Créese un artículo nuevo de la Ley 1315 de 2009, del siguiente tenor:

Artículo 17A. Los centros de protección social de día, así como las instituciones de atención deberán acoger a los adultos mayores afectados por casos de violencia intrafamiliar como medida de protección y prevención.

Artículo 2°. Adiciónense los siguientes numerales al artículo 28 de la Ley 1251 de 2008, sobre las funciones del Consejo Nacional del Adulto Mayor:

11. Asesorar la formulación y evaluar el funcionamiento de los planes y programas de protección y lucha contra la violencia que se ejerza a los adultos mayores.

12. Promover la creación de redes de apoyo con el in de asegurar los vínculos, la compañía y el apoyo del núcleo familiar del adulto y así evitar la institucionalización y la penalización. Ya que es necesario involucrar de manera directa a la familia quien es la encargada de suplir la satisfacción de necesidades biológicas y afectivas de los individuos; responde por el desarrollo integral de sus miembros y por la inserción de estos en la cultura, la transmisión de valores para que se comporten como la sociedad espera de ellos. De ahí que la pertenencia a una familia constituye la matriz de identidad individual.

13. Promover la formulación de políticas para dar a conocer las obligaciones alimentarias de la familia para con las personas de la tercera edad, conformando grupos de enlace con el Ministerio de Salud y Protección Social, las Secretarías de Desarrollo Social y las Comisarías de Familia.

14. Elaborar un informe anual sobre la aplicación de las funciones del Consejo Nacional de Adulto Mayor especiicando acciones y retos en cada departamento.

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 229. Violencia intrafamiliar. El que maltrate física o sicoló- gicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

[1] Esta sección ha sido posible gracias al Prof. Botero Bernal, a quien agradecemos su amable colaboración.

> La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona mayor de sesenta (60) años o que se encuentre en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión.
>
> Parágrafo. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo.

Artículo 4°. Modifíquese el artículo 230 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

> Artículo 230. Maltrato mediante restricción a la libertad física. El que mediante fuerza restrinja la libertad de locomoción a otra persona mayor de edad perteneciente a su grupo familiar o puesta bajo su cuidado, o en menor de edad sobre el cual no se ejerza patria potestad, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y en multa de uno punto treinta y tres (1.33) a veinticuatro (24) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.
>
> Parágrafo. Para efectos de lo establecido en el presente artículo se entenderá que el grupo familiar comprende los cónyuges o compañeros permanentes; el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar; los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica, las personas que no siendo miembros del núcleo familiar, sean encargados del cuidado de uno o varios miembros de una familia. La ainidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre.

Artículo 5°. Adiciónese el siguiente artículo a la Ley 599 de 2000:

> Artículo 229A. Maltrato por descuido, negligencia o abandono en persona mayor de 60 años. El que someta a condición de abandono y descuido a persona mayor, con 60 años de edad o más, genere afectación en sus necesidades de higiene, vestuario, alimentación y salud, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y en multa de 1 a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> Parágrafo. El abandono de la persona mayor por parte de la institución a la que le corresponde su cuidado por haberlo asumido, será causal de la cancelación de los permisos o conceptos favorables de funcionamiento y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 6°. Atención inmediata. El Gobierno nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social implementará una ruta de atención inmediata y determinará los medios de comunicación correspondientes frente a maltratos contra el adulto mayor, tanto en ambientes familiares como en los centros de protección especial y demás instituciones encargadas del cuidado y protección de los adultos mayores.

Artículo 7°. Adiciónanse en el artículo 6°, numeral 1, dentro de los deberes del Estado deinidos en la Ley 1251 de 2008, los siguientes literales:

> p) Introducir el concepto de educación en la sociedad fomentando el autocuidado, la participación y la productividad en todas las edades para vivir, envejecer y tener una vejez digna;

q) Elaborar políticas y proyectos especíicos orientados al empoderamiento del adulto mayor para la toma de decisiones relacionadas con su calidad de vida y su participación activa dentro del entorno económico y social donde vive;

r) Diseñar estrategias para promover o estimular condiciones y estilos de vida que contrarresten los efectos y la discriminación acerca del envejecimiento y la vejez;

s) Generar acciones para que los programas actuales de gerontología que se adelantan en las instituciones se den con un enfoque integral dirigido a todas las edades;

t) Promover la creación de redes familiares, municipales y departamentales buscando el fortalecimiento y la participación activa de los adultos mayores en su entorno. Con el in de permitir a los Adultos Mayores y sus familias fortalecer vínculos afectivos, comunitarios y sociales;

u) Promover la Asociación para la defensa de los programas y derechos de la Tercera Edad;

v) Desarrollar actividades tendientes a mejorar las condiciones de vida y mitigar las condiciones de vulnerabilidad de los adultos mayores que están aislados o marginados.

Artículo 8°. Inclúyase en el artículo 7° de la Ley 1251 de 2008 (Objetivos de la Política Nacional de Envejecimiento Vejez), el siguiente numeral:

10. Incluir medidas con el in de capacitar a los cuidadores informales que hay en los hogares para atender a sus familiares adultos mayores que se encuentren con enfermedades crónicas o enfermedad mental.

Artículo 9°. Adiciónase un artículo 34A a la Ley 1251 de 2008, el cual quedará así:

Artículo 34A. Derecho a los alimentos. Las personas adultas mayores tienen derecho a los alimentos y demás medios para su mantenimiento físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social. Serán proporcionados por quienes se encuentran obligados de acuerdo con la ley y su capacidad económica.

Los alimentos comprenden lo imprescindible para la nutrición, habitación, vestuario, ailiación al sistema general de seguridad social en salud, recreación y cultura, participación y, en general, todo lo que es necesario para el soporte emocional y la vida autónoma y digna de las personas adultas mayores.

En virtud de lo anterior, corresponderá a los Comisarios de Familia respecto de las personas adultas mayores, en caso de no lograr la conciliación, ijar cuota provisional de alimentos.

Cumplido este procedimiento el Comisario de Familia deberá remitir el expediente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que presente en nombre del adulto mayor la demanda de alimentos ante el Juez competente.

Artículo 10. Responsables del cubrimiento de la asistencia alimentaria de adultos mayores en condición de abandono, descuido o violencia intrafamiliar. El hecho de que el Estado, a través de los servicios públicos establecidos para la atención de los adultos mayores en condiciones de descuido, abandono o víctimas de violencia intrafamiliar, brinde asistencia alimentaria a estas personas, no exime de responsabilidad penal y civil

a quienes, según las leyes colombianas, están obligados a brindar la asistencia alimentaria que los adultos mayores requieren.

Artículo 11. Obligaciones económicas derivadas de la prestación de asistencia profesional y alimentaria. Cuando el Estado preste servicios públicos que impliquen una asistencia alimentaria a adultos mayores que han sido objeto de abandono, descuido y/o violencia intrafamiliar, y esto conlleve la generación de un gasto a cargo del presupuesto público en cualquiera de sus niveles nacional, o territorial, o de sus entidades descentralizadas, contra quienes tengan a su cargo según las normas civiles la obligación de brindar asistencia alimentaria, se impondrá a su titularidad la obligación de retribuir económicamente hasta en un 100%, los costos que se generen por concepto de asistencia alimentaria, y por las demás acciones que se hayan adelantado por el Estado en procura de brindar calidad de vida a los adultos mayores. Las entidades públicas liquidarán estas obligaciones mediante actuación administrativa que iniciará con la identiicación y localización de los titulares de la obligación de brindar asistencia alimentaria, al igual que les comunicará adecuadamente la obligación que les asiste para garantizar el derecho de defensa, e igualmente terminará esta actuación, mediante celebración de contrato de transacción o acto administrativo que genere a favor de la entidad pública la obligación dineraria a cargo del responsable de la obligación o exonere de la obligación al presunto responsable de la asistencia alimentaria. Las entidades públicas que tengan a favor acto administrativo debidamente ejecutoriado o hayan celebrado contrato de transacción, mediante el cual se reconozca a su favor la obligación de ser pagada una suma de dinero por concepto de la suplencia en el cumplimiento de asistencia alimentaria, podrá en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, realizar un procedimiento administrativo de cobro coactivo para lograr el recaudo de las sumas de dinero, las cuales al ingresar al tesoro de la entidad o de la Nación, serán prioritariamente destinadas al inanciamiento de programas de inversión pública para brindar asistencia a población de la tercera edad.

Artículo 12. Programa de asistencia a personas de la tercera edad. En los municipios, distritos y departamentos, de acuerdo con su tradición y cultura, se podrá inanciar la creación, construcción, dotación y operación de Granjas para Adultos Mayores, para brindar en condiciones dignas, albergue, alimentación, recreación y todo el cuidado que los usuarios requieran. Para este propósito se podrán destinar recursos del gasto social presupuestado para la atención de personas vulnerables.

Parágrafo 1°. Para una adecuada operación de las Granjas para Adultos Mayores, durante los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Agencia Nacional de Tierras y el Consejo Superior de uso de Suelo, el Instituto del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena) y el Ministerio de Salud y Protección Social, generarán los lineamientos técnicos necesarios para la adecuada entrada en funcionamiento de las Granjas para Adultos Mayores.

Parágrafo 2°. Las unidades municipales de asistencia técnica agropecuaria podrán incorporar en sus planes de asistencia técnica y planes operativos, el acompañamiento y

asistencia permanente a los proyectos desarrollados que en materia agrícola, pecuaria, silvícola y ambiental se desarrollen en las Granjas para Adultos Mayores.

Artículo 13. Inmuebles destinados a la operación de las Granjas para Adultos Mayores. Las entidades del orden nacional y departamental, en armonía con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 1551 de 2012, podrán ceder inmuebles a las entidades territoriales para la puesta en funcionamiento y operación de las Granjas para Adultos Mayores.

Parágrafo 1°. La Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (DIAN), podrá ceder a título gratuito para la creación y el funcionamiento de las Granjas para Adultos Mayores, los bienes muebles e inmuebles de su propiedad que haya recibido a cualquier título para la cancelación de algún tipo de obligación tributaria. Igualmente, esta entidad podrá destinar los muebles o la mercancía retenida a cualquier título en el desarrollo de sus competencias administrativas, para el funcionamiento, la dotación y equipamiento de las Granjas para Adultos Mayores

Parágrafo 2°. La Fiscalía General de la Nación y el Gobierno nacional podrán ceder a título gratuito con destino a la creación y el funcionamiento de las Granjas para Adultos Mayores, los bienes muebles e inmuebles de su propiedad que haya obtenido derivado de procesos de extinción de dominio o de procesos de similar naturaleza. Parágrafo 3°. Para poder ser cedido a título gratuito un bien mueble o inmueble de propiedad de una entidad pública a una entidad territorial, esta última deberá realizar una solicitud por escrito a la entidad titular del derecho de propiedad o posesión del bien, en la cual exponga claramente su necesidad de adquirir el bien para la operación de una Granja para Adultos Mayores, igualmente acreditará con certiicación del responsable del Banco de Programas y Proyectos de la entidad, la existencia de un proyecto viabilizado para el montaje y operación de la granja, y también se certiicará por el representante legal de la entidad solicitante, el cumplimiento o factibilidad de ser cumplidos al momento de la entrada en operación, de los lineamientos técnicos deinidos por las entidades indicadas en el parágrafo 1° del artículo 9° de la presente ley.

Artículo 14. Redes de apoyo comunitario a las personas de la tercera edad. El Estado, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social y las Secretarías Municipales de Desarrollo Social, o quienes hagan sus veces, con la participación de las Personerías, la Defensoría del Pueblo, las IPS-S y la Policía Nacional, impulsarán la creación de Redes Sociales de Apoyo Comunitario a las personas de la tercera edad, con el in de generar y operar canales de comunicación que brinden la posibilidad de activar alertas tempranas y efectivas para la atención oportuna, ante la ocurrencia de eventos de abandono, descuido, violencia intrafamiliar y hechos similares que pongan en riesgo la integridad física o moral de algún adulto mayor.

Artículo 15. Modifíquese el artículo 3° de la Ley 1276 de 2009, a través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001. El cual quedará así:

> Artículo 3°. Modifícase el artículo 1° de Ley 687 de 2001, el cual quedará así: Autorízase a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales para emitir una estampilla, la cual se llamará Estampilla para el bienestar del Adulto Mayor, como

recurso de obligatorio recaudo para contribuir a la construcción, instalación, adecuación, dotación, funcionamiento y desarrollo de programas de prevención y promoción de los Centros de Bienestar del Anciano y Centros de Vida para la Tercera Edad, en cada una de sus respectivas entidades territoriales. El producto de dichos recursos se destinará, como mínimo, en un 70% para la inanciación de los Centros Vida, de acuerdo con las deiniciones de la presente ley; y el 30% restante, a la dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano, sin perjuicio de los recursos adicionales que puedan gestionarse a través del sector privado y la cooperación internacional.

Parágrafo. El recaudo de la estampilla será invertido por la Gobernación, Alcaldía o Distrito en los Centros de Bienestar del Anciano y Centros Vida de su Jurisdicción, en proporción directa al número de Adultos Mayores de los niveles I y II del Sisbén, los adultos mayores en condición de vulnerabilidad y en situación de indigencia o pobreza extrema que se atiendan en estas instituciones.

Artículo 16. Modifícase el artículo 8° de la Ley 1276 de 2009. A través del cual se modiica el artículo 5° de la Ley 687 de 2001, el cual quedará así:

Artículo 8°. Modifícase el artículo 5° de la Ley 687 de 2001, el cual quedará así: Responsabilidad. El Gobernador o el Alcalde municipal o Distrital será el responsable de sus recursos recaudados por la estampilla en el desarrollo de los programas que se deriven de su inversión en la respectiva jurisdicción, dando cumplimiento a lo relacionado en su plan de desarrollo para el grupo poblacional al que se reiere la presente ley, y delegará en la dependencia competente, la ejecución de los proyectos que componen los Centros Vida, Centros de Bienestar del Anciano y Granjas para adulto mayor, creando todos los sistemas de información que permitan un seguimiento completo de la gestión realizada por estos.

Parágrafo. La ejecución de los recursos en los departamentos, distritos y municipios se podrá realizar a través de convenios con entidades reconocidas para el manejo de los Centros Vida, Centros de Bienestar del Anciano y Granjas para adulto mayor, no obstante, estos deberán prever dentro de su estructura administrativa la unidad encargada de su seguimiento y control como estrategia de una política pública orientada a mejorar las condiciones de vida de las personas de tercera edad.

Artículo 17. Adiciónese un literal al artículo 7° de la Ley 1276 de 2009, el cual quedará así:

h) Granja para adulto mayor: Conjunto de proyectos e infraestructura física de naturaleza campestre, técnica y operativa, que hace parte de los Centros de Bienestar del Anciano; orientada a brindar en condiciones dignas, albergue, alimentación, recreación y todo el cuidado requerido para los Adultos Mayores, que las integren.

Estos centros de naturaleza campestre, deberán contar con asistencia permanente y técnica para el desarrollo de proyectos en materia agrícola, pecuaria, silvícola y ambiental.

Artículo 18. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 19 de julio de 2017.

Ley 1864, de 17 de agosto de 2917, mediante la cual se modifica la ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Decreta:

Artículo 1. Modifíquese el artículo 386 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, el cual quedará así:

> Artículo 386. Perturbación de certamen democrático. El que por medio de maniobra engañosa perturbe o impida votación pública relacionada con los mecanismos de participación democrática, o el escrutinio de la misma, o la realización de un cabildo abierto, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> La pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años cuando la conducta se realice por medio de violencia.
>
> La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.

Artículo 2. Modifíquese el artículo 387 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, el cual quedará así:

> Artículo 387. Constreñimiento al sufragante. El que amenace o presione por cualquier medio a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, con el fin de obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, voto en blanco, o por los mismos medios le impida el libre ejercicio del derecho al sufragio, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> En igual pena incurrirá quien por los mismos medios pretenda obtener en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, apoyo o votación en determinado sentido, o impida el libre ejercicio del derecho al sufragio.
>
> La pena se aumentará de la mitad al doble cuando la conducta sea realizada por servidor público, cuando haya subordinación o cuando se condicione el otorgamiento o acceso a beneficios otorgados con ocasión de programas sociales o de cualquier otro orden de naturaleza gubernamental.

Artículo 3. Modifíquese el artículo 388 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, el cual quedará así:

> Artículo 388. Fraude al sufragante. El que mediante maniobra engañosa obtenga que un ciudadano o un extranjero habilitado por la ley, vote por determinado candidato, partido o corriente política o lo haga en blanco, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> En igual pena incurrirá quien por el mismo medio obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.

La pena se aumentará de la mitad al doble cuando la conducta este mediada por amenazas de pérdidas de servicios públicos estatales o beneficios otorgados con ocasión de la ejecución de programas sociales o culturales o de cualquier otro orden, de naturaleza estatal o gubernamental.

Artículo 4. Modifíquese el artículo 389 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, el cual quedará así:

Artículo 389. Fraude en inscripción de cédulas. El que por cualquier medio indebido logre que personas habilitadas para votar inscriban documento o cédula de ciudadanía en una localidad, municipio o distrito diferente a aquel donde hayan nacido o residan, con el propósito de obtener ventaja en elección popular, plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En igual pena incurrirá quien inscriba su documento o cédula de ciudadanía en localidad, municipio o distrito diferente a aquel donde haya nacido o resida, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para terceros.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.

Artículo 5. Adiciónese el artículo 389A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 389A. Elección ilícita de candidatos. El que sea elegido para un cargo de elección popular estando inhabilitado para desempeñarlo por decisión judicial, disciplinaria o fiscal incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de doscientos (200) a ochocientos (800) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 6. Modifíquese el artículo 390 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, el cual quedará así:

Artículo 390. Corrupción de sufragante. El que celebre contrato, condicione su perfección o prórroga, prometa, pague o entregue dinero, dádiva u ofrezca beneficio particular o en favor de un tercero a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley con el propósito de sufragar por un determinado candidato, partido o corriente política, o para que lo haga en blanco o se abstenga de hacerlo, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En igual pena incurrirá quien por los mismos medios obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido.

En igual pena incurrirá el sufragante que acepte la promesa, el dinero, la dádiva, el contrato, o beneficio particular con los fines señalados en el inciso primero.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.

La pena se aumentará de la mitad al doble cuando en la promesa, pago o entrega de dinero, beneficios o dádivas medien recursos públicos.

Artículo 7. Adiciónese el artículo 390A a la Ley 599 de 2000, Código Penal, el cual quedará así:

> Artículo 390A. Tráfico de votos. El que ofrezca los votos de un grupo de ciudadanos a cambio de dinero o dádiva con la finalidad de que dichos ciudadanos consignen su voto en favor de determinado candidato, partido o corriente política, voten en blanco, se abstengan de hacerlo o lo hagan en determinado sentido en un plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria de mandato incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 8. Modifíquese el artículo 391 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, el cual quedará así:

> Artículo 391. Voto fraudulento. El que suplante a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o vote más de una vez, o sin derecho consigne voto en una elección, plebiscito, referendo, consulta popular, o revocatoria del mandato, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 9. Modifíquese el artículo 392 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, el cual quedará así:

> Artículo 392. Favorecimiento de voto fraudulento. El servidor público que permita suplantar a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o votar más de una vez o hacerlo sin derecho, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el doble de la pena de prisión impuesta.

Artículo 10. Modifíquese el artículo 393 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, el cual quedará así:

> Artículo 393. Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación. El servidor público que no haga entrega oportuna a la autoridad competente de documentos electorales, sellos de urna o de arca triclave, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta.

Artículo 11. Modifíquese el artículo 394 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, el cual quedará así:

> Artículo 394. Alteración de resultados electorales. El que por medio distinto de los señalados en los artículos precedentes altere el resultado de una votación o introduzca documentos o tarjetones indebidamente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor, y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.

Artículo 12. Modifíquese el artículo 395 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, el cual quedará así:

> Artículo 395. Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula. El que haga desaparecer posea o retenga cédula de ciudadanía ajena o cualquier otro documento necesario para el ejercicio del derecho de sufragio, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor, y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 13. Modifíquese el artículo 396 de la Ley 599 del 2000, Código Penal, el cual quedará así:

> Artículo 396. Denegación de inscripción. El servidor público a quien legalmente corresponda la inscripción de candidato o lista de candidatos para elecciones populares que no cumpla con esta función o la dilate o entorpezca, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el doble de la pena de prisión impuesta.
>
> En igual pena incurrirá quien realice las conductas anteriores cuando se trate de plebiscito, referendo, consulta popular y revocatoria del mandato.
>
> La misma pena se impondrá al que por cualquier medio impida u obstaculice la inscripción a que se refieren los incisos anteriores.

Artículo 14. Adiciónese el artículo 396A al Título XIV (Delitos contra mecanismos de participación democrática) de la Ley 599 de 2000, así:

> Artículo 396A. Financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas. El gerente de la campaña electoral que permita en ella la consecución de bienes provenientes de fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas electorales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.
>
> En la misma pena incurrirá el respectivo candidato cuando se trate de cargos uninominales y listas de voto preferente que realice la conducta descrita en el inciso anterior.
>
> En la misma pena incurrirá el candidato de lista de voto no preferente que intervenga en la consecución de bienes provenientes de dichas fuentes para la financiación de su campaña electoral.
>
> En la misma pena incurrirá el que aporte recursos provenientes de fuentes prohibidas por la ley a campaña electoral.

Artículo 15. Adiciónese el artículo 396B al Título XIV (Delitos contra mecanismos de participación democrática) de la Ley 599 de 2000, así:

> Artículo 396B. Violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales. El que administre los recursos de la campaña electoral que exceda los topes o límites de gastos establecidos por la autoridad electoral, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa correspondiente al mismo valor de lo excedido e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

Artículo 16. Adiciónese el artículo 396C al Título XIV (Delitos contra mecanismos de participación democrática) de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

> Artículo 396C. Omisión de información del aportante. El que no informe de sus aportes realizados a las campañas electorales conforme a los términos establecidos en la ley, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 17. Política criminal electoral. El Ministerio de Justicia y del Derecho en coordinación con la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Nacional Electoral o quien haga sus veces, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Educación Nacional, la Sección Quinta del Consejo de Estado y la Policía Nacional definirán en un término no mayor a un (1) año la política criminal electoral, a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

Esta política debe considerar mecanismos educativos, pedagógicos y de prevención con el fin de generar respeto y conciencia frente a la importancia del voto y los demás mecanismos de participación.

Parágrafo Transitorio. El Ministerio de Justicia y del Derecho enviará un informe trimestral al Congreso de la República en el que se presenten los avances en la definición de la política criminal electoral.

Artículo 18. Del seguimiento a la ley. Confórmese la Comisión de Seguimiento a los Delitos Electorales la cual deberá sesionar mínimo una vez cada seis meses con el fin de evaluar, proponer y modificar la política criminal electoral descrita en el artículo anterior.

La Comisión será conformada por:

1. El Fiscal General de la Nación o su delegado.
2. El Ministro de Justicia y del Derecho o su delegado.
3. El Procurador General de la Nación o su delegado.
4. El presidente de la Sección Quinta del Consejo de Estado o su delegado.
5. El Defensor del Pueblo o su delegado.
6. El Registrador Nacional del Estado Civil.
7. El Director General de la Policía Nacional.
8. Tres integrantes del Senado de la República de la Comisión Primera.
9. Tres integrantes de la Cámara de Representantes de la Comisión Primera.

Parágrafo. La Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional cuatro (4) meses antes del día de las elecciones presentarán ante la Comisión de Seguimiento el plan de atención, seguimiento y prevención de la criminalidad electoral.

Artículo 19. Educación sobre delitos electorales. En atención a lo previsto en la Ley 1029 de 2006 y en el marco de la enseñanza de la Constitución Política y de la democracia, se incluirá la explicación y socialización de las conductas tipificadas como

delitos contra mecanismos de participación democrática, la reflexión y el diálogo sobre la cultura democrática para prevenir las conductas delictivas en esta materia.

Artículo 20. El Gobierno nacional garantizará que tres (3) meses antes y hasta que termine el certamen electoral, se darán a conocer por los medios masivos de comunicación las sanciones aplicables a la violación del sistema electoral colombiano.

Artículo 21. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 17 de agosto de 2017.

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP (co)organiza actualmente o ha (co)organizado los siguientes congresos, cursos o conferencias:

(i) Seminarios de docencia e investigación DPE-ULE

El pasado **20 de noviembre de 2017** tuvo lugar la conferencia "**Bases para un Derecho Constitucional Penal**" del **Prof. Dr. Dr. h. c. mult. José F. Palomino Manchego**, socio de la FICP y Profesor ordinario de Derecho Constitucional y Derecho Penal de la Univ. Nacional Mayor de San Marcos, la Univ. San Martín de Porres y la Univ. Inca Garcilaso de la Vega (Perú). Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.

(ii) Jornadas sobre responsabilidad jurídica

Los pasados **23 y 27 de noviembre de 2017** se celebraron las **Jornadas sobre responsabilidad jurídic**a, vinculadas con el Seminario Permanente de Responsabilidad Jurídica (Actividad Formativa del Programa de Doctorado "Responsabilidad jurídica: estudio multidisciplinar" de la Univ. de León). Evento organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Sala de Juntas y Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)[1]

(i) Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig, con motivo de su 70.º aniversario el 5 de diciembre

Los pasados **14 y 15 de diciembre de 2017** se celebraron las "**Jornadas Internacionales en honor del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig"***, Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Barcelona y Presidente de Honor de la FICP, con motivo de su 70.º aniversario el 5 de diciembre, en las que se hizo entrega al homenajeado del primer ejemplar del Libro Homenaje "Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig" de parte de sus discípulos, colegas y amigos (v. *infra* en Publicaciones).

El evento, organizado por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona, estuvo dirigido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Silva Sánchez*, el Prof. Dr. Queralt Jiménez*, socios de la FICP, y la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo*, patrona de la FICP, todos ellos discípulos del homenajeado. Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona.

En dicho acto se le entregó al Prof. Mir Puig no sólo el indicado Libro Homenaje, sino que además el Prof. Silva le hizo entrega de un primer ejemplar, dedicado por el editor Prof. Dr. Jürgen Wolter*, de un singular libro homenaje alemán: el nº especial 12 (dic.) de 2017 de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht con el nombre: Festgabe für S. Mir Puig zu seinem 70. Geburtstag (Obra Homenaje a S. Mir Puig por su 70.º aniversario), que constituye la primera Festgabe que se dedica en Alemania a un penalista de fuera del mundo germánico, y en cuya obra se contienen, por parte alemana, la *laudatio* a cargo del Prof. Wolter y artículos de los Profs. C. Roxin*, B. Schünemann* y W. Frisch (los tres primeros socios de honor de la FICP) y por parte española artículos de los Profs. Luzón*, de Vicente Remesal*, Díaz y García Conlledo*, presidentes y patrono, y Silva Sánchez* y R. Robles Planas*, socios de la FICP.

Entre los ponentes y moderadores que intervinieron también en las jornadas se cuentan numerosos miembros de la FICP: entre ellos, su otro Presidente de Honor, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*, que pronunció la conferencia de cierre, nuestros patronos los Profs. A. Sanz Morán*, E. Peñaranda Ramos* y V. Gómez

[1] Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

Martín*, y nuestros socios los Profs. L. Arroyo Zapatero*, C. Martínez-Buján*, S. Cardenal Montraveta*, C. Bolea*, J.C. Hortal* y S. Fernández Bautista*. Y participaron además en las jornadas muchos otros miembros de la FICP, entre otros, el presidente Prof. de Vicente Remesal*, los patronos Profs. Agustín Jorge Barreiro*, Miguel Díaz*, J. M. Paredes*, y socios como Andrea Castaldo*, Luigi Foffani*, L. Morillas*, J.C. Carbonell*, J.L. González Cussac*, E. Demetrio*, M. L. Cuerda Arnau*, Silvina Bacigalupo*, P. Sánchez-Ostiz*, M.A. Boldova*, M.ª A. Rueda Martín*, A. Doval*, M. A. Jareño*, F. Miró Llinares*, R. Robles Planas*, J. Dopico*, J.I. Gallego Soler*, J. L. Modolell*, Dulce Santana*, Carlos Mir Puig*, José-Zamyr Vega*, Carmen Pérez-Sauquillo*, coordinadora de la FICP, Lina M. Cardona*, D. Carpio*, I. Coca*.

En el Libro Homenaje han escrito otros múltiples miembros de la FICP además de los ya citados: los socios de honor Profs. Roxin*, Schünemann*, Wolter*, Muñoz Conde* y Zaffaroni*, y los socios J. de Figueiredo Días*, Kai Ambos*, Ignacio Berdugo*, Patricia Faraldo*, Luis Gracia*, Javier Fernández Teruelo*, Mª Luisa Maqueda*, Ricardo Mata y Martín*, Moisés Moreno*, Carlos Pérez del Valle*, Ramon Ragués* o Esteban Sola*.

En este enlace puede accederse al vídeo de la jornada del día 15 de diciembre, que incluye la conferencia "Culpabilidad y libertad" del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña, la *laudatio* pronunciada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Vives Antón y la clausura con la entrega del Libro Homenaje al Prof. Mir. Y en nuestra página web www.ficp.es, en la sección de Noticias de los patronos, puede consultarse el programa.

A continuación se muestra una selección de fotos del evento, que serán publicadas en su totalidad en el álbum correspondiente de nuestra Galería.

A la dcha.: mesa redonda compuesta por los Profs. Dres. Martínez-Buján*, Cardenal Montraveta* (moderador), ambos socios de la FICP, y por los Profs. Dres. Sanz Morán* y Peñaranda Ramos*, patronos de la FICP. A la dcha, arriba: el Prof. Dr. Gómez Martín*, patrono de la FICP, modera la ponencia y debate de la primera sesión. Abajo: la Prof. Dra. Bolea Bardon* (socia de la FICP) modera la ponencia del Prof. Dr. Sergio Moccia.

El Prof. Dr. Hortal Ibarra* (segundo contando desde la izq.), socio de la FICP, modera la mesa compuesta por los Profs. Dres. de la Cuesta Arzamendi, Díez Ripollés y Arroyo Zapatero*, socio de la FICP.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña*, Presidente de honor de la FICP, durante su ponencia, moderado por la Prof. Dra. Fernández Bautista*, socia de la FICP.

Arriba: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Vives Antón durante la *laudatio*, presentado por la

Prof. Dra. Ujala Joshi Jubert. Abajo: de izq. a dcha., D.ª Julita Campos Barroso, la Prof. Dra. Francesca Puigpelat Martí, los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Mir Puig* y Luzón Peña* y el Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*.

Los directores de las jornadas, los Profs. Dres. Silva Sánchez* (izq.), Queralt Jiménez* (centro) y Corcoy Bidasolo* (dcha.) presentan el Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig.

Los directores de las jornadas hacen entrega del Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig*, que pronuncia su discurso de agradecimiento.

Arriba: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig* durante su discurso de agradecimiento. Abajo: clausura de las jornadas por el Vicerrector de Organización y Personal de Administración y Servicios de la Univ. de Barcelona, el Prof. Dr. Rafael Martínez, presentado por el Decano de la Facultad de Derecho, el Prof. Dr. Xavier Pons Ràfols.

Imágenes de los asistentes a las Jornadas

(ii) Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Guanajuato, México

El pasado 13 de noviembre de 2017, el P**rof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin***, socio de honor de la FICP, fue investido **Doctor *honoris causa* por la Univ. de Guanajuato, México**. Según informa la universidad, el nombramiento es consecuencia del reconocimiento unánime por parte del Honorable Consejo General Universitario de las aportaciones del Prof. Roxin a la ciencia jurídico-penal, a los sistemas penales de distintos países, y, en consecuencia, de su contribución a humanidad. La *lectio*

doctoralis del Prof. Roxin versó sobre la "Complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz".

Puede obtenerse más información y fotos en la noticia ofrecida en la página web de la Univ. de Guanajuato (aquí).

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin (tercero contado desde la izq.) durante su investidura.

(iii) Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Palomino Manchego como Prof. Honorario de la Universidad Privada Antenor Orrego

Con fecha de **11 de octubre de 2017**, el **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José F. Palomino Manchego***, socio de la FICP y Profesor ordinario de Derecho Constitucional y Derecho Penal de la Univ. Nacional Mayor de San Marcos, la Univ. San Martín de Porres y la Univ. Inca Garcilaso de la Vega (Perú), ha sido nombrado **Profesor Honorario de la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO)**.

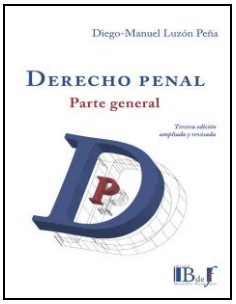
El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego (segundo desde la izq.) durante su

nombramiento como Prof. Honorario. Arriba a la dcha., imagen del diploma acreditativo del nombramiento.

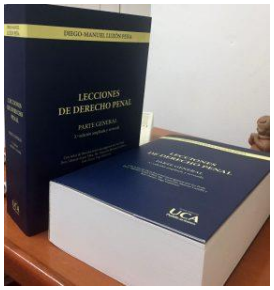
2. Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP

(i) Patronos (con asterisco los patronos):

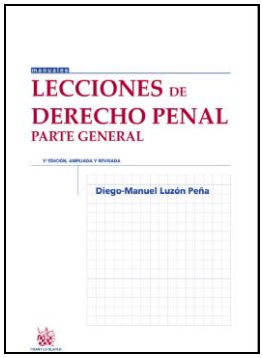
- Vicente Remesal, Javier de*/García Mosquera, Marta, Comercialización de vieiras contaminadas: algunos aspectos esenciales del fraude alimentario, Revista Penal, México, 8, 2015, pp. 193-213.
- Vicente Remesal, Javier de*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, Revista de Derecho, Perú, 10, 2016, pp. 49-78.
- Vicente Remesal, Javier de*, Fines de la pena e inhabilitación profesional: su relevancia para la inhabilitación profesional médica, en: Loureiro, J./Dias Pereira, A./Barbosa, C. (coords.), Dereito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Volume 3. Segurança do paciente e consentimiento informado, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 95-133.
- Vicente Remesal, Javier de*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional, Actualidad Penal, Perú, 31, 2017, pp. 97-123.
- Vicente Remesal, Javier de*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, Revista Penal, 39, 2017, pp. 50-65.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2016.



- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, con notas de Derecho penal nicaragüense por los Profs. Dres. Manuel Aráuz Ulloa*, M.ª Asunción Moreno Castillo* y José-Zamyr Vega Gutiérrez, Managua, UCA Publicaciones, 2017.

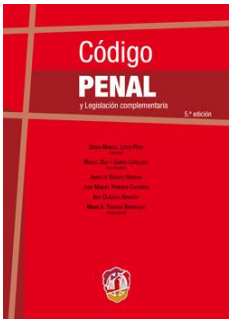


- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Libertad y culpabilidad, Publicaciones de la Universidad José Carlos Mariátegui. Arequipa, Perú, Edics. Pangea, 2016.

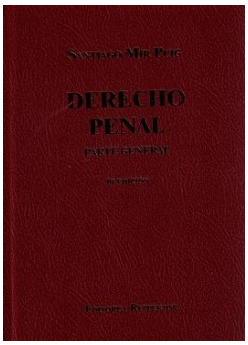
- Luzón Peña, Diego-Manuel* (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/ Trapero Barreales, María A.* (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 5.ª ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid. Madrid, Reus, 2017.



- Luzón Peña, Diego-M.*, Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, Libertas, 6, 2017, pp. 145-272.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Lemas (voces) de Teoría general del delito (todas salvo codelincuencia, iter criminis y concurso). En total 210 voces o lemas extensos, y además 570 voces de remisión, en: Diccionario del Español Jurídico (dir. S. Muñoz Machado), Madrid, Real Academia Española/Consejo General Poder Judicial, 2016.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Gleichwertigkeit der Unterlassung mit der Begehung: Schaffung oder Erhöhung der Gefahr durch die Unterlassung. Eine Skizze, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016-5: Nº especial: Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, pp. 275-283.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Libertad, culpabilidad y neurociencias, AdC: Anatomia do Crime 3, 2016; Univ. de Lisboa, pp. 57-86.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, Libertas, 4, 2016 (wwww.ficp.es), pp. 95-116.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo (versión con precisiones), Actualidad Penal 27 2016, Lima, Inst, Pacífico, pp. 133-159.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante, en: Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo, Madrid, Ed. Univ. Ramón Areces, 2016, pp. 243-262.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades, en: Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en Homenaje al Prof. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Madrid, Serv. Publicacs. Fac. Derecho Univ. Complut. Madrid, 2016, pp. 669-682.
- Luzón Peña, Diego-M.*, en: Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (nº extraord. de diciembre: versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5): Equivalencia de la omisión a la comisión: creación o aumento del peligro por la omisión misma en la comisión por omisión. Un esbozo, pp. 83-94; y traducción junto con Miguel Díaz del artículo inicial de J. Wolter, Claus Roxin y Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), pp. 10-16.
- Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Roso Cañadillas, Raquel* (coord.), Derecho penal en casos. Parte general: estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch,

2018.

- Mir Puig, Santiago*, Derecho Penal, Parte General, con la colaboración de Gómez Martín, Víctor*/Valiente Iváñez, Vicente, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2016.



- Silva Sánchez, Jesús María/Queralt Jiménez, Joan Josep/Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Castiñeira Palou, M.ª Teresa (coords.), Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires, B de f, 2017. Entre los autores de los artículos se encuentran numerosos patronos y socios de la FICP (véase el índice).

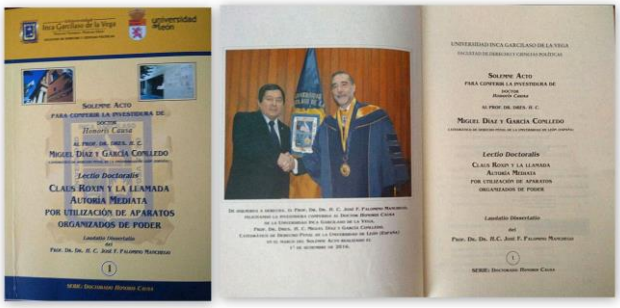
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Mir Puig, Santiago* (dirs.), Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina/Cardenal Montraveta, Sergi/Gallego Soler, J.I./Gómez Martín, Víctor*/Santana Vega, Dulce/Fernández Bautista, Silvia/Carpio Briz, David/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho

Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Gómez Martín, Víctor* (dirs.), Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016. Entre los autores se encuentran, además de los directores, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig* y algunos socios de la FICP.

- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Claus Roxin y la llamada autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, Cercado de Lima, Univ. Inca Garcilaso de la Vega, 2017.



- Díaz y García Conlledo, Miguel (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (diciembre): versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5. Con una presentación del director de Libertas, Prof. Díaz y García Conlledo, y artículos de J. Wolter*, K. Ambos*/E. Malarino, M. Cancio Meliá, M. Díaz y García Conlledo, L. Greco*,

C. Jäger, D.-M. Luzón Peña, G. Pérez Barberá, R. Robles Planas*, I. Roxin, H. Schöch, B. Schünemann*, J.M. Silva Sánchez* y M. Zöller.

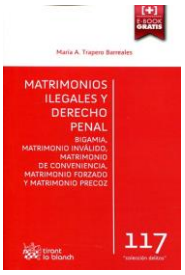
- Díaz y García Conlledo, Miguel* (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 6, 2017 (julio).

- Durán Seco, Isabel*, El maltrato y el abandono de animales desde el punto de vista del derecho penal (LO 1/2015, de 30 de marzo), La Ley Penal, 123, 2016.

- Cuerda Arnau, Mª Luisa/García Amado, Juan Antonio* (dirs.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 88, 2017 (accesible aquí).

- Trapero Barreales, María A., Matrimonios ilegales y Derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Acale Sánchez, María*, La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.

- Alpaca Pérez, Alfredo*, El delito de defraudación tributaria como delito previo del delito de lavado de activos en la legislación penal peruana, Libertas, 6, 2017, pp. 9-52.

- Álvarez García, Francisco Javier* (dir), Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli/ Ventura Püschel, Arturo (Coords.), Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. T.IV: Delitos contra la Constitución, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Álvarez García, Francisco Javier*, Código Penal y Ley Penal del Menor, 24.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Agustina Sanllehí, José Ramón*, Derecho, sanción y justicia penal, Buenos Aires/Montevideo, B de f, 2017.
- Bajo Fernández, Miguel*/ Feijóo Sánchez, Bernardo*/ Gómez-Jara Díez, Carlos, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Basilico, Ricardo Ángel*, Inspecciones judiciales sobre personas. ADN y sistema procesal penal argentino, Libertas, 6, 2017, pp. 53-71.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio***,** Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. T.VI: Derecho penitenciario, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Boix Reig, Javier*, Derecho penal. Parte Especial. Vol I: La protección penal de los intereses jurídicos personales, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina*/Cardenal Montraveta, Sergi*/Gallego Soler, J.I.*/Gómez Martín, Víctor/Santana Vega, Dulce*/Fernández Bautista, Silvia*/Carpio Briz, David*/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/ Díaz Morgado, C. (coord.)/Mir Puig, S./Bolea Bardon, C.* /Gallego Soler, J.I.*/Santana Vega, Dulce M.ª*/Joshi Ubert, U./Hortal Ibarra, J.C.*/Fernández Bautista, S.*/Carpio Briz, D.*/ Vera Sánchez, J.S./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Cuerda Arnau, Mª Luisa*/ García Amado, Juan Antonio (dirs.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Delgado Gil, Andrés*, Delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.
- Demetrio Crespo, Eduardo*/ González-Cuéllar Serrano, N. (Dirs.), Halcones y palomas, corrupción y delincuencia económica, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2016.

- Demetrio Crespo, Eduardo*, Prevención general e individualización judicial de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Díaz y García Conlledo, Miguel (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (diciembre): versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5. Con una presentación del director de Libertas, Prof. Díaz y García Conlledo, y artículos de J. Wolter*, K. Ambos*/E. Malarino, M. Cancio Meliá, M. Díaz y García Conlledo, L. Greco*, C. Jäger, D.-M. Luzón Peña, G. Pérez Barberá, R. Robles Planas*, I. Roxin, H. Schöch, B. Schünemann*, J.M. Silva Sánchez* y M. Zöller.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso del hurto hiperagravado por multireincidencia, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Sentencia Caso Atutxa, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso stalking o delito de acoso del artículo 172 ter CP/2015, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Messi. Delito defraudación tributaria, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- de Elía, Carlos M./Olivera Zapiola, Diego*, Codigo Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, 8.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Rodamillans, 2017.

- Estrada Cuadras, Albert*, Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales, Atelier, 2016.
- Faraldo Cabana, Patricia*, Los delitos leves, causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, Orden socioeconómico y delito, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, El delito corporativo en el Código Penal español, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Fernández Bermejo, Daniel*, Derecho penitenciario, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.

- Fernández Bermejo, Daniel*/ Cámara Arroyo, Sergio*, La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario, Aranzadi, 2016.
- Fernández Teruelo, Javier G.*, La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: algunos apuntes relativos a la naturaleza jurídica del modelo (autorresponsabilidad versus heterorresponsabilidad), Libertas, 6, 2017, pp. 72-96.
- García Mosquera, Marta*/Vicente Remesal, Javier de, Comercialización de vieiras contaminadas: algunos aspectos esenciales del fraude alimentario, Revista Penal, México, 8, 2015, pp. 193-213.
- García Mosquera, Marta*, Juicios rápidos y conformidad: la posible vulneración de los derechos fundamentales, Revista Penal, 40, 2017, pp. 97-110.
- González Cussac, José L.*, Derecho penal. Parte Especial, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Greco, Luís*, Dolo sin voluntad, Nuevo Foro Penal, 88, 2017, pp. 10-38.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, Culpabilidad y Pena, 2.ª ed. amp. y act., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, Aspectos actuales de los delitos de estafa en el código penal chileno, Libertas, 6, 2017, pp. 112-144.
- Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel (coord.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/ Trapero Barreales, María A. (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 5ª ed. Con la colaboración de: Roso, Barber, Jericó, Durán, Fuente*, Pavía, García Mosquera*, Martínez Cantón, García Sobrado*, Rodríguez Vázquez*, Vega*, Francés*, Escobar*, Pérez-Sauquillo*, Torres Cadavid*. Madrid, Reus, 2017.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, con notas de Derecho penal nicaragüense por los Profs. Dres. Manuel Aráuz Ulloa, M.ª Asunción Moreno Castillo y José-Zamyr Vega Gutiérrez*, Managua, UCA Publicaciones, 2017.
- Maqueda Abreu, María Luisa*/ Laurenzo Copello, Patricia*, El Derecho penal en casos, Parte General, Teoría y práctica, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Martínez Arrieta, Andrés*/ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, El recurso de casación y de revisión penal, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho Penal económico y de la empresa: Parte General, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, El delito de administración desleal de patrimonio ajeno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

- Mata y Martín, Ricardo M.*, Fundamentos del sistema penitenciario, Madrid, Editorial Tecnos, 2016.
- Modolell González, Juan Luis*, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal, Libertas, 6, 2017, pp. 273-287.
- Monge Fernández, Antonia*, El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis CP), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Morillas Cueva, Lorenzo* (dir.), Sistema de Derecho penal. Parte Especial, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, S.L., 2016.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, Sistema de Derecho Penal. Parte General, 3.ª ed., Madrid, Dykinson S.L., 2016.
- Muñoz García, Miguel Ángel*, Las instituciones del riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso en el Derecho penal financiero y el lavado de activos, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2016.
- Muñoz Ruiz, Josefa*, Las circunstancias atenuantes muy cualificadas, Pamplona, Aranzadi, 2016.
- Núñez Paz, Miguel Ángel*, Discusión histórica vigente en torno al "no hacer" desvalorado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Pereira Garmendía, Mario*, Responsabilidad por los delitos atroces, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Pérez del Valle, Carlos*, Lecciones de Derecho penal, Madrid, Dykinson, S.L., 2016.
- Portilla Contreras, Guillermo*/Pérez Cepeda, Ana* (dirs.), Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal, Salamanca, Ratio Legis, 2016.
- Portilla Contreras, Guillermo*, Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia, Nuevo Foro Penal, 88, 2017, pp. 113-149.
- Rafols Pérez, Ignacio Javier*, Consecuencias accesorias: la nueva regulación sustantiva y procesal del decomiso tras las reformas introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y la Ley 41/2015, en: Rasillo López (dir.), Últimas reformas penales (2016), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pp. 5-49.
- Rafols Pérez, Ignacio Javier*, Cuestiones sobre determinación de la pena tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, en: Rasillo López (dir.), Últimas reformas penales (2016), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pp. 95-106.

- Roca Agapito, Luis*, Las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rodríguez Ferrández, Samuel*, La evaluación de las normas penales, Madrid, Dykinson, 2017.
- Rodríguez Horcajo, Daniel*, Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- Roig Torres, Margarita*, La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Roig Torres, Margarita*, Una aproximación al concepto de «corrupción». Las recientes leyes de reforma del código penal alemán sobre la materia, Libertas, 6, 2017, pp. 288-345.
- Roldán Barbero, Horacio*, Introducción a la investigación criminológica, 3.ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Roldán Barbero, Horacio*, Manual de Derecho penal, Parte general. (Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho +ADE), 2ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Rubio Lara, Pedro Ángel*, Manual teórico-práctico de la teoría jurídica del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rubio Lara, Pedro Ángel*, Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rusconi, Maximiliano*, El origen constitucional de la imputación penal, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Silva Sánchez, Jesús María*/Queralt Jiménez, Joan Josep*/Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Castiñeira Palou, M.ª Teresa (coords.), Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires, B de f, 2017. Entre los autores de los artículos se encuentran numerosos patronos y socios de la FICP (véase el índice).

- Silva Sánchez, Jesús María*, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2.ª ed., Madrid, Editorial B de f, 2016.
- Varela, Lorena*, Dolo y Error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva, Barcelona, José María Bosch Editor, 2016.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

- 24 de octubre de 2017. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña*, Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y Presidente de Honor de la FICP, "Culpabilidad y libertad". Evento organizado por la Univ. de Vigo y la FICP. Presidió la jornada la Prof. Dra. Almudena Bergareche Gros, Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Univ. de Vigo, y presentó al ponente el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*, Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Vigo y Presidente de la FICP.
- Con motivo de las "Xornadas de internacionalización 2017" celebradas en la Univ. de Vigo, el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*, Catedrático de Derecho penal de dicha universidad y Presidente de la FICP, presentó las dos siguientes ponencias:
  - 26 de octubre de 2017. Ponencia de D. Manuel S. Varela, Abogado de Lewis Baach Kaufmann Middlemiss PLLC, Washington, sobre "El océano en un salto: la exportación del sistema jurídico norteamericano a España".
  - 14 de noviembre de 2017. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José F. Palomino Manchego, socio de la FICP y Profesor ordinario de Derecho Constitucional y Derecho Penal de la Univ. Nacional Mayor de San Marcos, la Univ. San Martín de Porres y la Univ. Inca Garcilaso de la Vega (Perú), sobre "Bases para un Derecho constitucional penal".

Izq.: el Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal (centro) durante la exposición del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego (izq.), acompañados por la Prof. Dra. García Mosquera. Dcha.: los Profs. Dres. Dres. h.c. Palomino Manchego y de Vicente Remesal.

- 16-17 de noviembre de 2017. Participación del Excmo. Sr. Maza Martín* (†) en la XXV Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) celebrada en Buenos Aires, que reunió a procuradores, fiscales generales y equipos técnicos de 19 países. Durante la reunión se designó al Ministerio Público del Reino de España a cargo de la Secretaría General de la AIAMP, en tanto que la Procuraduría General de México quedó a cargo del Instituto Iberoamericano de Ministerios Públicos (IIMP).

Imagen de los procuradores y fiscales generales de Iberoamérica que se dieron cita en Buenos Aires. En la última fila, segundo desde la izq. el Excmo. Sr. Maza Martín*.

El Excmo. Sr. Maza Martín* durante la reunión de la AIAMP.

- 21 de noviembre de 2017. Mesa redonda en "Defensa de la Constitución en el Estado de Derecho", dirigida por el Prof. Dr. Juan Antonio García Amado* y con la participación, entre otros, del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*. Facultad de Derecho de la Univ. León, España.
- 14-15 de diciembre de 2017. Con motivo de la celebración de las Jornadas Internacionales en honor del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig por su 70.º aniversario, dirigidas por los Profs. Dres. Silva Sánchez, Queralt Jiménez

(socios) y Corcoy Bidasolo* (patrona FICP), y organizadas por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de los patronos de la FICP:

– Moderación por el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín*, patrono de la FICP, de la ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Enrique Gimbernat sobre "El comportamiento alternativo adecuado a derecho".

– Participación de los Profs. Dres. Enrique Peñaranda Ramos* y Ángel Sanz Morán*, patronos de la FICP, en la mesa redonda sobre "El estado actual de la teoría del delito".

– Ponencia de cierre del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña* (presidente de honor de la FICP) sobre "Culpabilidad y libertad".

b) Socios (con asterisco los socios)

- 26-27 de octubre de 2017. Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego*, socio de la FICP, en el Congresso Internacional de Ciências Militares, sobre "Os desafios das ciências militares na sociedade contemporânea". Organizado por el Instituto Brasileiro de Estudio e Pesquisa de Direito Militar (INBRADIM). Auditorio do COPM-Belo Horizonte/MG.

- 14 de noviembre de 2017. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego*, socio de la FICP, sobre "Bases para un Derecho Constitucional Penal", presentada por el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal, Catedrádito de Derecho penal de la Univ. de Vigo y Presidente de la FICP. Xornadas de internacionalización 2017, 25 de octubre de 2017-1 de diciembre de 2017. Organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Univ. de Vigo. Campus universitario, 36310, Vigo.

Izq.: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego* junto al Prof. Dr. Dr. h.c. de

Vicente Remesal. Dcha.: de dcha. a izq., las Profs. Dras. Torres Cadavid*, García Mosquera* (socias de la FICP), el Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego* y la Prof. Vázquez Iglesias.

- 20 de noviembre de 2017. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego*, socio de la FICP, sobre "Bases para un Derecho Constitucional Penal". Seminario de Docencia e Investigación DPE-ULE, organizado por el Área de Derecho de la Univ. de León y la FICP. Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, España.

- 14-15 de diciembre de 2017. Con motivo de la pasada celebración de las Jornadas Internacionales en honor del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig, organizadas por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona (dirs.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Silva Sánchez*, Prof. Dr. Queralt Jiménez*, ambos socios de la FICP, y la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo, patrona de la FICP), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de los socios de la FICP:

  – Participación del Prof. Dr. Carlos Martínez Buján* en la mesa redonda sobre "El estado actual de la teoría del delito", moderada por el Prof. Dr. Sergi Cardenal Montraveta.

  – Moderación por la Prof. Dra. Carolina Bolea Bardon* de la ponencia del Prof. Dr. Sergio Moccia sobre "Reflexiones sobre la crisis de la legalidad en la crisis del sistema penal".

  – Moderación por el Prof. Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra* de la mesa redonda sobre "El estado de la política criminal", en la que intervino asimismo el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero*.

  – Moderación por la Prof. Dra. Silvia Fernández Bautista* de la ponencia del del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña sobre "Culpabilidad y libertad".

- 18 de diciembre de 2017. Presentación del libro "Dolo y Error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva" (Editorial JM Bosch) de la Dra. Lorena Varela*. Lugar: Edificio Histórico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes, Argentina).

  La presentación de la obra se encontró a cargo del Dr. Ramón Luis González, Catedrático de Derecho penal de la Facultad de Derecho, evento del cual también participó la actual Decana de la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad, la Dra. Verónica Torres de Breard, así como también la Coordinadora de las actividades, la Dra. Lara Leguizamón, profesora de Derecho penal de la misma Facultad.

  Finalizada la presentación, la Dra. Lorena Varela dictó un Seminario de Derecho Penal intitulado "Hacia una imputación auténticamente subjetiva del dolo".

De izq. a dcha.: los Profs. Dres. Luis Ramón González, Verónica Torres de Breard y Lorena Varela* durante la presentación del libro y posterior seminario.

De izq. a dcha.: los Profs. Dres. Verónica Torres de Breard, Lara Leguizamón, Luis Ramón González y Lorena Varela*

(ii) Organización de seminarios y congresos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

- **Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE**

  20 de noviembre de 2017. Conferencia "Bases para un Derecho Constitucional Penal" del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. José F. Palomino Manchego, socio de la FICP y Profesor ordinario de Derecho Constitucional y Derecho Penal de la Univ. Nacional Mayor de San Marcos, la Univ. San Martín de Porres y la Univ. Inca Garcilaso de la Vega (Perú). Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo*). Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.

- **Jornadas sobre responsabilidad jurídica**

  23 y 27 de noviembre de 2017. Jornadas sobre responsabilidad jurídica, vinculadas con el Seminario Permanente de Responsabilidad Jurídica (Actividad Formativa del Programa de Doctorado "Responsabilidad jurídica: estudio multidisciplinar" de la Univ. de León). Evento organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de León y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo*). Lugar: Sala de Juntas y Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.

- **Seminario Internacional sobre "Cumplimientos normativos y responsabilidad de las personas jurídicas"**

  7 y 8 de noviembre de 2017. Evento organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona y el TransJus. Dirs. académicos: Profs. Dres. Joan J. Queralt Jiménez, Víctor Gómez Martín*, Mirentxu Corcoy Bidasolo* y Silvia Fernández Bautista. Salón de Grados, Facultad de Derecho. Puede descargarse el programa en nuestra página web en la sección de Noticias de las ciencias penales.

- **Jornadas Internacionales en honor del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig, con motivo de su 70.º aniversario el 5 de diciembre**

  14 y 15 de diciembre de 2017. Con entrega al homenajeado del primer ejemplar del Libro Homenaje de parte de sus discípulos, colegas y amigos. Evento organizado por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona (dirs.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Silva Sánchez, Prof. Dr. Queralt Jiménez, ambos socios de la FICP, y la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo*, patrona de la FICP). Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona, Barcelona.

  El programa de las jornadas, fotos y vídeos de las jornadas, en las que participaron numerosos miembros de la FICP, se encuentra disponible en nuestra página web en la sección de Noticias de los patronos. Vid. asimismo la información publicada *supra*, en la sección de Noticias de los miembros de la FICP/Distinciones, galardones (pp. 449-453).

b) Socios (con asterisco los socios)

- **Jornadas sobre Derecho penal y Política criminal. Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cobo del Rosal**

  18 de octubre de 2017. Evento organizado por el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, la Facultad de Derecho y el Departamento de

Derecho penal de la Univ. de Granada. Directores: el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Director del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología y socio de la FICP, y los Profs. Dres. Miguel Olmedo Cardenete, Decano de la Facultad de Derecho de la Univ. de Granada, y Jesús Martínez Ruiz, Director del Departamento de Derecho Penal de la Univ. de Granada. Lugar de celebración: Sala de Conferencias de la Facultad de Derecho, Univ. de Granada. Puede descargarse el programa en nuestra página web en la sección de Noticias de las ciencias penales.

- **Seminario Internacional sobre "Cumplimientos normativos y responsabilidad de las personas jurídicas"**

  7 y 8 de noviembre de 2017. Evento organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona y el TransJus. Dirs. académicos: Profs. Dres. Joan J. Queralt Jiménez*, Víctor Gómez Martín, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Silvia Fernández Bautista* (que es, además coordinadora del evento). Salón de Grados, Facultad de Derecho. Puede descargarse el programa en nuestra página web en la sección de Noticias de las ciencias penales.

- **Jornadas Internacionales en honor del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig, con motivo de su 70.º aniversario el 5 de diciembre**

  14 y 15 de diciembre de 2017. Con entrega al homenajeado del primer ejemplar del Libro Homenaje de parte de sus discípulos, colegas y amigos. Evento organizado por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona (dirs.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Silva Sánchez, Prof. Dr. Queralt Jiménez, ambos socios de la FICP, y la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo*, patrona de la FICP). Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona, Barcelona.

  El programa de las jornadas, fotos y vídeos de las jornadas, en las que participaron numerosos miembros de la FICP, se encuentra disponible en nuestra página web en la sección de Noticias de los patronos. Vid. asimismo la información publicada *supra*, en la sección de Noticias de los miembros de la FICP/Distinciones, galardones (pp. 449-453).