



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología
San Sebastián, N.º 28 - 2014

Acoso moral por razón de género: protocolos universitarios

- **Cristina Faraldo.** Universidad da Coruña 7
- **María Acale.** Universidad de Cádiz 27
- **Nieves Sanz y Ana Hava.** Universidad de Salamanca 47

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

- **Vanessa Franssen.** El caso belga 63
- **Axel-Dirk Blumenberg.** Los casos danés y holandés 101
- **Maiténa Poelemans.** El caso francés 113
- **Nuno Brandão y Solange Jesus.** El caso portugués 125
- **Mircea Damaschin y Mirela Gorunescu.** El caso rumano 145

III Encuentro en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain

- **Enrique Echeburua.** Modulación emocional de la memoria: de las vivencias traumáticas a los recuerdos biográficos 169
- **Ignacio José Subijana.** Víctimas, Memoria y Justicia 177
- **Gema Varona.** El concepto de memoria desde la Victimología 183
- **Josemari Alemán Amundarain.** Históricas e ilustradas opiniones ... 201

Miscelánea

- **José Luis de la Cuesta.** Retos victimológicos para la convivencia pacífica en la sociedad vasca actual 217
- **Aintzane Mardaras.** Poliziak modu ezkutuan lortutako DNA laginak: abenduaren 5eko 1999/2013 KAeri buruzko iruzkina 231
- **Norberto J. de la Mata y Desirée Barinas.** La privacidad en el diseño y el diseño de la privacidad, también desde el Derecho Penal 253
- **Marta I. Saloña y otros.** Protocolo de actuación para la recogida y registro de muestras entomológicas en una investigación pericial forense . 275
- **Verónica Arrieta.** Diversos escenarios judiciales y su impacto en la victimización secundaria 287
- **José F. Etxeberria Guridi.** Recensión 321

Nombramiento de Miembro de Honor del IVAC/KREI 325

Memoria del IVAC/KREI 327

EGUZKILORE

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología

N.º 28 - San Sebastián, 2014

EGUZKILORE Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología

Portada: emblema del IVAC-KREI, de Rafael Ruiz Balerdi.

Contraportada: emblema de la UPV/EHU, de Eduardo Chillida.

Consejo Directivo

De la Cuesta Arzamendi, José Luis (Director); Beristain Ipiña, Antonio (Fundador) (†); Etxeberria Gabilondo, Francisco; Mayordomo Rodrigo, Virginia; Muñagorri, Ignacio; Pérez Machío, Ana Isabel; San Juan Guillén, César; Trespaderne Beracieto, Isabel (Secretaria Académica); Maeso Ventureira, Augusto (Secretario Técnico); Germán Mancebo, Isabel (Coordinación).

Consejo de Redacción

Miguel Alonso Belza, Alfonso Aya Onsalo, Robert Cario, Jocelyne Castaignède, Iñaki Dendaluze Segurola, Enrique Echeburúa Odriozola, Carlos Fdz. de Casadevante, Joaquín Giménez García, Reyes Goenaga Olaizola, José María Gondra Rezola, Julio González Abascal, José Guimón Ugartechea, M.^a Ángeles Mtz. de Pancorbo, Ana Messuti, José Luis Munoa, Luis Navajas Ramos, Reynald Ottenhof, Joaquín de Paul Ochotorena, Francisco Javier Quel López, Carlos M.^a Romeo Casabona, Carlos Suárez González, Iñaki Subijana Zunzunegui, Amanda Vega Fuente

Extracto de las normas de publicación para los autores

* Los trabajos que se remitan para su publicación en Eguzkilore, deberán ser inéditos, y no estar pendientes de publicación en otra revista. Serán publicados aquellos que cuenten con una evaluación externa positiva.

* Los trabajos se remitirán en papel por correo postal a la dirección del Instituto Vasco de Criminología o en soporte electrónico (en formato de Microsoft Word o .rtf) a la siguiente dirección: ivac@ehu.es.

* En los trabajos debe constar: título del trabajo, nombre del autor (o autores), dirección, número de teléfono y de fax, situación académica, profesión y nombre de la institución a la que pertenece.

* Deberá incluir un resumen: entre 80 y 120 palabras, así como una lista de palabras clave.

* Los trabajos serán evaluados.

Periodicidad y publicación on line

Los cuadernos de Eguzkilore tienen una periodicidad anual y, tanto los de la primera como los de la segunda época, se encuentran a disposición general en la siguiente dirección de Internet: <http://www.ivac.ehu.es>

Bases de datos

Los trabajos originales publicados en Eguzkilore se recogen de forma sistemática en las bases de datos ISOC (Ciencias Sociales y Humanidades) del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, ILANUD (Instituto Latinoamericano de NN.UU. para la prevención del delito y tratamiento del delincuente), PSICODOC del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, y CRIMINOLOGY, PENOLOGY, AND POLICE SCIENCE ABSTRACTS (Amsterdam).

© Ed. Instituto Vasco de Criminología

Elhuyar Plaza, 2

Tel.: 943 017 484; Fax: 943 017 474

E-mail: ivac-krei@ehu.es

<http://www.ivac.ehu.es>

20018 DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN

I.S.S.N. 0210-9700

D.L. S.S. 368-1999

MICHELENA - artes gráficas, s.l.

Polígono 27 (Martutene)

Astigarraga - Gipuzkoa

ÍNDICE

Acoso moral en la universidad

- **Cristina Faraldo Cabana.** Protocolos de actuación contra el acoso laboral en la Universidad: especial referencia a la Universidad da Coruña .. 7
- **María Acale Sánchez.** Protocolos de actuación contra el acoso laboral en la Universidad: especial referencia a la Universidad de Cádiz 27
- **Nieves Sanz Mulas y Ana Hava Moreno.** Protocolos de actuación contra el acoso laboral en la universidad: especial referencia a la Universidad de Salamanca 47

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

- **Vanessa Franssen.** Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso belga 63
- **Axel-Dirk Blumenberg.** Responsabilidad penal de las personas jurídicas: los casos danés y holandés 101
- **Maiténa Poelemans.** Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso francés 113
- **Nuno Brandão y Solange Jesus.** Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués 125
- **Mircea Damaschin y Mirela Gorunescu.** Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso rumano 145

III Encuentro en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain

- **Enrique Echeburua.** Modulación emocional de la memoria: de las vivencias traumáticas a los recuerdos biográficos 169

• Ignacio José Subijana Zunzunegui. Víctimas, Memoria y Justicia (a propósito de la victimización terrorista)	177
• Gema Varona. El concepto de memoria desde la Victimología: cinco conclusiones provisionales sobre las relaciones entre memoria justicia y políticas victimales en las dinámicas de graves victimizaciones ocultas, directas e indirectas	183
• Josemari Alemán Amundarain. Históricas e ilustradas opiniones	201

Miscelánea

• José Luis de la Cuesta. Retos victimológicos para la convivencia pacífica en la sociedad vasca actual	217
• Aintzane Mardaras Aginako. Poliziak modu ezkutuan lortutako DNA laginak: abenduaren 5eko 1999/2013 KAeri buruzko iruzkina	231
• Norberto J. de la Mata Barranco y Desirée Barinas Ubiñas. La privacidad en el diseño y el diseño de la privacidad, también desde el Derecho Penal	253
• Marta I. Saloña y otros. Protocolo de actuación para la recogida y registro de muestras entomológicas en una investigación pericial forense	275
• Verónica Arrieta. Diversos escenarios judiciales y su impacto en la victimización secundaria	287
• José F. Etxeberria Guridi. Recensión	321
Nombramiento de Miembro de Honor del IVAC/KREI	325
Memoria del IVAC/KREI	327

ACOSO MORAL POR RAZÓN DE GÉNERO: PROTOCOLOS UNIVERSITARIOS*

* Los textos que a continuación se presentan, se enmarcan en el proyecto de investigación que llevaba por título "Detección y análisis de las dimensiones del fenómeno del acoso moral por razón de género en la universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) que fue financiado OSALAN, en la Convocatoria de subvenciones para proyectos de investigación, en materia de prevención de riesgos laborales, por resolución de 23 de noviembre de 2012.

Entre los objetivos del proyecto mencionado, además de una aproximación teórico-empírica de la realidad del acoso moral por razón de género en el ámbito de la UPV/EHU, destacaba especialmente, la relativa al estudio de las respuestas que, desde otras universidades estatales, se ha dado a este fenómeno, incidiendo especialmente en los distintos protocolos y medidas preventivas existentes en el ámbito de la Universidad da Coruña, Cádiz y Salamanca. Con este estudio comparativo, se pretendió abordar la evaluación instrumento que, desde el año 2003, existe en la UPV/EHU, con la finalidad de delimitar su eficacia, y en su caso, de aportar acciones de mejora.

Para el análisis y estudio del resto de protocolos mencionados se optó por la técnica del informe, a través del cuál, nuestros distintos socios/as nos hicieron llegar toda la información relativa a la concreta respuesta con la que, cada una de sus Universidades, lucha contra el presente fenómeno.

Los informes recibidos formaron parte de la memoria que, finalmente fue remitida a la Institución financiadora del proyecto, esto es, OSALAN.

Los textos que ahora publicamos se corresponden con algunos de esos informes, siendo dicho motivo, la razón de la estructura propia de todos ellos.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
7-26

PROCOLOS DE ACTUACIÓN CONTRA EL ACOSO LABORAL EN LA UNIVERSIDAD: ESPECIAL REFERENCIA A LA UNIVERSIDAD DA CORUÑA

Cristina FARALDO CABANA

*Doctora en Derecho
Profesora en la Facultad de Relaciones Laborales
Universidad da Coruña*

Resumen: Este trabajo aborda la regulación del acoso moral y sexual desde la normativa europea hasta el ámbito interno del Ordenamiento jurídico español, haciendo especial referencia al protocolo de actuación existente en el ámbito de la Universidad da Coruña, de aplicación al PDI, PAS y personal contratado.

Laburpena: Ondorengo lanean lan jazarpen moral eta sexualaren inguruko Europar Batasuneko arautegia eta Espainiako Ordenamendu juridikoan dagoen erregulazioa lantzen da. Bereziki, A Coruñaoko Unibertsitateak, errealitate hauei aurre egiteko duen protokoloa aztertu egiten da, hau da, IPP, AZP eta kontrataturiko pertsonen dagokiena.

Résumé : Ce travail porte sur le règlement du harcèlement moral et sexuel tantôt dans la réglementation européenne comme dans le système juridique espagnol. Référence spéciale est faite au protocole d'action existant dans l'Université da Coruña; protocole qui est d'application aux enseignants (PDI), au personnel d'administration et services (PAS) ainsi qu'au personnel embauché.

Summary: The study of the next article is about the European Union and Spanish legislation on moral and sexual harassment. The finally of the work is to exposed the regulation of the University of Coruña thereon, applicable to PDI, PAS and contract staff.

Palabras clave: Acoso laboral, acoso sexual y moral, Universidad da Coruña.

Hitz gakoak: Lan jazarpena, jazarpen moral eta sexuala, Coruñaoko Unibertsitatea.

Mots clés : Harcèlement au travail, harcèlement sexuel et moral, Université de la Corogne.

Keywords: Mobbing, bullying and sexual harassment, University of Coruña.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se desarrolla tiene por objeto analizar la normativa existente en la Universidade da Coruña relativa al acoso moral y sexual, poniéndola en relación con la legislación existente a nivel del Estado, con el fin de determinar su suficiencia o no. Para ello, tras una introducción dedicada a presentar los conceptos de acoso moral, sexual y por razón de sexo y su incidencia según los estudios existentes, se recogen los documentos que hacen referencia a estos fenómenos en la normativa universitaria y, en la medida que el dato es accesible al público, se da noticia de los casos que han dado lugar a la actuación de diversos órganos universitarios, como el defensor universitario. Unas conclusiones permitirán determinar cuál es la valoración que merece esta regulación.

II. NORMATIVA PROPIA DE LA UNIVERSIDADE DA CORUÑA

1. Normativa relativa al acoso moral

a) Introducción

El acoso moral, entendiendo por tal el maltrato continuado y deliberado, verbal o no, que una persona lleva a cabo sobre otra con la intención de amilanarla, someterla o destruirla psicológicamente, es un problema de enorme envergadura en el ámbito laboral, donde se conoce como “*mobbing*”¹, con consecuencias tanto en el ámbito administrativo como en el penal, sin olvidar las relativas a la salud laboral.

Una conducta debe reunir tres características para ser considerada acoso moral. En primer lugar, la existencia de una o más acciones constitutivas de hostigamiento; la duración, en el sentido de que no puede tratarse de una acción puntual o esporádica; y la frecuencia, una o más veces a la semana.

Las consecuencias del acoso moral son múltiples, manifestándose a varios niveles. La erosión de la autoestima y de la confianza en sí mismo de la persona acosada pone en peligro su salud física y mental, siendo frecuentes tanto el absentismo como las bajas por depresión u otras enfermedades derivadas de la tensión sufrida. Se produce un descenso en la productividad del individuo, empeorando su satisfacción laboral. En general el acoso moral redundará negativamente en la organización.

1. Este término se empleó originalmente en la etología, para describir el comportamiento de un grupo (“*mob*”) de animales que hostigan a otro de mayor envergadura por el que se sienten amenazados. El término “*mobbing*” es probablemente el más utilizado para describir el fenómeno. Vid., por ej., LEYMANN, H., “The content and development of mobbing at work”, *European Journal of Work and Organizational Psychology* Vol. 5(2), 1996, pp. 165-184; ZAPF, D./ KNORZ, C./ KULLA, M., “On the relationships between mobbing factors, and job content, social work environment and health outcomes”, *European Journal of Work and Organizational Psychology* Vol. 5(2), 1996, pp. 215-238. Prefiere el término “*emotional abuse*”, KEASHLY, L., “Emotional abuse in the workplace: Conceptual and empirical issues”, *Journal of Emotional Abuse* Vol. 1(1), 1998, pp. 85-117. También se utiliza “*harassment*”. Cfr. BJÖRKQVIST, K./ ÖSTERMAN, K./ HJELT-BÄCK, M., “Aggression among university employees”, *Aggressive Behavior* Vol. 20, 1994, pp. 173-184, o BRODSKY, C. M., *The harassed worker*, Lexington Books, D.C. Heath & Co., Toronto, 1976. También se ha utilizado “*bullying*”. Vid. EINARSEN, S., “The nature and causes of bullying at work”, *International Journal of Manpower* Vol. 20(1/2), 1999, pp. 16-27; RAYNER, C., “The incidence of workplace bullying”, *Journal of Community and Applied Social Psychology* Vol. 7(3), 1997, pp. 199-208.

La incidencia del “*mobbing*” es amplia, si bien los estudios difieren notablemente en los porcentajes. Datos recientes sobre la incidencia del “*mobbing*” revelan que afecta a un 5% de los trabajadores europeos y a un 2,8% de los españoles². De hecho, el sector educativo parece ser uno de los más afectados por el “*mobbing*”, oscilando el porcentaje de afectados entre el 7,8% de la última Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo, el 12% obtenido por DI MARTINO y otros³ y entre el 40 y el 50% de BUENDÍA⁴ y PIÑUEL⁵. Existe un estudio relativo al acoso psicológico en las universidades públicas gallegas, limitado al PAS, en el que se ha encontrado una prevalencia del 8,7%⁶. Por sexo, en la mayoría de los casos las mujeres son victimizadas en un porcentaje superior al de los varones, si bien se discute si los datos obtenidos en las encuestas responden a una realidad objetiva o son consecuencia de una mayor sensibilidad subjetiva frente al acoso⁷.

La Universidade da Coruña dispone de normativa específica sobre el acoso moral. Además, en la normativa relativa a la actuación de ciertos órganos universitarios, como el Defensor universitario, se les atribuyen funciones relativas al tratamiento del acoso moral. A continuación se hará referencia a todo ello.

b) Recomendaciones preventivas frente al acoso psicológico en el trabajo (“*mobbing*”)

La Universidad da Coruña, en adelante UDC, recoge en su página web unas “Recomendaciones preventivas frente al acoso psicológico en el trabajo (“*mobbing*”)", elaboradas por la Sociedad de Prevención de FREMAP. En ellas se adopta la definición de acoso psicológico en el trabajo de H. LEYMANN, pionero en la materia, a quien se cita expresamente: “Estrés de dinámica de las relaciones personales en el trabajo. Una situación en la que una persona o grupo de personas ejerce una violencia extrema, de forma sistemática, al menos una vez a la semana, durante un período de tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo”. Se recogen asimismo algunos comportamientos hostiles descritos también por H. LEYMANN: acciones para reducir la capacidad de la

2. Vid. los datos del *Fourth European Working Conditions Survey*, Luxembourg, 2007, pp. 35 ss, disponible en la página web <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2006/98/en/2/ef0698en.pdf>. Hay que advertir que ya existe una quinta encuesta, pero solo está disponible el sumario ejecutivo, en el que no se ofrecen datos sobre acoso moral.

3. Cfr. DI MARTINO, V./ HOEL, H./ COOPER, C. L., *Preventing violence and harassment in the workplace*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublín, 2003, disponible en la página web <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2002/109/en/1/ef02109en.pdf>.

4. BUENDÍA, J., *El acoso moral en la Universidad de Murcia*, 2003, disponible en la página web <http://yunque.ls.fi.upm.es/seguridad/campus-111103.pdf>.

5. PIÑUEL, I., *Estudio Cisneros IV sobre riesgos psicosociales en la Universidad de Alcalá*, 2004, disponible en la página web <http://www.acosoescolar.com/estudios/CISNEROS-IV.pdf>.

6. LÓPEZ CABARCOS, M. A./ PICÓN PRADO, E./ VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, P., “Estudio del acoso psicológico en la universidad pública de Galicia”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones* Vol. 24(1), 2008, pp. 41-60, disponible en la página web <http://scielo.isciii.es/pdf/rpto/v24n1/v24n1a03.pdf>.

7. Cfr. DI MARTINO, V./ HOEL, H./ COOPER, C. L., *Preventing violence*, cit., pp. 25-26.

víctima de comunicarse adecuadamente con otros, incluyendo la persona que le acosa (por ej., ataques verbales para criticar el trabajo realizado, interrumpir a la víctima continuamente cuando habla), acciones para evitar que la víctima pueda mantener relaciones sociales (por ej., asignarle un puesto de trabajo que la aísla de los demás, no hablar nunca con ella), acciones dirigidas a desacreditar la reputación laboral o personal de la víctima (por ej., hacer circular rumores sobre la víctima, ridiculizarla), acciones que reducen la actividad de la víctima y su empleabilidad mediante la desaprobación profesional (por ej., asignarle tareas totalmente inútiles y absurdas, asignarle tareas muy inferiores a su capacidad o a sus competencias profesionales), y acciones que afectan a la salud física o psíquica de la víctima (por ej., amenazara físicamente, obligarla a realizar trabajos peligrosos o especialmente nocivos para la salud).

El documento distingue los siguientes tipos de acoso psicolaboral:

- Descendente: el que acosa tiene una posición superior de poder.
- Ascendente: el que acosa se encuentra en una posición subordinada respecto de la persona acosada.
- Horizontal: entre compañeros”.

Se señala que en todas las organizaciones es de esperar que surjan conflictos, bien por motivos organizativos, bien debidos a roces en el trato interpersonal. Si no son resueltos satisfactoriamente, pueden hacerse crónicos y dar lugar a situaciones de acoso, en las que una de las partes en conflicto adopta comportamientos acosadores sobre la otra. La empresa puede adoptar una actitud positiva, fomentando el diálogo entre las partes implicadas o aceptando cambios de puestos de trabajo, o bien una posición acomodaticia, aceptando bajas médicas que solo prolongan el conflicto, o incluso el despido de la persona acosada. En ambos casos la persona puede quedar excluida del mundo laboral.

Por último, el documento expone las consecuencias personales (físicas, psíquicas y sociales), para la organización del trabajo (al afectar al rendimiento y el clima social) y para la vida familiar y social, del acoso. Como medidas preventivas a nivel de empresa menciona el facilitar y promover la comunicación y participación de los trabajadores, informar a los trabajadores sobre sus funciones, responsabilidades y tareas, promover unas relaciones interpersonales sanas en todos los niveles de la organización, crear una política y cultura organizativa con normas y valores contra el acoso psicológico que sean conocidas por los trabajadores, todas las intervenciones posibles sobre el acoso psicolaboral, y crear protocolos de actuación frente a posibles situaciones de acoso dentro de la organización.

c) Procedimiento de actuación por violencia psicológica o física en el trabajo

En cumplimiento de estas recomendaciones, el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales ha elaborado un “Procedimiento de actuación por violencia psicológica o física en el trabajo”. Tras el informe previo y positivo del Comité de Seguridad y Salud, fue aprobado por el Consejo de Gobierno de la UDC el 20 de diciembre de 2012. Esta actuación se enmarca en el desarrollo de la Declaración de Principios y Compromisos de la UDC. Su objetivo es establecer obligaciones de

información, prevención, mediación y supresión de todo tipo de conductas de violencia en el trabajo (psicológica o física), así como un protocolo interno, con garantías de imparcialidad y confidencialidad, con el fin de canalizar las quejas y reclamaciones en esta materia, propiciando su resolución en la propia Universidad.

En lo que respecta a la estructura, tras una declaración de principios en la que se contiene el reconocimiento del derecho de toda persona al reconocimiento de su dignidad y el rechazo absoluto a toda forma de violencia psicológica y física en el trabajo, se atribuye al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales la función de asesorar a los trabajadores y a los representantes de los trabajadores en esta materia, teniendo en cuenta que se considera una forma de riesgo laboral. Se crea además una Comisión Institucional de Mediación, Arbitraje y Conciliación (CIMAC), que es el órgano encargado de analizar las quejas o reclamaciones y de establecer las medidas de corrección o las recomendaciones de prevención en los procesos por violencia psicológica o física que se sometan a su estudio. Esta Comisión está formada por representantes de la administración universitaria y de los trabajadores. Deberá elaborar un reglamento interno. No entrará a examinar las quejas o reclamaciones pendientes de resolución en un proceso judicial o en un expediente administrativo. El procedimiento ante la Comisión se suspenderá si se inicia un proceso o expediente de estas características, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas cautelares.

En cuanto a su alcance y ámbito de aplicación, esta normativa se aplica a todo el personal docente e investigador (PDI), personal de administración y servicios (PAS) y personal contratado de proyectos (PCP), incluyendo a quien, siendo miembro de uno de estos colectivos, haya terminado su relación con la UDC debido a una situación de acoso e invoque el protocolo en el plazo de tres meses desde la finalización de la relación. Se prevé que el protocolo se aplique tanto en los centros propios de la UDC como en caso de desplazamiento a empresas ajenas por razones del servicio, así como al personal de otras empresas con actividad laboral en centros de la UDC, en este caso sin que pueda sustituir los procedimientos que estas empresas hayan implantado.

El acoso o violencia psicológica se define como “todo acto, gesto, conducta, declaración o solicitud, realizado en el ámbito laboral de forma reiterada, que pueda considerarse discriminatorio, ofensivo, humillante, intimidatorio, violento o que incluya el insulto, menosprecio, coacción o bien una intrusión en la vida privada, dirigida de forma reiterada y prolongada en el tiempo a una o varias personas, por parte de otra/s que actúen frente a ella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica sino en términos psicológicos). Dentro de esta definición se incluyen las variantes de acoso sexual, acoso ideológico, etc.”. Además, se pone de manifiesto la necesidad de distinguir el acoso o violencia psicológica de lo que se denomina “conflicto interpersonal”, que se define como “aquel en el que dos o más partes creen que lo que quiere una es incompatible con lo que desea la otra o aquellas conductas que se producen desde una relación simétrica y definen un conflicto entre las partes en el ámbito del trabajo, sea de carácter puntual o más permanente”. El protocolo diferencia el acoso o violencia psicológica de otros problemas derivados de la organización del trabajo o de los conflictos de rol por la presencia de una serie de características:

- “– La intención de causar un daño
- La focalización en una o varias personas
- La repetición de hechos
- La frecuencia
- La continuidad en el tiempo”.

También se define la violencia física: “cualquier acto de asalto a cualquier trabajador en circunstancias relacionadas con el trabajo”.

El procedimiento puede iniciarse a instancia de la parte afectada (demandante) o de cualquier miembro de la comunidad universitaria que perciba una situación irregular. La queja habrá de presentarse por escrito ante la CIMAC, con libertad de forma, incluyendo los datos personales, el colectivo de pertenencia, el departamento, unidad o servicio al que está adscrito y su domicilio a efectos de notificaciones. Si la queja se considera infundada, se archiva el expediente. Resulta curioso señalar que en caso de que se perciba dolo, se establece que se podrán aplicar sanciones a la persona que ha presentado la queja infundada, sin que se especifique cuál es la infracción eventualmente cometida. Si la queja se considera fundada, se inicia la investigación. En esta fase inicial se señala que si es necesario adoptar medidas de protección, así hay que hacerlo. No se aclara qué tipo de medidas, durante cuánto tiempo ni quién debe adoptarlas. Se establecen obligaciones de colaboración con la Comisión para todos los implicados (demandante, demandado, superiores jerárquicos, etc.).

En el plazo de 10 días desde la presentación de la queja o reclamación la Comisión debe determinar si procede acudir a la mediación o conciliación, si es necesaria una evaluación psicosocial o si puede acudir directamente al arbitraje.

Se acude a la mediación o conciliación únicamente cuando las partes implicadas lo soliciten expresamente y por escrito. Los acuerdos se recogerán en un acta firmada por los solicitantes y por la persona o personas mediadoras. La mediación finaliza cuando se llegue a un acuerdo, cuando una de las partes solicite que se le ponga fin, continuando el procedimiento de violencia psicológica o física en el trabajo, o cuando el mediador dé por concluido el proceso por considerar que no es previsible alcanzar una solución satisfactoria para las partes.

En caso de ser necesaria una evaluación psicosocial por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, ésta contendrá una propuesta de medidas correctoras.

El arbitraje se inicia cuando se haya recibido la evaluación psicosocial, cuando una de las partes solicite interrumpir la mediación o conciliación, sin ser necesaria la evaluación psicosocial, o cuando se acuerde acudir a él directamente. El arbitraje se comunica como informe de resolución del conflicto a los órganos afectados, que iniciarán su implementación en los términos establecidos en el propio informe. La resolución establece también plazos de ejecución y medidas de seguimiento del conflicto.

Por último, el documento recoge las responsabilidades de la institución, del rector, de los mandos y del personal, así como la composición y régimen de funcionamiento de la CIMAC.

d) III Convenio colectivo de la Universidade da Coruña (PAS)

El III Convenio colectivo del PAS laboral de la Universidade da Coruña (publicado en el BOP de A Coruña de 1 de septiembre de 2009, código del convenio 1503610) incluye entre las faltas disciplinarias muy graves, que pueden ser sancionadas con suspensión de empleo y sueldo de uno a tres meses, suspensión del derecho a concurrir a pruebas selectivas o concursos de ascenso por un período de dos a tres años o despido disciplinario, el acoso laboral declarado en sentencia judicial firme (art. 51 c) 8 y art. 52 c)).

e) Actuaciones de órganos universitarios

Para afrontar las situaciones de acoso moral, la Universidad cuenta también con la figura del Defensor universitario (Valedor universitario). El Defensor está disponible para cualquier consulta o reclamación que presente cualquier miembro de la comunidad universitaria, trátese del personal de administración y servicios, del personal docente e investigador o del alumnado. Su función es velar por los derechos y libertades de todos los miembros de la comunidad universitaria. Actúa a instancia de parte, de oficio, o como mediador o conciliador en aquellos casos en que lo soliciten las partes implicadas. Cualquier miembro de la comunidad universitaria que se dirija a la oficina del Defensor universitario deberá comunicar los datos básicos que permitan su identificación. La oficina del Defensor universitario garantiza la debida reserva y confidencialidad de los asuntos tramitados y, especialmente, de la identidad de quien formalice la solicitud de intervención de este órgano. El Defensor universitario cuenta con un registro propio de carácter reservado.

Las consultas se pueden realizar por teléfono; por escrito, vía correo electrónico o correo postal; y mediante entrevista personal, que podrá concertarse por teléfono o a través del correo electrónico.

Las quejas y reclamaciones pueden presentarse de manera individual o colectiva por las personas interesadas. Los representantes de los diferentes sectores de la comunidad universitaria podrán canalizar las quejas y reclamaciones de sus representados. Se formulan mediante escrito dirigido al Defensor universitario, con libertad de forma, sin perjuicio de la existencia de modelos de solicitud que facilitan su presentación. Con carácter previo a la presentación del escrito, puede solicitarse una entrevista personal con el Defensor universitario. Asimismo, a la vista de la reclamación formulada, este puede requerir la comparecencia de las personas reclamantes para comentar o esclarecer todos los aspectos que considere oportunos. El escrito de reclamación debe contener el nombre y los apellidos de quien la formula, el número de su documento oficial de identidad o pasaporte, el sector a que pertenece y su dirección para los efectos de notificación. En él deben concretarse, con suficiente claridad, los hechos que originan la reclamación, el motivo y el alcance de la pretensión expuesta y la demanda que se dirige al Defensor universitario. El escrito de reclamación puede entregarse personalmente en la oficina del Defensor universitario o remitirse vía correo electrónico o correo postal. El Defensor universitario emite un acuse de recibo de todas las reclamaciones presentadas, las cuales son admitidas o no, motivadamente, en el plazo máximo de quince días hábiles. Admitida la reclamación, el Defensor universitario adopta las medidas de investigación que considere necesarias

para el esclarecimiento de los hechos. En estos casos, da cuenta del contenido sustancial del escrito a la persona o al órgano administrativo pertinente para que, en el plazo de quince días hábiles, hagan los alegatos oportunos, entreguen la documentación conveniente o comparezcan para informar. Finalizada la instrucción, el Defensor universitario debe notificar formalmente su resolución a las personas interesadas. También la comunica a los órganos universitarios afectados, con las sugerencias o las recomendaciones que considere convenientes para la enmienda, en su caso, de las deficiencias apreciadas.

Las solicitudes de mediación y conciliación son formalizadas por las personas interesadas en el Registro del Defensor universitario mediante un escrito firmado por las dos partes, en el que constan sus datos personales, los sectores a que pertenecen y sus direcciones para los efectos de notificación. En él se debe concretar con claridad los hechos que motivan la solicitud, el alcance de la pretensión que se formula y la demanda mediadora o conciliadora que se dirige al Defensor universitario. Los acuerdos que resulten de la sesión de mediación o de la de conciliación podrán recogerse en un acta que debe figurar firmada por el Defensor universitario y por las personas que habían solicitado la mediación o la conciliación.

En cuanto a las actuaciones de oficio, cuando el Defensor universitario tenga conocimiento fidedigno de hechos que pudieran atentar contra derechos de cualquier miembro de la comunidad universitaria, individual o colectivamente, o del mal funcionamiento administrativo de alguna unidad, puede iniciar una investigación de oficio y elaborar un informe que es remitido a las partes interesadas o a los órganos o autoridades universitarias correspondientes para reparar estos hechos con la adopción de las medidas oportunas.

En la memoria del Defensor universitario relativa al año 2010/2011 se encuentran dos casos de denuncia por acoso moral: por un lado, una reclamación de un profesor por acoso laboral, que no se admite a trámite por haberse iniciado un procedimiento administrativo (caso 410/187); por otro, una reclamación de una alumna por “acoso con repercusión en calificación pasada, previsible repercusión en calificación próxima y clara afectación personal”, que, al no haber presentado un recurso a tiempo respecto de la primera calificación, y habiendo obtenido en la segunda la elevada nota a la que la reclamante creía tener derecho, se archiva tras informar a la reclamante que, de considerar que persiste el acoso, puede presentar un escrito motivado de denuncia al rector (caso 417/194).

En la memoria del Defensor universitario relativa al año 2011/2012 se encuentran dos actuaciones por acoso moral, referidas al mismo caso: en primer lugar, una solicitud de información de un miembro del PDI que denuncia ilegalidades en el proceso de selección de un becario y solicita opinión sobre supuestas irregularidades cometidas en el departamento que le estarían afectando y que piensa que pueden constituir acoso laboral (caso 466/243), que culmina en la presentación de una denuncia por falta de transparencia en el manejo de las cuentas del departamento por parte del director (caso 480/257). Tras la intervención del Defensor universitario, el director se ofrece a mejorar las relaciones siempre que el reclamante retire la denuncia de acoso laboral, “que le resulta intolerable”. El reclamante, a pesar de considerar que hay acoso laboral, decide dejar correr el asunto por el momento.

2. Normativa relativa al acoso sexual y por razón de sexo

a) Introducción

El acoso sexual y por razón de sexo constituye un problema grave para muchas mujeres trabajadoras en la Unión Europea y en España, para las cuales llega a convertirse en una parte desagradable y casi inevitable de su vida laboral⁸. Algunos grupos específicos son particularmente vulnerables al acoso sexual y por razón de sexo. Los estudios realizados, que documentan la relación entre el riesgo de acoso sexual y la vulnerabilidad percibida de la persona que es objeto del mismo, indican que las mujeres divorciadas o separadas, las mujeres jóvenes y las que se incorporan por primera vez al mercado de trabajo, las que tienen contratos laborales precarios o irregulares, las mujeres que desempeñan trabajos no tradicionales, las mujeres discapacitadas físicamente, las lesbianas y las mujeres pertenecientes a minorías raciales corren un riesgo desproporcionado⁹. Los homosexuales y los hombres jóvenes también son vulnerables al acoso. Ahora bien, sin querer negar ni minimizar esa realidad, en este trabajo nos centraremos en el acoso sexual y por razón de sexo contra las mujeres, en atención a que estadísticamente son las personas más afectadas¹⁰, y teniendo en cuenta que las cuestiones relativas a la igualdad entre mujeres y hombres han recibido un importante impulso en los últimos años, tanto a nivel internacional y europeo como a nivel estatal y autonómico, sin olvidar el universitario, lo que ha supuesto que se preste mayor atención al tema objeto de este estudio.

Este interés responde a una observación fundamental. El acoso sexual y por razón de sexo tiene múltiples consecuencias negativas a varios niveles. En primer lugar, supone un atentado contra la dignidad de las personas afectadas¹¹, de forma que resulta imposible considerar dicho fenómeno como un comportamiento laboral aceptable, antes bien, el autor debe ser considerado responsable de la comisión de infracciones laborales, administrativas y/ o penales.

En segundo lugar, el acoso sexual y por razón de sexo contamina el entorno laboral y puede tener un efecto devastador sobre la salud, la confianza, la moral y

8. En la Unión Europea el índice alcanza un 2%, pero afectando a las mujeres tres veces más que a los hombres. Vid. los datos del *Fourth European Working Conditions Survey*, Luxembourg, 2007, pp. 35 ss, disponible en la página web <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2006/98/en/2/ef0698en.pdf>. En España los datos varían mucho, pues depende de cómo se hagan las preguntas. Se habla de un 14% de las personas que trabajan han vivido alguna situación de acoso sexual durante su vida laboral, siendo más de tres cuartas partes de las víctimas mujeres, lo que eleva al 18% el porcentaje de acoso sexual entre las mujeres, y lo rebaja al 8% entre los hombres. Cfr. AA.VV., *El alcance del acoso sexual en el trabajo en España*, Comisiones Obreras, Madrid, 2000, p. 28. Disponible en la página web <http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/34759.pdf>.

9. Vid. datos estadísticos en AA.VV., *El alcance del acoso sexual en el trabajo en España*, cit., pp. 29 ss. Con detalle, vid. también BOSCH FIOL, E./ FERRER PÉREZ, V. A., "El acoso sexual en el trabajo: quién lo comete y quiénes lo padecen", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales* núm. 60, 2009, pp. 50-56.

10. Cfr. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., "Igualdad por razón de sexo y Constitución europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* núm. 57, 2005, pp. 193-216.

11. Sobre la relación del acoso con la dignidad, vid. ampliamente NIETO GARCÍA, A. J., "El acoso moral en el trabajo y el acoso sexual como manifestaciones del ataque a la dignidad humana", *Diario La Ley* núm. 6956, 2008, pássim.

el rendimiento de las personas que lo padecen. La ansiedad y el estrés que produce el acoso sexual normalmente hacen que las personas que lo sufren pidan bajas por enfermedad, sean menos eficaces en el trabajo o dejen su empleo para buscar otro, con todos los perjuicios que ello puede suponer a diversos efectos: desde la pérdida de la prestación por desempleo, al abandonar voluntariamente el puesto de trabajo que se ocupaba, a la dificultad de acceder a uno nuevo, tradicionalmente mayor para las mujeres que para los hombres, lo que las puede abocar a una situación de desempleo no deseado. En efecto, a menudo las trabajadoras sufren, además de las consecuencias negativas del propio acoso, el perjuicio para sus perspectivas laborales a corto y a largo plazo que supone el verse obligadas a cambiar de empleo. El acoso sexual y por razón de sexo también puede tener un efecto negativo sobre los trabajadores que no han sido sus víctimas, pero que son testigos o saben de la existencia de dicho comportamiento indeseado.

El acoso sexual y por razón de sexo también tiene consecuencias negativas para la empresa, ya que afecta directamente a la rentabilidad de la empresa en la que las trabajadoras piden bajas por enfermedad o dimiten de sus empleos por este motivo, y a la eficacia económica de una empresa en la que la productividad de los trabajadores se reduce al tener que trabajar en un clima en el que no se respeta la dignidad ni la integridad moral del individuo.

En términos generales, por último, el acoso sexual y por razón de sexo es un obstáculo para la adecuada integración de la mujer en el mercado de trabajo. Su eliminación constituye un paso obligado si queremos seguir desarrollando medidas globales para mejorar la integración laboral de las mujeres, contribuyendo, de paso, a la eliminación de una de las muchas formas que adopta la violencia contra la mujer.

Con el fin de contribuir a ese objetivo, en este trabajo se analiza brevemente la escasa producción normativa a nivel universitario, con el fin de dar a conocer el apoyo legal que tienen las medidas que en la actualidad, tras el notable impulso que ha dado la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la lucha contra la discriminación sexual, se están adoptando por parte de diversos agentes públicos y privados. Para realizar esta labor no hemos podido concentrarnos en aquellos documentos que tratan específicamente el acoso sexual y por razón de sexo, pues no existen, sino que hemos tenido en cuenta la escasa producción normativa sobre discriminación contra la mujer desde una perspectiva general.

Pero antes de dar paso al estudio de la normativa en la materia, y aunque no es objeto de este trabajo el análisis de la aplicación jurisprudencial que se está haciendo en España¹², conviene apuntar que ésta es notablemente escasa en comparación con

12. Sobre este aspecto, vid., entre otros, MORGADO PANADERO, P., "El acoso sexual tras la construcción doctrinal y jurisprudencial de los tribunales españoles", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales* núm. 60, 2009, pp. 50-56; QUINTANA PELLICER, J. de, "El acoso sexual en el trabajo en la doctrina del Tribunal Constitucional y de los tribunales de orden social de la jurisdicción", *Tribuna Social* núm. 222, 2009, pp. 40-49; URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., "Alcance de la tutela del orden social en los supuestos de acoso sexual", *Aranzadi Social* Vol. 1, núm. 2, 2008, pp. 107-127.

las cifras que se manejan en relación a la incidencia real del fenómeno¹³, lo que no es obstáculo para afirmar que su prohibición expresa ha supuesto un importante paso adelante en la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las mujeres en el ámbito laboral¹⁴.

Pues bien, como se ha podido comprobar, en algunos casos la normativa propia de la UDC relativa al acoso moral hace referencia también al acoso sexual, como una forma del primero. Así ocurre en el Procedimiento por violencia psicológica o física en el trabajo y en el III Convenio colectivo del PAS laboral. A continuación, con el fin de evitar repeticiones inútiles, se hará referencia únicamente a aquellos instrumentos normativos de la UDC que se refieren exclusivamente al acoso sexual. Hay que advertir que en la página web de la UDC se recogen otros documentos sobre el acoso sexual que no son propios, por lo que no se hará aquí alusión a ellos. Se trata de la resolución de 28 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados a ella; y de la Guía de Prevención y Atención a la Violencia de Género en las Universidades elaborada por el equipo dirigido por Rosa Valls Carol con financiación del Instituto de la Mujer.

Por otra parte, también conviene tener en cuenta que las referencias al acoso sexual se enmarcan en el tema más general de la prohibición de la discriminación por razón de género, como ocurre en el Documento sobre la misión, visión y valores de la UDC o en el Reglamento de la Oficina para la Igualdad de Género.

b) Documento sobre la misión, visión y valores de la UDC

Este documento, aprobado por el Claustro el día 31 de marzo de 2005, propugna como principio rector la afirmación de los derechos humanos y la consecuente lucha contra cualquier discriminación por razones ideológicas, sociales, económicas, religiosas, de nacimiento, de discapacidad, de género o de orientación sexual.

c) III Convenio colectivo de la Universidade da Coruña (PAS)

El III Convenio colectivo del PAS laboral de la Universidade da Coruña (publicado en el BOP de A Coruña de 1 de septiembre de 2009, código del convenio 1503610) incluye entre las faltas disciplinarias muy graves, que pueden ser sancionadas con suspensión de empleo y sueldo de uno a tres meses, suspensión del derecho a concurrir a pruebas selectivas o concursos de ascenso por un período de dos a tres

13. Vid., entre otros, LAMOCA PÉREZ, M./ PÉREZ GUARDO, R., "El acoso sexual en la empresa: una realidad oculta", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* núm. 9, 2008, pp. 179-194.

14. Vid. al respecto, ampliamente, VALIENTE FERNÁNDEZ, C., "La importancia de la política simbólica: la prohibición del acoso sexual en el trabajo en España", en ORTEGA, M./ SÁNCHEZ, C./ VALIENTE, C. (Eds.), *Género y ciudadanía: revisiones desde el ámbito privado*, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, Madrid, 1999, pp. 485-508.

años o despido disciplinario, el acoso sexual declarado en sentencia judicial firme (art. 51 c) 8 y art. 52 c)).

d) Reglamento de la Oficina para la Igualdad de Género

El Reglamento de la Oficina para la Igualdad de Género (Oficina para a Igualdade de Xénero, en adelante OIX), aprobado en el Consejo de Gobierno de 9 de marzo de 2007, establece que uno de los objetivos específicos de la Oficina es conocer, informar y en su caso mediar en los posibles conflictos por discriminación de género en la actividad académica y laboral de la UDC (art. 5 h). Nada más hay al respecto. Llama la atención, en particular, la ausencia de un protocolo de actuación en estos casos. Al no estar publicadas las memorias de la OIX en la web, resulta imposible saber si hubo casos en los que mediara la Oficina que pudieran ser considerados de acoso sexual. De la consulta verbal a los anteriores directores de la Oficina se desprende que no hubo nunca una actuación formal. Se recibieron ocasionalmente solicitudes de información sobre actuaciones discriminatorias, pero no relativas al acoso sexual específicamente considerado.

En el Informe sobre el Diagnóstico de Igualdad de Género de la UDC del año 2012, único hasta la fecha, no se recogen datos sobre casos de discriminación por razón de género ni de acoso sexual, limitándose a una alusión general a la normativa propia de la Universidad y general existente en la materia.

e) Actuaciones de órganos universitarios

Ni en las memorias del Defensor universitario ni en las de la Oficina para la Igualdad de Género se encuentran referencias a casos de acoso sexual o por razón de sexo.

III. VALORACIÓN PERSONAL

a) Sobre la normativa universitaria relativa al acoso moral

La influencia del Derecho comunitario y su transposición al Ordenamiento jurídico español ha provocado la necesidad de afrontar en nuestro país modificaciones legislativas en relación con el acoso moral¹⁵.

15. Son fundamentales tanto la Directiva 43/2000/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, como la Directiva 78/2000/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Ambos textos definen el acoso discriminatorio en el marco específico de lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación. Las dos Directivas tienen la misma estructura. En su art. 2, apartado 3º, establecen que el acoso constituirá discriminación cuando produzca un comportamiento no deseado relacionado con los motivos indicados con el objetivo, con la intención de "atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo". Los preceptos que contienen ambas Directivas concluyen que, a los efectos de esta normativa, en los Estados miembros "podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales".

El análisis de la normativa española sobre el acoso moral puede realizarse desde diversas perspectivas: desde la de la prevención de riesgos laborales a la de la Seguridad Social, pasando por la penal o la civil. El espacio de que disponemos nos obliga a reducir el ámbito de estudio, que centraremos a continuación en la normativa referida a la represión de las conductas que nos ocupan en el marco de la Administración pública, y en concreto en la Universidade da Coruña.

Dejando, pues, al margen la regulación penal, que se contiene en el art. 173 del Código penal de 1995¹⁶, nos interesa aquí analizar cómo se conceptúa y se sanciona el acoso moral en la UDC.

Para ello, con carácter previo, resulta necesario aludir a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidad, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que define el acoso como “toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo” (art. 7 a); y a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social, que lo define como “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”. Ambas leyes transpusieron al derecho español la noción de acoso elaborada en el ámbito comunitario. En este proceso de recepción también se reformó el art. 4.2 e) ET, de manera que ahora incluye el derecho de los trabajadores a no sufrir “acoso de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual...”. También resulta de interés la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que recoge en su art. 14 los derechos individuales de los empleados públicos, entre los cuales se encuentran los siguientes, por

16. Art. 173.1 CP, según la redacción otorgada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: “1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima...”.

Sobre el acoso laboral desde la perspectiva penal, vid., por todos, CARMONA SALGADO, C., “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la LO 5/2010”, *La Ley Penal* núm. 81, 2011, pp. 5-24; CORTÉS BECHIARELLI, E., “El nuevo delito de grave acoso en el ámbito laboral”, en JUANES BECES, A. (Dir.), *Reforma del Código Penal*, El Derecho, Madrid, 2010, pp. 99-122; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Los delitos de acoso en los ámbitos inmobiliario y laboral”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 289-310.

Antes de la reforma de 2010, entre otros, FERRO VEIGA, J. M., *Aspectos formales y materiales del acoso laboral y de la violencia de género e intrafamiliar*. Liber Factory, s/l, 2010; MIR PUIG, C., “El mobbing o acoso moral o psicológico en el trabajo en la reforma penal”, en LUZÓN PEÑA, D.-M. (Dir.), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 721-740; PÉREZ MACHÍO, A. I., “Concreción del concepto jurídico de “mobbing”, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm. 6, 2004, pp. 1-64; URRITIKOETXEA BARRUTIA, M., *La vía penal en el tratamiento jurídico del acoso laboral*, Bomarzo, Albacete, 2009.

lo que atañe al tema que nos ocupa: “los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio: ...h) Al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso... moral y laboral. i) A la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Como se puede observar, la noción de acoso moral en esta normativa a nivel nacional está muy ligada a factores discriminatorios, lo que disminuye su eficacia¹⁷. Sin embargo, el concepto que se utiliza en la UDC es de índole psicológica, y no se liga en absoluto a factores discriminatorios, lo que merece una valoración positiva. De esta manera, la normativa universitaria se aproxima a la penal, ámbito en el que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, que introdujo el delito de acoso moral en el trabajo, explica que se entiende por tal “el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa contra la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas”. El acoso laboral grave se considera un delito contra la integridad moral, mientras que el acoso laboral no grave puede desencadenar actuaciones administrativas contra el acosador.

La amplitud de la definición que se utiliza, la reciente aprobación de un procedimiento de actuación y la existencia de órganos universitarios que pueden intervenir o mediar en los casos permiten concluir que el marco normativo es adecuado. Ahora bien, la escasez de casos ante el Defensor universitario, contrapuesta a los elevados porcentajes de afectados que aparecen en las encuestas de autoevaluación a que se ha hecho referencia, lleva a pensar que, o bien existen numerosos casos que no dan lugar a ninguna actuación, seguramente por pura desesperación de la víctima, o bien hay casos que van directamente a los juzgados, sin dar lugar a un procedimiento ante la Administración universitaria.

17. De acuerdo con este mismo sentido, entre otros, AGRA VIFORCOS, B./ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R./ TASCÓN LÓPEZ, R., *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Laborum, Murcia, 2004, pp. 26, 28 y 113-114; CORREA CARRASCO, M., “Juridificación del acoso moral en el trabajo: bases metodológicas”, *Temas Laborales* núm. 77, 2004, pp. 37-56; LAHOZ GIMENO, R., *La presión laboral tendenciosa (El mobbing desde la óptica de un juez)*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 165-169; MOLINA NAVARRETE, C., “Las nuevas leyes “antiacoso”. ¿Tienen algo de útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo-mobbing?”, *La Ley* 2004-1, pp. 2 y 9; PÉREZ DEL RIO, T., “La violencia de género en el trabajo: acoso sexual y acoso moral por razón de género”, en AA.VV., *Violencia y género en el trabajo. Respuestas jurídicas a problemas sociales*, Sevilla, Mergablum, 2004, p. 73; ROJAS RIVERO, G. P., *Delimitación, prevención, y tutela del acoso laboral*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 109-110; RUIZ CASTILLO, M. M., “La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual”, *Relaciones Laborales* núm. 10, 2004, p. 35; SERRANO OLIVARES, R., *El Acoso Moral en el trabajo*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2005, pp. 20-21.

b) Sobre la normativa universitaria relativa al acoso sexual y por razón de sexo

La influencia del Derecho comunitario y su transposición al Ordenamiento jurídico español ha provocado la necesidad de afrontar en nuestro país modificaciones legislativas en relación al acoso sexual y por razón de sexo, en especial en el marco de las relaciones laborales¹⁸.

El análisis de la normativa española sobre el acoso sexual y por razón de sexo puede realizarse desde diversas perspectivas: desde la de la prevención de riesgos laborales a la de la Seguridad Social, pasando por la penal o la civil. El espacio de que disponemos nos obliga a reducir el ámbito de estudio, que centraremos a continuación en la normativa referida a la represión de las conductas que nos ocupan en el marco de la Administración pública, y en concreto en la Universidade da Coruña.

Dejando, pues, al margen la regulación penal, que se contiene en el art. 184 del Código penal de 1995¹⁹, nos interesa aquí analizar cómo se conceptúa y se sanciona el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en la UDC.

Para ello, con carácter previo, resulta necesario aludir a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que recoge en su art. 14 los derechos individuales de los empleados públicos, entre los cuales se encuentran los siguientes, por lo que atañe al tema que nos ocupa: “los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio: ...h) Al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral. i) A la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

18. Sobre la situación en otros países, vid. GREGORY, J., “Acoso sexual: impacto de las leyes de la UE en los Estados miembros”, en ROSSILLI, M. (Ed.), *Políticas de género en la Unión Europea*, Narcea, Madrid, 2001, pp. 209 ss.

19. Art. 184 CP, según la redacción otorgada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: “1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo”.

Sobre el acoso sexual desde la perspectiva penal, vid., por todos, COBO DEL ROSAL, M./ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *El acoso sexual*, CESEJ, Madrid, 2006; MATA LLÍN EVANGELIO, A., *El nuevo delito de acoso sexual*, Revista General del Derecho, Valencia, 2000; VELÁZQUEZ BARÓN, A., *Delito de acoso sexual*, Bosch, Barcelona, 2000. Más recientemente, SÁNCHEZ DE LARA SORZANO, C./ CHICANO JÁVEGA, E., *Del acoso sexual: aspectos penales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

Pasando ya a la definición del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, en primer lugar resulta del máximo interés la definición que se contiene en el art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁰: “1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 3. Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. 4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo”. Como puede observarse, se incorporan al Ordenamiento español, aunque no al pie de la letra, las definiciones de acoso sexual y por razón de sexo de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, que modifica la Directiva del Consejo 76/207/CEE, sobre la aplicación del principio de igualdad de tratamiento para hombres y mujeres en lo referente al acceso al empleo, a la formación profesional, a la promoción y a las condiciones laborales, hoy refundida en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde y ordena las directivas anteriores en esta materia. La normativa española deja claro que las dos formas de acoso son discriminatorias y considera que el condicionamiento de un derecho o expectativa a la aceptación de una situación constitutiva o que cabe calificar como de acoso sexual o por razón de sexo es un acto de discriminación por razón de sexo²¹. Ante la ausencia de una definición de acoso sexual y por razón de sexo en la normativa universitaria, estos son los conceptos que han de asumirse también en el contexto universitario.

Con el fin de proteger a la víctima de discriminación (recordemos que el acoso sexual y por razón de sexo es considerado una forma de discriminación), el art. 9 añade que “también se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”. Esta preocupación se observa también en la normativa universitaria estudiada. En consonancia con ello, y para proteger a la víctima que se anima a denunciar, se establece la nulidad del acto

20. Sobre esta ley, que ha resultado ser decisiva en la configuración actual del acoso sexual y por razón de sexo en el Ordenamiento jurídico español, vid. por todos, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres”, *Relaciones Laborales* núm. 1, 2008, pp. 255-281.

21. Sobre este concepto, vid. IBÁÑEZ GONZÁLEZ, M., y otros, *Acoso sexual en el ámbito laboral. Su alcance en la C. A. de Euskadi*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, pp. 77-88; PÉREZ DEL RÍO, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 49-51.

discriminatorio, que se extiende a los actos adoptados por el empresario en represalia por la denuncia presentada por una trabajadora, sobre la base de lo dispuesto en el art. 17 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)²². Nada se dice al respecto en la normativa universitaria, pero no cabe duda que esta disposición es aplicable al personal laboral.

Con el objetivo de tutelar la intimidad de la persona acosada, se establece asimismo que “la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo” (art. 12.3 LOIEMH), a partir de lo cual se introducen modificaciones tanto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil²³, como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁴. Y, de manera conforme a lo establecido en la normativa europea, se altera la carga de la prueba en los procedimientos a que den lugar las actuaciones discriminatorias, con la salvedad, claro está, de los de naturaleza penal²⁵: “1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales” (art.

22. Art. 17 ET: “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

23. Se crea un nuevo art. 11 bis LEC del siguiente tenor:

1. Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.
2. Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.
3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo”.

24. El art. 19.1 i) LJCA tiene idéntica redacción al transcrito en la nota anterior.

25. Sobre el tema de la prueba vid. entre otros GIMENO LAHOZ, R., “La prueba laboral del acoso sexual”, *Información laboral. Jurisprudencia* núm. 11, 2002, pp. 5-20, y núm. 12, 2002, pp. 5-30.

13 LOIEMH). Esta disposición es de gran interés en el ámbito universitario. Aunque la normativa propia de la UDC no hace referencia a ella, en los procedimientos por acoso sexual y por razón de sexo se altera la carga de la prueba.

Otras novedades destacables de la Ley Orgánica 3/2007 en esta materia consisten en el mandato dirigido a los poderes públicos y a las Administraciones públicas para que adopten las medidas necesarias para evitar este tipo de acoso y establezcan medidas efectivas de protección frente a él²⁶; en la encomienda dirigida a la Administración sanitaria para que se preste una atención especial a este fenómeno, dentro de la protección general de la salud laboral²⁷; en la obligación de todas las empresas, estén o no obligadas a elaborar un plan de igualdad²⁸, de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y por razón de sexo²⁹, etc. Estos mandatos han sido cumplidos en la UDC, salvo el relativo a la elaboración de un plan de igualdad, todavía pendiente.

En consonancia con este rechazo radical a la discriminación sexual y al acoso sexual y por razón de sexo, su práctica constituye infracción administrativa a tenor de lo dispuesto en el art. 94.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, de acuerdo con el cual son faltas muy graves, entre otras, “b. Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo”³⁰. Esta normativa es aplicable a los empleados públicos de la UDC.

Además, la Ley Orgánica 3/2007 dio nueva redacción al art. 4.2 e) ET, que recoge como derecho de los trabajadores “el respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al... acoso sexual y al acoso por razón de sexo”; a ello se añade que se incluye como causa de despido disciplinario el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa (art. 54 g) ET)³¹. A ello alude el III Convenio colectivo del PAS de la UDC.

26. Así, respectivamente, en los arts. 14 y 51 e) de la LO 3/2007.

27. Vid. el art. 27.3 c) y la Disposición adicional octava de la LO 3/2007, que introduce modificaciones en el art. 18.9º de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

28. Los planes de igualdad de las empresas podrán contemplar medidas conducentes a la prevención del acoso sexual y por razón de sexo, según dispone el art. 46.2 de la LO 3/2007.

29. Conforme a lo dispuesto en el art. 48 de la LO 3/2007.

30. No se olvide que en algunos sectores existe una normativa específica con implicaciones distintas. Por ej., el art. 72.2 p) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, considera falta muy grave “el acoso sexual, cuando suponga agresión o chantaje”.

31. Sobre la situación anterior a esta reforma, vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J./ MARÍN ALONSO, I., “El acoso como causa del despido disciplinario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 7, 2004, pp. 36 ss. En relación a la regulación actual, con abundantes citas jurisprudenciales, IBÁÑEZ GONZÁLEZ, M., y otros, *Acoso sexual*, cit., pp. 102-107; también RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La nueva causa de despido del artículo 54.2 g) ET”, en AA.VV., *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pp. 1143-1152.

En conclusión, en materia de acoso sexual y por razón de sexo no hay un concepto propio de la normativa universitaria, sino que se adopta el utilizado en la normativa estatal. La extensa protección a nivel estatal, relacionada con la protección contra la discriminación, y en el marco de la preocupación por la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, suple en buena medida la escasez de normativa universitaria, en la que cabe destacar que no exista un protocolo de actuación para mediar en estos casos en el contexto de la Oficina para la Igualdad de Género. Tampoco el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales se ha ocupado de elaborar recomendaciones para su prevención ni protocolo alguno de actuación, limitándose a considerar el acoso sexual como una variante de la violencia física o psicológica en el trabajo, lo que supone renunciar a considerar las especificidades que presenta frente a éste.

PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN CONTRA EL ACOSO LABORAL EN LA UNIVERSIDAD: ESPECIAL REFERENCIA A LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

María ACALE SÁNCHEZ

*Catedrática de Derecho penal
Defensora Universitaria
Universidad de Cádiz*

Resumen: en el siguiente trabajo se analiza con detenimiento el protocolo de actuación sobre el acoso laboral de la Universidad de Cádiz, dirigido a los colectivos que conforman la comunidad universitaria: profesorado, PAS, estudiantes, así como contratados/as que prestan sus servicios a la universidad. El artículo destaca el especial interés que suscita la implementación de estos protocolos en las Universidades, al estimar que son un ámbito propicio para que se generen tales situaciones.

Laburpena: ondorengo lanean Cadizeko Unibertsitateak lan jazarpenari dagokion jarduketa protokoloa lantzen da, unibertsitateko kolektibo desberdinei zuzendua: irakasleei, AZP, ikasleei, nahiz unibertsitatearen zerbitzuentzat kontratatuturikoentzat. Interes bereziko gaia dela Protokolo hauen aplikazioa Unibertsitateetan azpimarratu egiten du artikulua, horrelako egoerak emateko eremua egokiak baitira.

Résumé : Le présent travail examine avec soin le protocole sur le harcèlement au travail de l'Université de Cádiz, destinée aux groupes qui composent la communauté universitaire: enseignants, personnel d'administration et services (PAS), étudiants, ainsi que le personnel contracté fournissant des services à l'Université. L'article met en évidence l'intérêt particulier suscité par la mise en œuvre de ces protocoles dans les Universités, en estimant qu'elles sont un environnement propice afin que ces situations soient générées.

Summary: The next job studies closely the protocol action on workplace mobbing at the University of Cádiz, aimed at the groups that make up the university community: faculty, administrative staff, students and contracted staff to provide services to the university. It is considered of special interest to implement these protocols in universities, considering that are suitable for generated such situations.

Palabras clave: Acoso laboral, acoso sexual y moral, Universidad de Cádiz.

Hitz gakoak: Lan jazarpena, jazarpen moral eta sexuala, Cadizko Unibertsitatea.

Mots clés : Harcèlement au travail, harcèlement sexuel et moral, Université de Cádiz.

Keywords: Mobbing, bullying and sexual harassment, University of Cadiz.

1. LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN

La aprobación e implementación de Protocolos de actuación que faciliten la reacción de la empresa ante conductas constitutivas de “acoso” es una saludable práctica que sirve para perfilar estas conductas que tanto daño causan a las personas que lo sufren (en bienes jurídicos tan personalísimos como la seguridad, la estima, el honor, la intimidad y la libertad), así como al entorno laboral en el que se producen; a su vez desempeñan una función preventivo general de incalculable valor y establecen el procedimiento indispensable a través del cual la víctima puede vehicular su denuncia y la empresa puede responderle a ella desde los momentos más incipientes incluso del acoso, actuando simultáneamente sobre el agresor. Además, tras la aprobación de la Ley Orgánica Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el ámbito de la Administración pública el art. 62 ha convertido en una obligación la de negociar con la representación legal de los/as trabajadores/as “un protocolo de actuación” para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo¹.

En particular, cuando dichos protocolos de actuación van dirigidos a evitar la producción de situaciones de acoso en el ámbito universitario, su valía se eleva a la enésima potencia, en la medida en que por las características del trabajo y de las relaciones personales que allí se establecen, no es difícil caer en estándares de comportamiento que históricamente han partido de la existencia de un ambiente de trabajo muy competitivo, en el que la propia estructura universitaria ha venido ejerciendo su presión por la propia fuerza de la costumbre. Esto ha determinado que en determinados momentos se haya entendido que es consustancial a la Universidad una dosis “normal” de acoso². En este sentido, es obvio que nos desempeñamos laboralmente en el seno de una ambiente estresante, y que ello de por sí no convierte en acoso laboral el exceso de trabajo y de responsabilidades asumidas. Lo que sí es cierto es que precisamente por estas características, la Universidad tiene la obligación de poner

1. Artículo 62. Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

“Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, las Administraciones públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios:

- a) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.*
- b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.*
- c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.*
- d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia”.*

2. AUTO de la AP Zaragoza TOL1.495.977, DE 18.12.2008, no se aprecian indicios de *mobbing* en un caso de dos personas que pertenecen al Consejo Social de la Universidad.

en marcha mecanismos que intenten amortiguar los efectos que el propio tsunami universitario despliega³.

El mandato legal establecido en el art. 62 de la Ley Orgánica de Igualdad determina al día de hoy que aunque en sentido amplio, el acoso sexual y el acoso sexista no son más que dos formas específicas de acoso moral en razón del matiz sexual o de sexo que las imprime, se haya avanzado más en la aprobación de estos protocolos y que se haya dejado a un lado el protocolo marco de acoso moral cuando el acoso tenga un matiz no sexual o de sexo. Y ello con independencia de las cifras de acoso reales, pues todo apunta a que las de acoso moral superan –con creces– las de acoso sexual o sexista, aunque los esfuerzos que se realizan para atajar estas últimas modalidades de acoso sean mayores que para atajar los primeros.

El hecho de que no exista semejante obligación legal de proceder a aprobar Protocolos de actuación en el caso de acoso moral, no significa que la sociedad en su conjunto, y la Universidad en particular, se desentienda de esta clase de acoso, no hay duda, pero su aprobación facilita la puesta en marcha de los mecanismos de implementación de la tutela de la integridad moral de los trabajadores y las trabajadoras, tomando posición, en torno a cuestiones tan complejas como la necesidad de crear una comisión especializada en riesgos psicosociales que se encargue de examinar las denuncias, el carácter y el valor que se otorgue al informe que dicha comisión, en su caso, elabore, o sobre la admisión de medidas cautelares y de protección de las víctimas (apoyo psicológico, médico o social).

2. PANORÁMICA DE LAS UNIVERSIDADES ANDALUZAS

Este mismo dato de que exista un mandato legal de aprobación de los Protocolos de actuación contra la violencia sexual y sexista y de que no exista correlativamente un mandato semejante para los supuestos en los que el acoso moral laboral no tenga matiz sexual o sexista determina al día de hoy que en el mapa de las Universidades andaluzas existan amplias diferencias de modelo entre unas y otras. En efecto, ni todas las Universidades andaluzas tienen aprobados sus respectivos protocolos, ni aquellas que sí los han aprobado coinciden en su objetivo, pues unas se limitan a

3. Para obtener una visión holística del interés que en general han prestado las Universidades españolas a la prevención de estas conductas, puede consultarse el Informe técnico Conferencia de Rectores Universitarios Españoles titulado “La prevención de riesgos laborales en la universidad” (2009), del que se deducen algunos datos de interés. Puede encontrarse en: http://www.crue.org/export/sites/Crue/Sostenibilidad/Documentos_CADEP/Informe_2009_La_prevenicxn_de_riesgos_laborales_en_la_universidad.pdf. un 53% de las Universidades no ha realizado evaluaciones de los riesgos psicosociales. Esos datos indican que no existe una verdadera apreciación de la problemática psicosocial en la Universidad y, a su vez, que existe una falta de recursos para realizar una prevención adecuada. Una de las dificultades apuntadas consistente en la ausencia de modelos adecuados para la evaluación de los riesgos psicosociales aplicables al entorno universitario” (pp. 140 y 141). En cuando a la formación específica, el informe añade que “el 20% de las Universidades no ha formado a ningún trabajador del PAS en primeros auxilios, el 17% en emergencias, el 41% en ergonomía en el puesto de trabajo y el 58% en prevención de riesgos psicosociales”. Respecto al PDI, se añade que “el 72% de las Universidades no ha formado a ningún trabajador del PDI en prevención de riesgos psicosociales (p. 168^a, b, c, d). En virtud de estos datos tan alarmantes, la CRUE recomienda fomentar “políticas de buenas prácticas de trabajo” y “la prevención de los riesgos psicosociales”.

luchar contra el acoso sexual y sexista mientras que otras admiten también situaciones más amplias de acoso moral.

Así, la Universidad de Huelva carece de Protocolo alguno; la Universidad de Sevilla solo cuenta a la fecha con un documento referido al “Procedimiento para la evaluación de los riesgos psicosociales”, cuya finalidad no es arbitrar un procedimiento que permita aclarar la existencia de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso sexista, sino ofrecer mecanismos para llevar a cabo estudios de campo a través de encuestas, entrevistas personales, foros de discusión, a fin de conocer la opinión de la población universitaria sobre las condiciones psico-laborales de trabajo. Y por su parte, la Universidad de Granada asignó al Servicio de Prevención de riesgos laborales un especialista en Ergonomía y Psicología, así como una unidad de fisioterapia⁴: su finalidad no es otra que realizar intervenciones encaminadas a la instauración de buenas relaciones humanas que contribuyan a crear un buen clima psicosocial.

Frente a estas Universidades en las que se difuminan los instrumentos para luchar contra las distintas modalidades de “acoso”, la Universidad de Almería al día de hoy tramita su Proyecto sobre “Procedimiento de gestión y resolución interna de conflictos en materia de acoso y violencia en el trabajo”⁵, cuya finalidad es la de prevenir y aclarar las situaciones de acoso laboral, ya sean de una clase o de otra.

En esta línea, también la Universidad de Málaga, aprobó a través de su Acuerdo de 1 de diciembre de 2010 el Reglamento para la prevención y resolución de conflictos de trabajo motivados por factores de riesgo psicosociales del personal funcionario y laboral de esta Universidad. Su art. 3 considera “*riesgos psicosociales*” “*aquellas situaciones a las que estén expuestos los trabajadores por razón de su trabajo y pueden causarles daños físicos, psicológicos y sociales. Tienen su origen en la organización del trabajo, contenido y realización de tareas en el contexto social y ambiental así como en la calidad de las relaciones humanas en la empresa*”; esto es, se refiere en sentido estricto al acoso laboral, tenga el signo que tenga. El hecho no obstante de que se haga responsable al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales parece venir a poner de manifiesto que se piensa más en conductas que atentan contra la salud, que en aquellas otras que atentan contra la igualdad y la no discriminación en razón de sexo, dentro de las cuales entran ampliamente las modalidades de acoso sexual y sexista, que también pueden ser vistas como atentados contra la salud, sin duda, pero en primer lugar son consideradas conductas discriminatorias.

La Universidad de Jaén ha aprobado el “Procedimiento de gestión preventiva de los conflictos vinculados a situaciones de acoso moral en el trabajo”, con fecha de 13 de noviembre de 2012. Este Protocolo parte de la creación el 1 de octubre de 2003 dentro del Servicio de Prevención de Riesgos laborales de una unidad de “ergonomía y psicología aplicada”, entre cuyas competencias estaba prevista la realización de “*intervenciones encaminadas a la instauración de buenas relaciones humanas que contribuyan a crear un buen clima psicosocial*”, concentrando toda su atención en

4. La fecha de la adopción des te acuerdo es de 22 de diciembre de 2008.

5. Es de fecha 31 de mayo de 2013.

el acoso moral, aunque tampoco excluye de forma expresa el acoso sexual y sexista, en la medida en que después de rechazar “*cualquier forma y modalidad de acoso laboral*” lo define como “*toda conducta que, realizada con una cierta reiteración y sistematicidad, sobre una persona en el ámbito laboral, pueda llegar a lesionar su integridad, a través de la degradación de las condiciones de trabajo y la creación de un ambiente intimidatorio, ofensivo u hostil, cualquiera que sea el motivo que lleve a la realización de esas conductas y ya sea realizado por compañeros de trabajo –acoso horizontal– ya por superiores –acoso vertical descendente–, o personas sujetas a su dependencia (acoso vertical descendente)*”. Y ello, con independencia de ello, el pasado Consejo de Gobierno de la Universidad de Jaén ha procedido a aprobar el pasado 26 de julio de 2013 el Protocolo para la prevención y protección frente al acoso sexual y acoso sexista, cuya finalidad es establecer un “*procedimiento eficaz, ágil y confidencial*” a los efectos de prevenir y solventar las quejas relativas a las distintas modalidades de acoso incluidas dentro su ámbito de aplicación.

El Protocolo de Resolución de conflictos en materia de acoso laboral, de 14 de junio de 2013 de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla ofrece un instrumento común para luchar contra el acoso, sea éste de la modalidad que sea, modalidades que define en su art. 2 de forma expresa, distinguiéndolas entre “acoso laboral”, “acoso psicológico en el trabajo”, “acoso sexual” y “acoso por razón de género”. La denuncia se presenta ante el Servicio de prevención de riesgos laborales, y este da traslado al “*comité de admisión de situaciones de conflicto laboral*”, integrado por el director del Servicio de Prevención y el Director de la Unidad de Recursos Humanos (de PDI o PAS según la condición del denunciante). No obstante, la unidad de Igualdad también tiene su protagonismo, pues según el punto 7 “*el servicio de Prevención y la Oficina para la Igualdad de la UPO, procederán a dar la oportuna difusión de la institución del protocolo*” así como a “*realizar una evaluación periódica anual que evidencie el cumplimiento de los objetivos de este protocolo y el uso de las diferentes medidas recurriendo a datos estadístico desagregados por género*”⁶.

Por su parte, el Consejo de Gobierno de la Universidad de Córdoba aprobó el 21 de marzo de 2013 el “*Protocolo para la prevención y protección frente al acoso sexual y por razón de sexo*”; estando aún pendiente de aprobación

6. Pueden verse también: Protocolo para la prevención de situaciones de riesgo psicosocial en el entorno de la UAM, de 22 de abril de 2005; Protocolo para el proceso de prevención y resolución del acoso psicológico en las relaciones laborales de 20 de diciembre de 2004; Acuerdo entre la UPV/EHU y las organizaciones sindicales representativas en la IPV/EHU sobre prevención y solución de quejas en materia de acoso; Resolución de 5 de marzo de 2012, del Rector de la Universidad de Valladolid, por la que se acuerda la publicación del Protocolo de actuación en materia de prevención e inhibición del acoso en el ámbito laboral; Universidad Islas Baleares: Plan de actuación en materia de riesgo psico sociales, aprobado por el Comité de seguridad y salud y por el Consejo de Dirección, Publicado en el FOU núm. 294; Universidad de Alicante: Procedimiento de prevención de riesgos laborales, resolución de situaciones de riesgo psicosocial PC_PPRL.07; Universidad Carlos III: Protocolo de actuación en materia de acoso psicológico en el trabajo, de septiembre de 2012; y Protocolo de prevención y actuación frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito de la Carlos III, de 21 de marzo de 2013; Universidad de Comillas, Protocolo antimobbing 15 del 10 de 2007; UNED, Protocolo de actuación en caso de acoso; Universidad de Murcia: Resolución del Rector de 19 de julio, por la que se ordena la publicación del reglamento por el que se aprueba el Protocolo de actuación del a UMU para la resolución de conflictos interpersonales y para la prevención del acosos.

el Protocolo de acoso moral. La influencia que ha tenido en esta Universidad el “Protocolo para la prevención y protección frente al acoso sexual y al acoso sexista” de la Universidad de Cádiz –al que se hará referencia posteriormente– es indudable.

Como se señalaba al inicio, y a la vista del panorama que ofrecen las Universidades andaluzas, ha de concluirse en este punto que no existe coincidencia en lo que al objetivo se refiere (acoso moral, acoso sexual, acoso sexista), ni en cuando al órgano competente (Unidad de Igualdad, Servicio de Prevención de Riesgos laborales), ni menos aún sobre el dato esencial de los colectivos auditados por los mismos (pues si bien en cualquier caso el PDI y el PAS están incluidos dentro del ámbito de actuación de cada uno de ellos, alumnado y contratas no lo están en todos ellos). De ahí la necesidad de que aunque sea respetando la autonomía universitaria, se consensuen unas líneas comunes de trabajo que garanticen en todas nuestras Universidades el derecho a trabajar en un ambiente sano, mucho más productivo personal y colectivamente.

Finalmente, la Universidad de Cádiz, al día de hoy, cuenta con un Protocolo de actuación para la prevención y protección frente al acoso sexual y al acoso sexista, y no tiene aprobado su Protocolo de actuación en materia de acoso moral. A las previsiones allí contenidas se prestará atención a continuación, no sin antes realizar una serie de reflexiones victimológicas genéricas que ayudan a diseccionar el fenómeno de acoso en el ámbito Universitario.

3. LA PREVENCIÓN VICTIMAL EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO

3.1. Acercamiento

La disección en partes del fenómeno del acoso y el estudio de las características del agresor, de la víctima y del contexto en el que interaccionan uno y otro, facilita la prevención de estas situaciones tan sutiles que muchas veces pasan desapercibidas.

Así, es posible identificar factores individuales de riesgos que favorecen la realización de actos de acoso por parte de una persona así como el riesgo de soportarlos. Por ejemplo, si se presta atención en el seno de cada Departamento y se comprueba la existencia de distintas personas dentro del mismo escalafón siendo así que algunas de ellas llevan mucho más tiempo que otras formando parte del mismo, es posible que quienes más tiempo lleven allí caigan en dinámicas de acoso sobre los recién llegados. Por ello, para prevenir desde esta perspectiva estas situaciones, han de ser bien recibidas aquellas actividades programadas por Áreas de conocimiento y Departamentos, Grupos y Proyectos de Investigación que intenten eliminar los factores de riesgo, por ejemplo, llevando a cabo una distribución equitativa de funciones entre sus miembros, haciéndolos rotar en los cargos de gestión que deban cubrirse estructuralmente de forma que todos sus miembros a igualdad de mérito y capacidad, tengan durante un periodo prolongado de tiempo (lo que dura el aprendizaje y la formación) la oportunidad de ocupar todos los cargos, sin que nadie se institucionalice en ninguno de ellos⁷: todo ello en

7. Vid. BARBERET, ROSEMARY, “La prevención de la victimación”, en BACA BALDOMERO, ENRIQUE, ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, ENRIQUE, TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA, *Manual de Victimología*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 236.

miras a evitar reproducir en la vida diaria de nuestra Universidad lo que no es más que una consecuencia indeseada del sistema de acceso a la misma.

De ahí que políticas que generen transparencia en el ámbito del empleo, en la adopción de decisiones de forma colectiva o cuando menos, compartida y comprendida por todos, pueden ir en la línea de disminuir las situaciones de acoso. Esta política anti-acoso debería ser valorada muy positivamente dentro de los contratos programas, de forma que las Áreas y Departamentos tengan un motivo más para poner en marcha políticas de formación del personal integrales y, por supuesto, respetuosas con la diversidad.

También es posible prevenir este tipo de conductas desde un punto de vista situacional, es decir, evitando desde Departamentos y Áreas de conocimiento la posibilidad de que “confluyan en el tiempo y en el espacio” “transgresores motivados, objetivos atractivos y ausencia de vigilancia”⁸; de esta forma, desde el momento que la situación de acoso moral deje de ser conocida solo por los sujetos directamente implicados, esos terceros tienen que estar concienciados con la importancia que tiene su actuación para atajar la situación; por otro lado, en tanto que sea posible, ha de conjugarse ese dato para evitar, o precisamente para provocar, que compartan docencia, despacho, laboratorios, o conserjería. Es cierto que hay que contar también con la colaboración de las personas indicadas, y esto ya es una cuestión de cultura general y de saber estar en el puesto de trabajo que solo mediante políticas universitarias que vengan a concienciar en la importancia del trabajo más allá de las relaciones personales, pueden venir a controlar.

Finalmente, hay una tercera forma de evitar los conflictos, desde el punto de vista de la prevención social⁹: así, podemos plantearnos por qué una persona somete a otra a estos actos de violencia en su trabajo, y quizás la respuesta venga encubierta por una estructura social que las tolera, y las valora positivamente a otros niveles. En este sentido, la sociedad ha de rechazar abiertamente esas carreras de algunas personas hacia el éxito sin parar en los medios, y ha de favorecer otro tipo de culturas. Sin duda alguna a ello no colaboran situaciones de crisis como la que en estos momentos nos encontramos. Pues en definitiva en el “sálvese quien pueda” entra también “sálvese como cada uno pueda”, relegando la solidaridad y la empatía a un lado, como formas de revitalizar las relaciones de trabajo con limpieza y de manera saludable.

3.2. Factores universitarios de precipitación de las situaciones de acoso

Tres son los colectivos que entramos en contacto en el ámbito laboral universitario: el Personal de Administración y Servicios, el Personal Docente e Investigador y el Alumnado. La interacción laboral es el origen de estos fenómenos.

Si nos centramos en el PDI, del mismo forman parte personas muy exigentes consigo mismas, que han hecho del estudio y la investigación los motivos por los cuales han renunciado en muchos casos a muchas cosas (familia, maternidad, ocio). Esto determina que para sus miembros, su trabajo no es cualquier cosa, y ocupa un

8. BARBERET, ROSEMARY, “La prevención de la victimación”, cit., p. 238.

9. BARBERET, ROSEMARY, “La prevención de la victimación”, cit., p. 238.

lugar muy importante en sus correspondientes escalas de valores. Desde que empezamos a trabajar en la Universidad compartimos el espíritu de superación personal, del esfuerzo y del sacrificio que a su vez nos han servido de instrumento para progresar laboralmente.

A ello ha de añadirse que al ser la carrera universitaria escalonada, es fácil encontrarnos con personas que han pasado por todas las situaciones laborales imaginables: en situación de desempleo, sin que ello haya sido motivo para tirar la toalla en muchos casos, como becario/o de investigación, profesorado ayudante, asociado, sustituto, contratado doctor, para luego aterrizar en los cuerpos funcionariales de profesor titular de universidad y catedrático al margen ya de los cuerpos de Profesor titular y Catedrático de Escuela universitaria, en extinción en estos momentos.

Si se presta ahora atención al PDI no funcionario, puede decirse que al día de hoy es donde se encuentra la mayor parte del profesorado universitario de forma que se convierten en la base de una pirámide. Ciertamente, la crisis económica ha determinado que se trate de un colectivo que no aumenta, pues con los Reales Decretos de 31 de diciembre de 2011 y de 20 de abril de 2012 se prohíben las nuevas contrataciones, y sin embargo, tampoco puede disminuir de tamaño porque se está dificultando considerablemente la convocatoria de plazas de funcionarios públicos, así que se puede concluir afirmando que se trata de un grupo de personas que por motivos estructurales que les superan, permanecen un largo periodo de tiempo formando parte del escalón más endeble del profesorado universitario: son quienes están en la situación de mayor vulnerabilidad, y además quienes con mayor necesidad se aferran al precario puesto de trabajo que ocupan pues fuera de él, no tienen otra salida que el extranjero, es decir, el destierro no siempre deseado en un país y Universidad distintos. Ese grueso de personas están desilusionadas, pues comprueban que aunque sean capaces de superar todos los obstáculos, la crisis económica les impide progresar. Y con desganas, se trabaja en primer lugar, peor, pero en segundo lugar, temporalmente menos, por lo que se produce un desperdicio de recursos rentables. Todo ello sin olvidar que convivimos en nuestros Departamentos con profesorado sustituto acreditado para contratado doctor, contratados/as doctores con acreditación para titular de universidad y titulares de universidad con acreditación para formar parte del Cuerpo de Catedráticos de Universidad. Y el estancamiento en escalafones laborales inferiores al merecido genera frustración: esto es, quema. Lo que da ya lugar a trabajadores que sufren los síntomas del *burning*, a los cuales es mucho más fácil acosar.

En este sentido, si crispados están ya los ánimos de parte de nuestro profesorado, parece apropiado que nuestra Universidad genere políticas que independientemente de los avatares económicos, tengan en cuenta los “méritos” y la “capacidad” demostrada por nuestro profesorado. Y en esta línea, hay que replantearse si el nivel ocupado y la antigüedad –a los efectos, por ejemplo, de ocupar cargos de gestión, dirigir proyectos o elegir docencia– por sí es un mérito, pues de lo contrario, el *status quo* alcanzado por el transcurso del tiempo puede estar dificultando que otras personas que han entrado con posterioridad en la Universidad vean truncadas sus legítimas expectativas de reconocimiento público de sus méritos alcanzados con mucho trabajo pero más rápidamente.

La alta preparación que se exige, la competitividad innata al acceso a la función pública, las trabas que la propia Universidad va poniendo en nuestro camino

y los cambiantes modelos de acceso a la función pública determinan, pues, que la Universidad sea un ámbito propicio para que se generen situaciones de acoso moral. En particular, desde que la LOU puso en marcha el sistema de habilitación nacional que posteriormente fue sustituido por el de acreditación, ambos sistemas con la finalidad de acabar con la “endogamia” que hasta entonces se supone que existía en nuestras Universidades, tenían que venir a suavizar el ambiente de alta competición de campeonato de fondo en el seno de los Departamentos, en la medida en que si bien en otros tiempos, con una estructura completamente radicada en el feudalismo, cada Departamento iba posicionando según sus edades la promoción a titulares y catedráticos de sus miembros, lo que daba lugar a que quienes estaban en las primeras filas se relajaran porque sabían que su momento llegaría y a que los que estaban en las últimas filas renunciaran a priori a la promoción, con independencia de su capacidad y de sus méritos personales, frustrándose de forma estructural.

Por lo que se refiere al Personal de Administración y Servicios, ha de subrayarse su heterogeneidad, pues los grupos en que se dividen son tan dispares, como de servicios precisa la Universidad para funcionar: personal de administración, gestores/as de servicios centrales o satelitales; personal de limpieza, conserjería, mantenimiento de laboratorios, de infraestructuras, de informática etc. Pero dentro de cada uno de esos “servicios”, las situaciones en las que se encuentra su personal no son únicas, pues desde la persona que es funcionaria de carrera, se llega a personal de una empresa privada a la que se le ha externalizado un servicio (copisterías, cafeterías, limpieza), que de una forma u otra forman parte del PAS de nuestras Universidades. La atomización de situaciones provoca la falta de solidaridad entre los distintos colectivos, que a su vez se sienten distintos entre sí. Puede decirse que son muy amplias las situaciones en las que se encuentran, y en muchos casos confusas las fuentes desde las que pueden provenir las órdenes u orientaciones sobre el sentido del trabajo, lo que da lugar a que se superpongan instancias con capacidad de organizar el trabajo ajeno. Fuente inevitable de conflictos.

Sobre el alumnado, interesa resaltar que las posibilidades de que entren en la espiral de fenómenos de acoso vienen determinadas por sus relaciones tanto con el personal de administración y servicios como con el personal docente e investigador, como entre sí. A esto hay que añadir el dato de que al día de hoy los nuevos Grados y Masters exigen a nuestro alumnado la realización de una serie de prácticas externas a la propia Universidad, en las que entran en contacto directamente con el mundo del trabajo y en una situación de tremenda vulnerabilidad, en la medida en que al albur del señuelo de un puesto de trabajo cuando acaben las prácticas pueden ser objeto de todo tipo de abusos¹⁰. Sin duda alguna, la situación de acoso moral o acoso sexual se habrá producido en el ámbito de la empresa privada y no en la Universidad: no obstante, ésta no puede quedar impasible, sino que debe actuar rompiendo relaciones con dicha empresa.

La situación actual por otro lado es propicia para que se produzcan todo tipo de abusos: basta pensar en la presión que se sufre ante la política de becas estatal, con el estrés que provoca estudiar en esas condiciones, lo que puede causar si no acoso, sí *burning*, que en los casos más graves provocan el abandono de los estudios universitarios.

10. Sirva como ejemplo los hechos que se analizan en la SAP de Soria núm. 3/2006, de 25 de enero [ARP/2006/160]: alumnas en práctica de la Cámara de Comercio de Soria, víctimas de acoso sexual.

Si se deja ahora de enfocar el fenómeno del acoso desde las características de los grupos de personas que conforman la Universidad, al margen ya de las características propias de nuestros puestos de trabajo, hay que tener en consideración que precipitan la producción de acoso moral en la Universidad en muchos casos es la dispersión de titulaciones, de centros, de campus, de bibliotecas, de laboratorios, en definitiva, dispersión de los elementos para trabajar. A todos estos factores de precipitación vicimal ha de añadirse la crisis económica, caldo de cultivo que genera un clima de trabajo insano; en efecto, con ella y la consecuente escasez de bienes, *a priori* se conjugan todos los ingredientes para que se amplíen los puntos de discordia, en torno, por ejemplo, a la distribución de becas (Erasmus, AUIP, AECID, becas de transporte propias de la UCA, ayudas de movilidad para el personal de administración y servicios, del Ministerio o de la Junta de Andalucía); de espacio (acceso a despachos y laboratorios por parte del profesorado; zonas de ocio para el alumnado, o las propias aulas; la terminación de la nueva Escuela Superior de Ingeniería); de recursos materiales (libros, manuales para el alumnado, material de laboratorio, material informático); si a todo esto se le unen problemas específicos en torno a la promoción de plazas de profesorado funcionario y no funcionario, así como las bolsas de profesorado sustituto o de las bolsas de trabajo para cubrir en situación de interinidad puestos del personal de administración y servicios tanto como su promoción interna; la culminación de la puesta en marcha de las primeras promociones de los grados, con las dificultades inherentes a la tutorización de prácticas y trabajos fin de grados, en un momento en el que además se están revisando los criterios de reducción de la carga docente del profesorado; la verificación de los masters oficiales y la adaptación de los estudios de doctorado a la nueva normativa, se auguran tiempos difíciles. Sin olvidar por otra parte que las dificultades económicas y laborales existentes en muchas de nuestras familias hacen más importante la conciliación de la vida laboral y familiar de todos los miembros de la comunidad universitaria; y en una situación de bienes escasos, los criterios de distribución de bienes se convierten en materia sensible, que debe sensibilizarse con quienes en peores condiciones están pasando la crisis económica.

Todos estos datos parece que vienen a poner de manifiesto que a pesar de carecer de datos reales sobre cifras de acoso en la Universidad española, todo apunta a que deben de ser elevados. Es más, estos mismos factores parece que confirman que la cifra negra debe ser aún mayor.

4. EL PROTOCOLO PARA LA PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y AL ACOSO SEXISTA EN LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

4.1. Acercamiento

El Consejo de Gobierno de la Universidad de Cádiz de 16 de abril de 2004 aprobó el Documento Marco para la Gestión de la prevención de Riesgos laborales¹¹; en su punto 1.1 se afirmaba que *“la Universidad de Cádiz, consciente de la importancia de garantizar el máximo nivel de protección posible frente a los*

11. BOUCA núm. 11, de 23 de abril.

riesgos derivados del trabajo incrementando los niveles de seguridad de todos los miembros de la comunidad universitaria, considera que los pilares fundamentales sobre los que ha de asentarse su política preventiva son los siguientes: a) La mejora de las condiciones de trabajo, bienestar y clima laboral y profesional, así como la reducción de la siniestralidad laboral”. Orgánicamente el punto 12.5 dotaba de competencias al Servicio de Prevención de riesgos laborales, al establecer que “la Unidad de Calidad intervendrá en la evaluación del sistema de gestión preventiva que se establezca para la mejora de las condiciones de seguridad, salud y clima laborales”.

Con posterioridad, el Consejo de Gobierno de 22 de junio de 2011 aprobó el “Protocolo para la prevención y protección frente al acoso sexual y al acoso sexista en la Universidad de Cádiz”¹²; dando ese paso la Universidad de Cádiz puso de manifiesto su madurez, y su apuesta por instaurar dentro de nuestra pequeña comunidad universitaria una política de rechazo hacia el acoso sexual y el acoso sexista por ser conductas que además de ser fruto de la discriminación y de los arraigados patrones machistas de comportamiento, atentan contra la salud de quien los sufre y hace que se resienta el servicio público y de calidad que en estos momentos ofrecemos. A partir de él, puede decirse que la persecución de estas concretas modalidades de acoso se enfoca desde el prisma de la igualdad y la no discriminación en razón de sexo, más que como riesgo laboral que atente contra la salud de las personas implicadas.

Este es el instrumento a través del cual se dirimen actualmente los supuestos de acoso moral de contenido sexual o sexista. Es cierto, como se ha visto, que el acoso sexista no es más que una modalidad de acoso moral, con lo cual, en lo que a esta parte se refiere, la UCA tiene cubierta sus espaldas. No obstante, existen otras modalidades de acoso moral que no tienen su origen en el sexo/género del sujeto pasivo y que aunque no supongan un atentado contra la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, merecen también ser igualmente prevenidos y vehiculizados. Esto no significa que no se esté actuando en supuestos de acoso pero sí es cierto que no todo queda más difuso.

Así, el Protocolo califica en la Exposición de motivos el acoso sexual y el acoso sexista como actos que atentan contra los derechos a la igualdad y a la no discriminación, que afectan a la dignidad y al derecho a la integridad moral, a la intimidad y al trabajo. Más tarde, en el punto relativo a la declaración de principios, se refiere a ellos como riesgos psicosociales desde la perspectiva del derecho que tiene todo el personal de la Universidad a una “*protección eficaz en materia de seguridad y salud en*

12. Aunque no existen sentencias condenatorias por acoso sexual en este ámbito, sí existen pronunciamientos que coinciden considerablemente tanto en los hechos como en los motivos de la absolución: pueden verse la SAP de Murcia 112/2008, de 24 de noviembre [JUR/2009/473082] en la que se resuelve un caso de acoso sexual planteado en el Departamento de Derecho mercantil de la Universidad de Murcia entre un Catedrático de Universidad y su discípula que si bien en instancia fue condenado por acoso sexual, en alzada fue absuelto por la Audiencia por las incoherencias que se contenían en la primera resolución. También absuelve por falta de pruebas la SAP de Ciudad Real 29/2005, de 27 de mayo [JUR 2006/113342] a un Catedrático de Filosofía de acosar sexualmente a su discípula a la que le estaba dirigiendo la tesis doctoral.

Ambas sentencias hacen que nos tengamos que plantear si es la falta de prueba, o la no existencia de hechos constitutivos de acoso sexual los que determinan que al día de hoy no existan sentencias penales condenatorias por acoso sexual universitario.

el trabajo”. Se trata de conductas que lesionan por tanto distintos bienes jurídicos de los que son titulares las víctimas.

Conductas que en términos generales se califican dentro de la introducción como “*violencia de género*”, desde el momento en el que declara que la “*Universidad de Cádiz afirma tajantemente que no tolerará la violencia de género en su ámbito y se compromete a prevenir, por medio del presente Protocolo, la problemática del acoso sexual y sexista en el trabajo*”.

4.2. El inicio de las actuaciones

El procedimiento establecido en el Protocolo UCA para liquidar las responsabilidades sobre acoso sexual y sexista debe comenzar mediante denuncia de la víctima del acoso, que puede ser escrita o verbal. Esto es lo que establece el art. 6.2, cuando garantiza no solo que “*toda persona incluida en el ámbito de aplicación del presente Protocolo, que se considere víctima de acoso sexual o sexista podrá presentar reclamación o denuncia ante el Director o Directora de la Unidad de Igualdad entre Mujeres y Hombres de la UCA*”, sino que en su párrafo segundo se afirma que también podrá la víctima presentar “*reclamación o denuncia verbal*”.

La cuestión más compleja se suscita en el párrafo 3º del punto 6.2 en el que se abre la posibilidad a que sea una tercera persona quien interponga la denuncia. Así se afirma que “*cuando se trate de reclamación o denuncia presentada por una tercera persona o cuando se tenga conocimiento de los hechos de oficio por la Unidad, la presunta víctima deberá ser puesta inmediatamente en conocimiento de la misma y ratificar la existencia de la actuación denunciada para poder actuar conforme al presente Protocolo*”. En este sentido, puede comprobarse como la intervención de terceras personas ajenas al acoso es muy limitada, pues en cualquier caso, la víctima tiene que ratificar la denuncia presentada, de forma que sin tal ratificación, la Comisión no podrá seguir actuando.

Puede comprenderse fácilmente que en muchos casos la víctima que no ha querido denunciar los hechos, cuando sí lo haga una tercera persona, los niegue, o se niegue a hacerlos públicos, en la medida en que son su intimidad, su libertad y su integridad los bienes jurídicos en juego. Ahora bien, la admisión de la denuncia por parte de una tercera persona puede ser positiva en aquellos casos en los que la propia víctima se encuentre en un callejón sin salida, sin posibilidades de interponerla personalmente, y para quien el hecho de que un tercero dé el paso que ella no es capaz de dar, puede ser una solución mejor que la de seguir soportando estas actuaciones.

4.3. Naturaleza y las relaciones procesales que se derivan del mismo

Según la Exposición de motivos, el objetivo del Protocolo es el de “*establecer una serie de medidas que se apliquen tanto para prevenir este tipo de actuaciones a través de la formación, la información y la sensibilización de todos los miembros de la comunidad universitaria, así como tramitar y, en su caso, resolver las reclamaciones y denuncias presentadas por las víctimas*”. Si se observa, se trata de un mecanismo que carece de naturaleza sancionadora, porque no sanciona: se limita a prevenir la producción de este tipo de violencia, fin que pretende alcanzar a través de la sensibilización de la gravedad de estas conductas, con el objetivo bien que no se

produzcan o que una vez iniciada una espiral de acoso, impedir que el agresor vaya a más, menoscabando más gravemente con sus actos sucesivos la ya menoscabada integridad moral de la víctima.

En este sentido, interpuesta la denuncia ante la Comisión de Violencia de Género son imaginables distintas situaciones; así si se piensa en un caso en el que los hechos tengan relevancia como tales actos de acoso “sexual” y/o “sexista”:

- en primer lugar, que por la nimiedad del hecho, no pueda ser considerado más que un inicio de acoso, por ejemplo, cuando se trate de un hecho aislado y descontextualizado y que no tenga carácter sistemático; en este supuesto, los trabajos de la Comisión de violencia de género pueden dar lugar a contener la situación dentro de la propia comisión, al llevar a cabo una serie de actuaciones dirigidas a hacerle ver al autor el daño que produce a la víctima y consiguiendo que rectifique su comportamiento.
- en segundo lugar, que realizadas las actividades de investigación oportunas, se ponga de manifiesto que los hechos son lo suficientemente graves como para ser sancionados disciplinariamente, aunque no en el ámbito penal. O que la víctima no quiera interponer la denuncia pues se trata de un delito que requiere su impulso.
- y en tercer lugar, que además de interponer la denuncia en vía universitaria, se denuncien los hechos penal y administrativamente.

Estos dos últimos supuestos en los que las actuaciones de la Comisión no terminan “archivando” los hechos, nos sitúan ante la cuestión más compleja: cómo se relaciona el procedimiento previsto en el Protocolo con las infracciones y sanciones disciplinaria y penal.

Se trata de una relación en cascada: así, si investigados los hechos resultan indicios de infracción disciplinaria, se propone al Rector que abra expediente disciplinario. Con esa propuesta, la intervención de la Comisión de violencia de género termina su trabajo. Si abierto el expediente, se detectan indicios de responsabilidad administrativa, se para lo actuado disciplinariamente hasta tanto se resuelva en el orden administrativo; si abierta la investigación administrativa se detectan indicios de delito, se paraliza todo lo actuado hasta tanto se resuelva en el orden penal.

Por tanto, si el Protocolo no tiene carácter sancionador, la cuestión es valorar su utilidad. En este sentido, según su punto 3º, en su interior se llevan a cabo una serie de declaraciones de “principios” que ya de por sí ponen de manifiesto el compromiso asumido por la UCA para velar por la existencia de unas condiciones de trabajo dignas, en las que se vetan las conductas constitutivas de acoso sexual y de acoso sexista; se compromete a prevenir estas conductas, garantizando la puesta en marcha de acciones formativas.

A su vez, se garantiza el derecho de toda persona “*que se considere objeto de conductas de acoso sexual o acoso sexista tiene derecho, sin perjuicio de las acciones administrativas y judiciales que le correspondan a plantear una reclamación o denuncia que sea dilucidada mediante el procedimiento previsto en este Protocolo*”. Ahora bien, a esta previsión ha de añadirse lo dispuesto en el punto 6.1 sobre “procedimiento formal” y las garantías inherentes al mismo: “*la utilización de*

este Protocolo no obsta a que la víctima, en cualquier momento, pueda acudir a la vía jurisdiccional para ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva. Así, de tenerse conocimiento de la existencia de cualquier proceso judicial sobre el mismo asunto o de cualquier otro procedimiento administrativo, se suspenderá la aplicación del presente Protocolo". La lectura conjunta de ambos preceptos parece que viene a poner de relieve que por un lado, las víctimas de estos acosos tienen derecho a interponer denuncia que será dilucidada mediante el procedimiento previsto en el propio Protocolo, sin perjuicio de que pueda denunciar los hechos disciplinaria o penalmente. Ahora bien, si lo hace, se paraliza el Protocolo hasta que se resuelva en esta sede: en todo caso, parece que se trata del disfrute de un derecho de forma diferida. Si no se entiende así, uno de los dos preceptos no tiene sentido. Pero por otro lado, ha de plantearse si es posible que la víctima puede denunciar los hechos ante la comisión de violencia de género, y ésta, tras la realización de una serie de actividades de investigación, alcanzar unas conclusiones entre las que se encuentra la propuesta al Rector de que abra expediente disciplinario, o de que no lo haga.

La cuestión es que una vez que intervenga la Comisión de violencia de género, y eleve al Rector una propuesta de apertura de expediente sancionador, aunque no se diga expresamente, el Rector abrirá directamente el expediente, y no una información reservada, pues en puridad de principios aunque no se llame así, esto es lo que hace a estos efectos la propia comisión. Así, entre las funciones de la Comisión contra la violencia de género se prevé la de *"elaborar un informe motivado que ponga fin al procedimiento previsto en el presente Protocolo, en el que se podrán realizar las recomendaciones que se consideren necesarias"*. De ahí que se debe ser muy exigentes respecto al respeto en fase de Protocolo con los derechos de presunción de inocencia, a ser oído, a los efectos de impedir que posteriormente se impugne la sanción disciplinaria impuesta por violación de los principios y garantías de los procedimientos sancionadores. En esta línea, el punto 6.1 del Protocolo UCA afirma que *"se ha de garantizar el deber de confidencialidad y la protección de la intimidad de todo el personal que participe en este procedimiento y de las personas implicadas"*.

Sí queda claro que entre esas recomendaciones se encuentra *"la apertura de expediente disciplinario y la inmediata separación entre la persona denunciante y persona denunciada para garantizar la salvaguarda de los intereses de la persona denunciante"*.

La adopción de medidas cautelares parece necesaria en cuanto que se presuma que la mera interposición de la denuncia ante la Comisión de violencia de género puede provocar que se reiteren los actos de acoso y que los sucesivos actos sean cada vez de mayor intensidad. De ahí que haya que prestar atención al principio de necesidad de la adopción. Por lo mismo, dentro del abanico de medidas que pueden ser adoptadas, se llegará al acuerdo de poner en marcha aquella que sea estrictamente necesaria para garantizar la seguridad de la víctima, sin que ello suponga un adelantamiento de la afflictividad de la sanción disciplinaria al ámbito de la propia medida cautelar. Así, si basta con alejar en una franja horaria al agresor del Campus, no será necesario prohibirle el acercamiento al mismo en cualquier hora del día. No puede olvidarse que la adopción de esas medidas cautelares puede interferir en gran medida en la consecución de los estudios universitarios en los casos más graves –teniendo en consideración además las exigencias del Espacio Europeo de Enseñanza Superior– pueden llegar a provocar la pérdida del sistema de evaluación continua.

Por otro lado, sin duda alguna, esas medidas cautelares deben cesar si a su vez se adoptan medidas cautelares en el ámbito penal: poco sentido tendría mantener como medida cautelar el alejamiento de la víctima del agresor en los campus universitarios, si el Juzgado de instrucción decreta un alejamiento locativo de 500 metros o la prisión provisional.

Si se adoptara una medida cautelar que exigiera ser contralada durante su ejecución, ha de plantearse si dentro de nuestra Universidad deben imperar el control seudo policial que ofrecen los Cuerpos de Seguridad Privada. En esta línea, como alternativa a la “seguridad” “policial” quizás puedan implementarse mecanismos que permitan que su ejecución sea controlada por alumnos/as de nuestras titulaciones de Trabajo Social, Psicología o Criminología, que cuentan con una formación muy amplia, y muy válida en estos casos. Admitir la participación en la ejecución de la medida cautelar de otros/as estudiantes, facilita la prevención general, y contribuye a erradicar este tipo de comportamientos, amén, por otro lado, de abrir un camino para que el alumnado pueda realizar sus prácticas.

Finalmente, el Protocolo guarda silencio en torno al apoyo que la Universidad preste a la víctima en caso de interposición de denuncia penal: quizás ese compromiso asumido en sede laboral debería determinar la posibilidad cuando menos de que en caso de falta de recursos, se le prestara asistencia letrada universitaria.

4.4. Sobre su ámbito de aplicación

4.4.1. Los conceptos de referencia: “acoso sexual” y “acoso sexista” o por razón de género

El Protocolo se aplica a los supuestos de “acoso sexual” y de “acoso sexista” que se produzcan en la Universidad de Cádiz, definidos en los mismos términos que emplea la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007.

4.4.1.1. Acoso sexual

“Acoso sexual” constituye “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” (copia el art. 7.1 LOI). Según la LOI se trata un concepto de acoso sexual, “*sin perjuicio de lo establecido en el Código penal*” pues, como es sabido, existen amplias diferencias entre uno y otro.

En el Anexo I del Protocolo se da una definición de origen doctrinal, en virtud de la cual “*constituye acoso sexual toda conducta de naturaleza sexual, desarrollada en el ámbito de organización y dirección de un empresario o en relación o como consecuencia de una relación de trabajo, cuyo sujeto activo sabe o debe saber que es ofensiva para la víctima y cuya posición ante la misma, determina una decisión que afecta al empleo o a las condiciones de trabajo de esta o que, en todo caso tiene como objetivo o como consecuencia, crearle un entrono laboral ofensivo, hostil, intimidatorio o humillante*”. De su tenor se deduce que cabe la práctica del acoso sexual tanto por parte de la empresa como por parte de trabajadores, siempre que el acoso se produzca en el lugar de trabajo o con ocasión o con la excusa de

la relación de trabajo, por sujetos relacionados laboralmente, y siempre que como consecuencia de la misma, se cree un entorno laboral “ofensivo, hostil intimidatorio o humillante”. El elemento central no obstante y que queda más indefinido es el concepto de conducta de connotación “sexual”.

El efecto que causa dicho comportamiento no es un “*atentado contra la libertad sexual de la víctima*” sino un atentado contra la “dignidad”, sobre todo cuando se crea un entorno “intimidatorio”, “degradante” u “ofensivo”.

“*A modo de ejemplo*”, se citan entre los actos constitutivos de acoso sexual: observaciones sugerentes y desagradables, chistes o comentarios sobre la apariencia o aspecto, y abusos verbales deliberados de contenido libidinoso; invitaciones impúdicas o comprometedoras; uso de imágenes o posters pornográficos en los lugares y herramientas de trabajo; gestos obscenos; contacto físico innecesario, rozamientos; observación clandestina de personas en lugares reservados, como los servicios o vestuarios; demandas de favores sexuales acompañados o no de promesas explícitas o implícitas de trato preferencial o de amenazas en caso de no acceder a dicho requerimiento (chantaje sexual, *quid pro quo* o de intercambio); agresiones físicas.

A la vista de estos ejemplos, puede comprenderse que se trata de conductas muy sutiles, difíciles de probar y de acotar, de ahí la necesidad de que tanto los miembros de la Comisión de violencia de género, como en su caso, la persona que se nombre como Instructora del Expediente disciplinario esté no solo sensibilizada, sino que maneje estos conceptos. Esto no significa que la persona que instruya el expediente esté predeterminada a la calificación como acoso, sino que no se cierre en bandas a admitirlo, que es distinto.

Estas conductas constitutivas de acoso sexual están sancionadas penalmente en el artículo 184 del Código Penal, si se solicita un favor de naturaleza sexual, para sí o para un tercero “*en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual*”, si como consecuencia de la misma se causa en la víctima “*una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante*”, agravándose la pena si el acoso se comete prevaliéndose de una “*situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación*”. El Código penal todavía contiene una segunda modalidad de acoso sexual, castigada en el art. 443, que exige que sujeto activo sea funcionario público o autoridad y que consiste en solicitar “*sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior*”.

Con ello, puede decirse que si bien penal y administrativamente son varias las modalidades de acoso sexual existentes, en el ámbito del Protocolo todas ellas son encauzadas según el mismo procedimiento, aunque será en la sanción disciplinaria en la que se tendrá que tener en consideración la distinta gravedad de cada una de estas modalidades.

4.4.1.2. Acoso por razón de sexo

“Acoso por razón de sexo” o acoso sexista, es *“cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”* (art. 7.2 Ley Orgánica de Igualdad). En este caso, se define tal concepto sin señalar que lo es a los efectos de esta ley y no a los efectos de la ley penal porque, como es sabido, el Código penal no tipifica ninguna conducta que específicamente se corresponda con esta.

Se trata de comportamientos que consisten en repetir estereotipos de género, en virtud de los cuales y del pensamiento patriarcal, hombres y mujeres deben desarrollar en atención a su “sexo”: así, obligar a la trabajadora a servir el café a los compañeros, obligarlas a maquillarse o a llevar mini falda, o reiterarles que las mujeres deberían estar en sus casas cuidando de sus hijos y maridos. El resultado que se produce es un atentado contra su “dignidad”, creando un entorno “intimidatorio”, “degradante” y “ofensivo”: es decir, el mismo que se produce cuando se trata de acoso sexual. De ahí que aunque en el ámbito de la Ley Orgánica de Igualdad y del Protocolo se distingan ambas conductas, penalmente en la medida en que afectan a los bienes jurídicos sea más difícil identificarlas de forma separada. Todo ello con independencia de que por una decisión del legislador, el acoso sexual se castiga expresamente como delito contra la libertad sexual, mientras que el acoso sexista no exista como delito autónomo, sino que ha de recurrirse a tipos penales más amplios para castigarlos penalmente.

Y al igual que con el concepto anterior, se añade un concepto doctrinal: *“Constituye acoso sexista (o por razón de género) toda conducta gestual, verbal, comportamiento o actitud, realizada tanto por superiores jerárquicos, como por compañeros o inferiores, que tiene relación o como causa el sexo o los estereotipos de género de la víctima, que atenta por su repetición o sistematización contra la dignidad y la integridad física o psíquica de una persona, y que se produce en el marco de organización y dirección de un empresario, degradando las condiciones de trabajo de la víctima y poniendo en peligro su empleo en especial, cuando estas actuaciones se encuentren relacionadas con las situaciones de maternidad, paternidad o de asunción de otros cuidados familiares”*.

En este caso, también el Anexo II del Protocolo contiene un listado con ejemplos: *“las descalificaciones públicas y reiteradas sobre la persona y su trabajo; los comentarios continuos y vejatorios sobre el aspecto físico, la ideología o la opción sexual; el aislamiento y rechazo o prohibición de la comunicación con la jerarquía o los compañeros; impartir órdenes contradictorias y por tanto imposibles de cumplir simultáneamente; impartir órdenes vejatorias; las actitudes que comporten vigilancia extrema y continua; la violencia verbal, gestual o física”*.

Queda preguntarse cómo calificar penalmente la conducta que el Protocolo califica como acoso sexista: el Código penal no lo califica expresamente como tal, y sin embargo no es necesario, en la medida en que se trata de conductas que aunque tienen una finalidad eminentemente discriminatoria y que puede afectar a la salud laboral, penalmente irían por la vía del delito de trato degradante del art. 173 y en caso de no reunir los requisitos allí establecidos a través de la falta de vejaciones del art. 620. Como se dirá al final, la LO 5/2010 ha castigado expresamente el delito de

mobbing, dentro del art. 173, en los siguientes términos: “con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

Nótese como a diferencia de lo que ocurrirá con el acoso sexual en el Código penal que se distinguía según se produjera en el ámbito de la empresa privada, o en el ámbito de la administración pública cuando además se diera una concreta situación de jerarquía y de dependencia de la víctima sobre el agresor, el art. 173.2 castiga con la misma pena el acoso moral ya se produzca en el ámbito de una “relación laboral” o “funcional”, despreciándose a estos efectos la afección negativa al bien jurídico función pública que expresamente se protege por el otro lado: la disparidad injustificada del tratamiento causa inseguridad.

4.4.3. Ámbito subjetivo: personas sometidas al mismo

La Universidad de Cádiz ha querido extender la aplicación del Protocolo a todas las personas que se desempeñan laboralmente en su interior. Así, según el punto 4, el procedimiento preventivo aquí previsto se aplica a “*personal docente e investigador*”, al “*personal de administración y servicios*”, a “*estudiantes*” y a “*cualquier persona que preste en esta Universidad sus servicios sea cual sea el carácter o la naturaleza jurídica de su relación con la misma. Se aplicará también al personal afecto a contratas o subcontratas y/o puesto a su disposición por las ETTs y a las personas trabajadoras autónomas relacionadas con la UCA por un contrato de prestación de obra o servicio*”. A ello se añade que “*se dará a conocer a las empresas colaboradoras, a las entidades suministradoras y a las empresas o entidades en las que los estudiantes realicen sus prácticas con indicación de la necesidad de su cumplimiento estricto*”.

Como puede apreciarse, admitido el acoso sexual o sexista entre todos estos colectivos, las posibles combinaciones personales que la práctica pueda poner de manifiesto son múltiples. Así, cabe una situación de acoso entre dos personas que pertenecen al mismo grupo (dos PDI, dos PAS o dos personas que pertenezcan al alumnado), pero también cabe acoso entre profesor y estudiante, o entre administrativo y estudiante, o entre personal de servicio y profesora. Sin duda alguna, se trata de evitar estos comportamientos sexistas tengan el sesgo que tengan. Por ejemplo, cabría un supuesto en el que se acosa sexualmente a una mujer por el hecho de ser tal mujer, o se le acosa imponiéndole la reiteración de determinados prototipos de comportamiento que le corresponden en atención a “su sexo”; no habría tampoco impedimento alguno en castigar a través de dicho Protocolo los actos de acoso sexual y sexista frente a un hombre o frente a una persona homosexual. Y todo ello con independencia en cualquiera caso del sexo de los sujetos activos y pasivos.

5. CONCLUSIONES

La Universidad española está obligada a poner en marcha mecanismos profílicos que eviten las situaciones de acoso. Para ello, debe empoderar a las personas que trabajan y estudian en su seno, haciéndoles partícipes de la necesidad de

preservar nuestro ámbito de confluencia de acciones no deseadas de contenido sexual y sexista, pues solo cuando a través de las convenientes políticas preventivas se coincide en la importancia de este tema, se podrá garantizar la igualdad y no discriminación en razón de sexo. En este sentido, el punto 7 del Protocolo de la UCA afirma que *“es absolutamente necesario garantizar el conocimiento de este Protocolo por parte de todos los integrantes de la comunidad universitaria. Los instrumentos de divulgación serán, entre otros, el envío de circular a todo el personal para información individual mediante un TAVIRA y su publicación permanente en la página Web de la UCA con acceso directo desde la presentación”*.

En esta línea, la primera forma de acabar con dichos comportamientos es la prevención personal, esto es, la autotutela por parte de cada una de las personas que formamos esta comunidad, que partan del conocimiento de los actos que no debemos de soportar. Sin duda alguna la institución debe ofrecer a su vez mecanismos de heterotutela que sirvan para cubrir las espaldas de las víctimas, a sabiendas, eso sí que la protección primaria depende de ellas. Mecanismos que a la par que tiendan a evitar o disminuir la victimización primaria, reduzcan también los riesgos de victimización secundaria, entendiéndose por tal aquellos daños que sufre la víctima a consecuencia de haber puesto la propia denuncia pues los riesgos de que se agrande el daño con carácter secundario y como efecto de un mal tratamiento burocrático son amplios y pueden favorecer que no denuncien los hechos, prolongando su sufrimiento.

Y lo primero que han de hacer las Universidades para poner en marcha este tipo de políticas que incidan en autotutela y posterior heterotutela de la víctima es facilitar un cauce para ello. Es decir, aprobar protocolos de actuación. En su interior, debería procederse a analizar la conveniencia o no de admitir la “mediación” donde las Defensorías universitarias tiene tanto que decir, como forma de resolución de la situación de violencia que genera el acosador para su víctima: basta comprobar el impulso que su figura y sus funciones han recibido con la aprobación del *Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario*.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
47-59

PROCOLOS DE ACTUACIÓN CONTRA EL ACOSO LABORAL EN LA UNIVERSIDAD: ESPECIAL REFERENCIA A LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Nieves SANZ MULAS

*Profesora Titular de Derecho Penal
Directora de la Unidad de Igualdad
Universidad de Salamanca*

Ana HAVA MORENO

*Facultad de Derecho
Universidad de Salamanca*

Resumen: en el siguiente trabajo se explica el protocolo que está siendo elaborado en la Universidad de Salamanca para la prevención del acoso en el entorno laboral. Se indica su ámbito de aplicación, las conductas consideradas como acoso, el procedimiento a seguir, los derechos de las personas solicitantes, las diferencias existentes respecto a la conformación de la Comisión de Prevención del Acoso en el Entorno Laboral, siendo éste el órgano encargado de tomar las decisiones definitivas en los procedimientos que se incoen.

Laburpena: ondorengo lanean Salamancako Unibertsitatean burutzen ari den lan arloko jazarpeneri buruzko protokoloa azaltzen da. Bere aplikazio eremua, jazarpen bezala ulertzen diren jarrerak, jarraitu beharreko prozedura, eskatzailearen eskubideak, Lan Arloko Jazarpeneraren Prebentziorako Komizioaren konformazioaren diferentziak, hau izanik erabakiak hartzen dituen organoa.

Résumé : Cet article explique le protocole qui est développé à l'Université de Salamanca pour la prévention du harcèlement en milieu de travail. Sont envisagés sa portée, les comportements considérés comme harcèlement, la procédure à suivre, les droits des requérants, les différences existant en ce qui concerne la mise en place de la Commission pour la Prévention du Harcèlement en Milieu de Travail, qui est l'organisme responsable de prendre les décisions finales dans les procédures qui soient ouverts.

Summary: the next job explains the protocol that is carrying out the University of Salamanca for the prevention of harassment in the workplace; its area of application, behaviors that constitute harassment, the procedure, the rights of applicants, the differences regarding the formation of the Committee on Prevention of Harassment in the Workplace, which is the body that takes the final decisions in the proceedings.

Palabras clave: Acoso en el entorno laboral, protocolo, Universidad de Salamanca.

Hitz gakoak: Lan arloko jazarpena, protokoloa, Salamancako Unibertsitatea.

Mots clés : Harcèlement au travail, protocole, Université de Salamanca.

Keywords: Harassment in the workplace, protocol, University of Salamanca.

I. DELINEAMIENTOS GENERALES: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

La Universidad de Salamanca, en respuesta al acoso moral por razón de género en el ámbito universitario, se halla en estos momentos en la fase de aprobación del denominado **“Protocolo de prevención del caso en el entorno laboral de la Universidad de Salamanca”** –a partir de ahora el *Protocolo*–.

Hasta su entrada en vigor, el modo en que se han resuelto –y se siguen resolviendo– los posibles conflictos habidos en la materia, es de un modo informal, donde el Vicerrectorado de Profesorado –respecto al PDI– y Gerencia –respecto al PAS– median buscando alcanzar una solución lo más amistosa posible al problema.

Han sido ciertamente escasos los supuestos que han llegado a conocimiento del Rectorado. Un número insignificante que, sin embargo, no creemos se deba a la inexistencia de este tipo de situaciones en nuestra realidad universitaria, sino a otro tipo de motivos que retraen las consiguientes denuncias: el desconocimiento de cómo poder actuar; el miedo a las posibles represalias y venganzas, sobre todo cuando aún no se tiene un puesto fijo en la Administración –situación, por otro lado, cada vez más común–; el sentimiento de desprotección frente a la propia institución universitaria, la falta de solidaridad entre compañeros; etc.

Con vistas a solucionar el actual estado de cosas, en su Declaración de principios el *Protocolo* declara que *“Toda persona tiene derecho a recibir un trato cortés, respetuoso y digno y a que se respete su dignidad y su integridad física y moral, no pudiendo estar sometida en ninguna circunstancia, ya sea por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, incluida su condición laboral o funcionarial, a tratos degradantes, humillantes u ofensivos. En virtud de este derecho, la USAL reconoce la necesidad de adoptar medidas para garantizar que todos los miembros del personal disfruten de igualdad de oportunidades y trato. Se reconoce que todas las formas de acoso constituyen no solo una afrenta al trato equitativo, sino también una falta muy grave que no puede ni debe ser tolerada”* (art. 3º.1).

En base a ello, incumbe a todo el personal de la USAL la responsabilidad de cumplir con las disposiciones en materia de acoso establecidas en dicho *Protocolo*, buscando la colaboración de todo el personal para su aplicación y funcionamiento, garantizando así un entorno laboral libre de conflictos interpersonales y de todo tipo de acoso (art. 3º.2).

II. OBJETIVOS DEL PROTOCOLO

El protocolo tiene como objetivo establecer los mecanismos de actuación para la prevención del acoso en el entorno laboral y proponer, en su caso, medidas de intervención que permitan resolver los conflictos en este ámbito dentro de la propia institución, y ello sin perjuicio de que la persona afectada pueda optar por otras vías administrativas o judiciales (art. 1º).

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN: PERSONAS PROTEGIDAS

El *Protocolo* no se aplica a toda la comunidad universitaria, sino que al tratarse de un protocolo de prevención del acoso en el ámbito laboral se limita a los siguientes colectivos (art. 2º):

- Personal docente e investigador (PDI), tanto funcionarios como laborales
- Personal de administración y servicios (PAS), tanto funcionarios como laborales
- Personal de formación y categorías asimiladas
- Personal de entidades externas que presten servicios en instalaciones de la Universidad de Salamanca, en el marco de la coordinación de actividades empresariales establecidas en el art. 24 de la Ley 31/1995, siempre que se encuentre también implicado personal de la propia Universidad.
- Personas que hubieran pertenecido a los colectivos anteriormente señalados y que ya no ostenten dicha condición, siempre y cuando hubieran solicitado el inicio del procedimiento con anterioridad a la finalización de su relación laboral o funcional.

IV. EL PROTOCOLO FRENTE AL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

1. Definición

A los efectos del *Protocolo* se ofrece la definición de diversos tipos, formas, conductas y procesos de acoso, y entre ellos del acoso por razón de sexo. Respecto a éste, en su artículo 4º.3 dice:

“el art. 7.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres define el acoso por razón de sexo como “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. El acoso por razón de sexo, por tanto, es un tipo de acoso moral o psicológico, siendo válida la misma definición pero añadiéndose la motivación basada en el sexo de la persona acosada. Tal clase de acoso comprende sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, el ejercicio de los derechos de conciliación, etc.”

2. Algunas conductas de acoso por razón de sexo según factores de riesgo

Sea como fuere, el *Protocolo* acompaña un Anexo III en el que enumera algunas conductas de acoso según factores de riesgo. Al respecto, considera comportamientos que, por si solos o junto con otros, pueden evidenciar la existencia de una conducta de acoso por razón de sexo los siguientes:

A) Aislamiento y rechazo o prohibición de comunicación

Con estas actuaciones –dice el *Protocolo*– se persigue reducir las posibilidades de la víctima de mantener contactos sociales y de comunicarse adecuadamente con los otros, incluida la propia persona acosadora, mediante actos tales como asignarle puestos de trabajo que le aislen de sus compañeros y compañeras o ignorar su presencia.

B) Atentados contra la dignidad personal

Según el *Protocolo*, estas actuaciones van dirigidas a desacreditar o impedir a la víctima mantener una reputación personal o laboral, consistentes en ridiculizarla a través de comentarios desfavorables o insultantes sobre la vida personal y apariencia, calumniarla, cuestionar constantemente de manera injusta sus decisiones, o atacar sus creencias políticas, o religiosas, o sus tendencias sexuales.

C) Atentados contra las condiciones de trabajo

Con estas actuaciones se pretende reducir la ocupación de la víctima y su empleabilidad, como son no asignarle trabajo alguno, asignarle tareas totalmente inútiles, sin sentido o degradantes, atribución sistemática de tareas diferentes, superiores o inferiores a las competencias de la persona, impartir órdenes contradictorias o imposibles de cumplir o criticar los trabajos que realiza.

D) Violencia verbal o gestual

Son actuaciones que afectan a la salud física o psíquica de la víctima, como son obligarle malintencionadamente a realizar trabajos peligrosos o especialmente nocivos para la salud, amenazarle o gestos de violencia física como empujarle.

Finalmente, recordemos, como también lo hace el *Protocolo*, que no se trata de un listado exhaustivo.

3. Otras modalidades de acoso también incluidas en el *Protocolo*

Junto al acoso por razón de sexo, el *Protocolo* recoge también las siguientes formas de acoso:

A) Acoso moral o psicológico

El acoso psicológico en el trabajo como riesgo laboral es definido por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) como la “exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud”. En definitiva, el acoso moral o psicológico se define como la situación en la que una persona o grupo de personas ejercen o colaboran en el ejercicio de violencia psicológica hacia una o varias personas realizada con una cierta reiteración, en el lugar de trabajo, o con motivo, ocasión o comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, minar su autoestima, perturbar el ejercicio de sus labores, degradar deli-

beradamente las condiciones de trabajo de las personas agredidas, etc., produciendo un daño progresivo y lesivo a su dignidad (art. 4º.1)

De esta definición de acoso se deduce, según manifiesta el propio protocolo en su Anexo III, la existencia de dos partes enfrentadas entre las que se puede diferenciar, por una parte, a las personas que hostigan con comportamientos y actitudes activos y dominadores, así como, por otra, a la persona acosada, que experimenta actitudes y comportamientos de tipo reactivo o inhibitorio. La expresión de las situaciones de hostigamiento psicológico hacia un individuo se manifiesta de muy diversas maneras, a través de distintas actitudes y comportamientos. En todo caso, y al igual que hace en relación al acoso por razón de sexo, el Protocolo presenta una relación no exhaustiva de algunas conductas de acoso psicológico en el trabajo y que distribuye en los siguientes tipos (Anexo III):

- *Ataques a las personas afectadas con medidas organizacionales*: restringir a la persona las posibilidades de hablar; cambiar su ubicación separándola de sus compañeros; obligarle a ejecutar tareas sin sentido, por debajo de sus capacidades, degradantes, con datos erróneos o en contra de su conciencia; juzgar su desempeño de manera ofensiva; o controlar de forma excesiva su tiempo y tareas.
- *Ataques a las relaciones sociales de la persona afectada*: restringir a los compañeros la posibilidad de hablar con una persona; rehusar la comunicación con ella a través de miradas o gestos, o no comunicándose directamente con ella; no dirigirle la palabra o tratarle como si no existiera.
- *Ataques a la vida privada de la persona afectada*: criticar permanentemente su vida privada; someterle a terror telefónico; hacerle parecer estúpida; dar a entender que tiene problemas psicológicos; mofarse de sus discapacidades; imitar sus gestos, voz u otros rasgos característicos; o mofarse de su vida privada.
- *Violencia física*: ofertas sexuales, violencia sexual; amenazas de violencia física; uso de violencia menor; maltrato físico.
- *Ataques a las actitudes de la persona afectada*: ataques a sus actitudes y creencias políticas o sindicales¹; ataques a sus actitudes y creencias religiosas; o mofas a su nacionalidad.
- *Agresiones verbales*: gritos o insultos; críticas permanentes a su trabajo; o amenazas verbales.
- *Rumores*: hablar mal de ella a su espalda, o difundir rumores acerca de ella.

1. Respecto al acoso por razones ideológicas o por pertenencia a organizaciones políticas o sindicales, el Protocolo enumera como posibles conductas (Anexo III):

- I. Acciones destinadas a discriminar, excluir o aislar a una persona por su pertenencia a una organización política o sindical.
- II. Acciones destinadas a obstaculizar y desacreditar la actuación representativa sindical.
- III. La manipulación de la reputación personal o profesional de las personas por su adscripción ideológica o sindical, mediante la difamación, ridiculización o desacreditación.

B) Acoso sexual

El art. 7.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres define el acoso sexual, sin perjuicio de lo establecido en el Código penal, como “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Por ello, constituye acoso sexual toda conducta o comportamiento sexual en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, que atente contra la dignidad de una persona, haciendo que esta se sienta intimidada, coaccionada, humillada u ofendida. El acoso sexual se puede exteriorizar a través de gestos, actos o palabras, y puede ser de carácter ambiental, explícito o chantaje sexual. Puede considerarse acoso sexual el comportamiento coercitivo utilizado para controlar, influir o afectar al empleo, la carrera profesional o la situación de una persona, y abarca los comportamientos tanto en el lugar de trabajo o en funciones sociales ligadas al trabajo, como durante los viajes o misiones emprendidos en relación con el trabajo, o la labor realizada sobre el terreno en relación con los proyectos en los que participe la Universidad de Salamanca. El acoso sexual se distingue de las aproximaciones libremente aceptadas o toleradas por la persona que es objeto de ellas. A cada persona le corresponde determinar el comportamiento que aprueba o tolera, y de parte de quien (art. 4º.2).

El Protocolo considera posibles conductas de acoso sexual según factores de riesgo (Anexo III):

- I. El contacto físico deliberado y no solicitado, o un acercamiento físico excesivo e innecesario.
- II. Observaciones sugerentes, bromas, comentarios o gestos repetidos de carácter sexual acerca del cuerpo, la apariencia, la condición sexual o el estilo de vida de una persona.
- III. Llamadas telefónicas, cartas o mensajes SMS o de correo electrónico de carácter ofensivo o sexual.
- IV. La persecución reiterada y ofensiva contra la integridad e indemnidad sexual.
- V. La exposición o exhibición de gráficos, viñetas, dibujos, fotografías o imágenes de Internet de contenido sexualmente explícito, no consentidas y que afecten a la integridad e indemnidad sexual.
- VI. Preguntas e insinuaciones acerca de la vida privada de una persona, que afecten a la libertad sexual.
- VII. Miradas, gestos lascivos, muecas, bromas o proposiciones sexualmente explícitas que afecten a la libertad sexual.
- VIII. Invitaciones persistentes para participar en actividades sociales lúdicas, pese a que la persona objeto de las mismas haya dejado claro que resultan no deseadas e inoportunas.
- IX. Invitaciones impúdicas o comprometedoras y peticiones de favores sexuales cuando las mismas se asocien, por medio de actitudes, insinuaciones o directamente a una mejora de las condiciones de trabajo, a la estabilidad en

el empleo o afectar a la carrera profesional o existan amenazas en el caso de no acceder la víctima.

- X. Cualquier otro comportamiento que tenga como causa o como objetivo la discriminación, el abuso, la vejación o la humillación de la persona por razón de su contenido sexual.

4. Posibles conductas de acoso

En cualquier caso, se trate de un acoso por razón de sexo, de un acoso moral o psicológico o de un acoso sexual, según el mismo artículo 4º, en su apartado 4, las conductas de acoso abarcan todo acto, declaración o solicitud que pueda considerarse:

- Vejatorio,
- discriminatorio,
- ofensivo,
- inhumano,
- degradante,
- humillante,
- intimidatorio,
- violento,
- o una intrusión en la vida privada.

5. Formas de acoso

Las formas de acoso, de su parte, y en todos las modalidades de acoso recogidas en el *Protocolo*, pueden ser tanto *verticales* –entre personas con relación jerárquica– como *horizontales* –entre personas sin relación jerárquica–.

De su parte, el acoso vertical puede ser tanto *ascendente* –el autor está jerárquicamente subordinado a la víctima– como *descendente* –el autor tiene ascendencia jerárquica sobre la víctima– (art. 4º.5).

6. Criterios orientativos de valoración sobre las conductas de acoso, su evolución y sus fases

En su Anexo II, el *Protocolo* facilita la identificación de las posibles conductas de acoso –cualquiera que sea la modalidad– al recoger unos criterios orientativos sobre qué se debe considerar acoso y qué no; y sobre cual es la evolución y las fases del proceso de acoso.

A) Conductas de acoso, ¿qué se considera acoso y qué no se tiene que considerar acoso?

Lo que diferencia el acoso psicológico de otros problemas derivados de la organización del trabajo es: la intencionalidad de causar daño, su focalización en una o diversas personas, la repetición de los hechos, su frecuencia y la continuidad en el

tiempo. En ausencia de estas características, se puede hablar de otros factores de riesgo en la organización del trabajo (como los conflictos interpersonales, de rol, etc) pero no de acoso psicológico.

Por tanto, los rasgos más característicos para poder identificar una situación de acoso psicológico son:

- *La existencia de dos partes:* el acosador o acosadores, o colaboradores con los mismos, y la víctima.
- *La existencia de una situación asimétrica:* correlación de fuerzas desequilibrada, bien porque la víctima no puede defenderse o huir, bien por motivos sociales (posición jerárquica, categoría profesional) o por motivos económicos (dependencia material, estabilidad laboral), o bien por causas físicas (edad, fuerza o resistencia física) o psíquicas (amor propio de la víctima, carisma del acosador).
- *Los comportamientos han de estar claramente destinados a causar mal a la víctima y con determinación,* a través de actitudes destinadas a desacreditarla, discriminarla, ofenderla, humillarla, intimidarla o violentarla.
- *La adopción de estos comportamientos tiene que ser sistemática y prolongada en el tiempo,* y han de estar claramente destinados y focalizados sobre una persona o bien sobre un grupo muy reducido de personas. *Durante la primera fase,* por lo general, *el agresor adopta los comportamientos de acoso de manera secreta, oculta o sutil.*
- *El objetivo básico de los comportamientos de acoso es liberarse de una persona o hacerle el vacío porque resulta incómoda,* ya sea por motivos personales, profesionales, sindicales, económicos, políticos, religiosos, ideológicos o cualquier otro de los que se encuentran recogidos como derechos reconocidos por la legislación vigente.

En consecuencia, no debe considerarse acoso:

- *Un acto singular,* discusión, castigo o un estado de mal humor puntual, un cambio de lugar o de centro de trabajo sin consulta previa pero justificado, un cambio de horario no programado, etc.
- *Un hecho colectivo de tipo organizativo,* aunque no sea justificado ni tampoco previamente consultado (ej., disminución de salario, modificación de horario de trabajo, anulación de las horas extras, etc.).
- *Conflictos colectivos de trabajo, protestas u otros conflictos,* entre ellos la huelga, así como otros conflictos verbales, gestuales o escritos entre representantes de la empresa y de los trabajadores o cualquier otra acción de protesta o de enfrentamiento.
- *La presión para trabajar más y mejor.* El ejercicio arbitrario del poder empresarial, que busca un mayor aprovechamiento del trabajador, se diferencia del acoso en el hecho de que no tiene la intención de ocasionar un perjuicio al trabajador.
- *Los conflictos entre dos interlocutores o más,* por molestos que sean, y que discuten, con más o menos fortuna, pero al mismo nivel. Porque en el acoso

no se quiere resolver ningún problema; al contrario, el acosador lo que pretende es frenar o impedir cualquier comunicación.

- *La exposición continuada a condiciones de trabajo negativas inherentes a la tarea*, ya sean físicas (manipulación de pesos excesivos), higiénicas (inhalación de contaminantes), ergonómicas (estar de pie toda la jornada), psicosociales (exigencias de la tarea superiores a la capacidad de la persona), organizativas (ritmo de trabajo excesivo) o sociales (sueldo bajo).
- *Las críticas constructivas frecuentes o las evaluaciones relativas al trabajo o al estudio, siempre que sean explícitas y no estén al servicio de un intento de represalia*. Así como la supervisión o control del trabajo siempre que no afecte a la dignidad del trabajador.
- *El comportamiento poco respetuoso o insultante que un mando o un compañero tiene con todo el mundo*, siempre que no utilice procedimientos perversos.

B) Evolución y fases del proceso de acoso

El Protocolo, siguiendo a Leymann, distingue cuatro fases respecto al acoso en el ámbito laboral:

1. *Conflicto*: cuando los conflictos se vuelven crónicos de manera abierta o encubierta, y las resoluciones se cierran en falso, pueden derivar en posibles acciones de acoso.

2. *Estigmatización*: las personas afectadas empiezan a recibir ataques psicológicos, de una o varias personas, sin que los que lo presencian intervengan para evitarlo. Porque las situaciones de acoso suelen ser conocidas por más personas, que sin embargo no actúan por miedo a resultar perjudicadas.

3. *Intervención*: cuando las directivas toman conciencia de la gravedad y son necesarias medidas de intervención, éstas se pueden orientar a resolver el conflicto o, por el contrario, a negarlo y ocultar el problema, lo que incrementa la gravedad de la situación y el malestar de la persona afectada.

4. *Eliminación*: si el conflicto se vuelve crónico, se puede etiquetar a la persona como empleado/a difícil, problemática o con enfermedades mentales. El estadio más extremo comporta la marginación o la exclusión de la vida laboral a través del aniquilamiento, el despido o la baja laboral.

V. PROCEDIMIENTO A SEGUIR SEGÚN EL PROTOCOLO

1. Declaración de principios (art. 3º)

- Derecho a iniciar el procedimiento o a ayudar a su esclarecimiento sin miedo a intimidación o represalia, trato injusto, discriminatorio o desfavorable.
- Si la constatación de los hechos no es posible, no cabrán represalias, sino que se supervisará con especial atención la situación para asegurarse de que el presunto acoso no se produce. No obstante, se adoptarán las medidas

disciplinarias correspondientes en caso de acusaciones falsas o malintencionadas que busquen la manipulación de la reputación personal o profesional de una persona. Asimismo se garantizará la presunción de inocencia de las personas que puedan resultar acusadas de posible acoso.

- Se reconoce la obligación de salvaguardar el derecho a la intimidad y la confidencialidad durante todo el proceso y respecto a todos los implicados en el mismo. La documentación en relación con el resultado del proceso se utilizará única y exclusivamente para los objetivos y términos recogidos en el presente *Protocolo*.
- El Defensor/a de la comunidad Universitaria, la Unidad de Igualdad, el Servicio de Asuntos sociales y la Oficina de Prevención de Riesgos Laborales –de ahora en adelante, OPRL– se estiman piezas básicas y fundamentales en materia de información, ayuda y asesoramiento, pudiendo acudir a estos órganos tanto las personas solicitantes de intervención, como las afectadas por la solicitud y todas cuantas se contemplen en el *Protocolo*.

2. Derechos de las personas protegidas (art. 5º)

a) Las personas solicitantes y las personas a quienes se refiere la solicitud de intervención tienen derecho a:

- Ser atendidas en los problemas relacionados con el acoso y/o las secuelas relacionadas con el mismo.
- La realización de un seguimiento durante todo el proceso.
- Ser acompañadas durante las actuaciones del *Protocolo* por una persona de su elección.
- Ser escuchadas, informadas y asesoradas y a recibir un trato justo.
- Recibir información para desarrollar sus habilidades personales para afrontar la situación.
 - Promover la recusación motivada de cualquiera de los miembros de la comisión

b) Las personas solicitantes, además, tienen derecho a:

- Ser protegidas.
- Solicitar la intervención prevista en el *Protocolo*.

c) Las persona a las que se refiere la solicitud de intervención, además, tienen derecho a:

- Conocer la naturaleza y el contenido de las quejas o solicitudes presentadas que les afecten.
- La presunción de inocencia y, en su caso, a defenderse de posibles acusaciones.

3. Procedimiento a seguir

A) Servicio de recepción en el SAS

La recepción, atención, ayuda, orientación e información se llevará a cabo a través del Servicio de Asuntos Sociales (SAS). Este servicio será prestado por personal formado en mediación de conflictos interpersonales y en materia de acoso y su prevención (art. 7º).

B) Inicio del procedimiento a través de la presentación del correspondiente escrito

El procedimiento se iniciará con la presentación de un escrito (el protocolo adjunto un modelo de escrito en su Anexo I) dirigido a la presidencia de la Comisión de Prevención del Acoso en el Entorno Laboral –de ahora en adelante, la *Comisión*–, y podrá ser interpuesto tanto por la persona que se considere acosada, como por cualquier otro miembro de la Comunidad Universitaria, que tenga conocimiento expreso de la situación de acoso, y siempre con el consentimiento expreso de la persona interesada (art. 8º).

C) Valoración inicial y adopción de medidas provisionales (art. 9º)

1. Recibido el escrito, la *Comisión* valorará la situación y, en su caso, adoptará las medidas provisionales pertinentes, entre las que al menos estarán las siguientes:

a) Solicitar a la Dirección del SAS asesoramiento, orientación y asistencia tanto a la persona que se considera acosada como al resto de las personas implicadas, elevando el correspondiente informe confidencial.

b) Solicitar a la OPRL información sobre la situación previa de los riesgos psicosociales en el centro en el que presta sus servicios la persona que se considera acosada, así como otros indicadores que puedan resultar de interés.

2. Una vez analizados estos documentos por la *Comisión*, ésta decidirá si proceden nuevas medidas, entre la que pondrán estar:

a) Recopilar más información por el personal técnico especialista de la OPRL.

b) Entrevistar a la persona que se considera acosada y a la que ella identifica como acosador, por el personal técnico especialista de la OPRL que será asesorado, si así lo decide la *Comisión*, por personal especializado en resolución de conflictos interpersonales por la Dirección de dicha Oficina, de la Unidad de Igualdad y del SAS.

c) Solicitar asesoramiento sobre el caso a los Servicios Jurídicos

3. La OPRL emitirá un informe de valoración inicial con las conclusiones y propuestas que estime oportunas y lo elevará a la *Comisión*.

4. Si la *Comisión* conoce de la existencia, sobre el mismo asunto, de un expediente por falta laboral o infracción administrativa, la notificación de un despido disciplinario o el inicio de actuaciones penales, su presidente/a resolverá la suspensión inmediata de la intervención de la Comisión, pudiéndose retomar o no según proceda conforme a lo que resuelvan los órganos competentes. Esta suspensión no implica la suspensión, necesariamente, también de las medidas provisionales adoptadas, siguiendo a disposición de los afectados los servicios del SAS

5. Las personas y servicios que intervengan en el proceso, al igual que los miembros integrantes de la Comisión tienen el deber de sigilo y/o secreto profesional en relación con la información a que hayan tenido acceso, por lo que tendrán la obligación de observar secreto y no revelar, incluso una vez perdida la condición por la que accedieron a ella.

D) Valoración y adopción de medidas finales (art. 10º)

1. Con los informes recibidos, la Comisión realizará una valoración final adoptando las medidas correspondientes.

2. Se consideran medidas finales:

a) Dar por concluido el procedimiento al considerar que no se está ante un caso de acoso.

b) Proponer al Rectorado la adopción de decisiones sobre la realización de una nueva evaluación de riesgos laborales psicosociales en el centro en el que presta sus servicios la persona que se considera acosada, así como, en su caso, sobre la reordenación o la reorganización del trabajo o de puestos de trabajo en el mismo.

c) Informar al Rectorado del posible conflicto laboral o docente que se encuentra en el origen del problema para que adopte las medidas procedentes.

d) Cuando el conflicto pueda estar vinculado a personal de empresas que realicen obras o presten servicios a la USAL, se informará al rectorado para que adopte las medidas que procedan.

e) Dar traslado al Rector/a de las actuaciones si la *Comisión* considera que los hechos pueden ser causa de despido disciplinario o constitutivos de falta laboral, infracción administrativa o delito.

3. La *Comisión* realizará un seguimiento de la evolución de los casos y del cumplimiento de las medidas adoptadas por si resultara necesario adoptar otras.

4. Conformación de la Comisión

Este es el punto más conflictivo, y respecto al cual aún no se ha llegado a un acuerdo. En principio no hay ningún problema en aceptar que las primeras actuaciones se dirijan al SAS, pues cuenta con el personal especializado necesario, ahora

bien, a la hora de decidir cual será la conformación de la *Comisión* que adoptará las oportunas decisiones, hay un claro distanciamiento entre los representantes sociales y los demás integrantes de la mesa “negociadora” del *Protocolo*.

En un principio, y a juicio de quienes suscriben, parecería que la conformación más adecuada debería buscar la paridad entre los representantes sociales y el Equipo de Gobierno, con la presencia indiscutible de los dos órganos de garantía con que cuenta la USAL, que al ser elegidos por el Claustro gozan de completa autonomía en sus funciones: el Defensor del Universitario y la Unidad de Igualdad. Esta última sumamente importante en los supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo.

VI. CONCLUSIONES VALORATIVAS

Sin duda, las cosas son buenas o malas según con qué se les compare. Y teniendo en cuenta que hasta ahora no contábamos con ningún protocolo en materia de acoso, el que haya un documento casi terminado al respecto es un motivo de celebración, pues se trata de un paso inédito en la política universitaria de la USAL. Un *Protocolo*, de su parte, muy didáctico a la hora de identificar qué conductas se consideran o no acoso, lo cual sin duda tendrá un efecto pedagógico importante.

El asunto ahora es ver cuándo será finalmente aprobado, el modo en que quedará conformada la *Comisión*, y los obstáculos con que se encontrará en su funcionamiento, y que –siempre a nuestro juicio– pueden ir desde su utilización abusiva –como arma de venganza frente a viejas rencillas– hasta su inoperatividad real. Y ello porque las prácticas de acoso están claramente “enquistadas” en nuestra vida universitaria, y además “campan a sus anchas” en momentos, como los actuales, marcados por una competencia veroz en un marco de clara incertidumbre laboral, donde la promoción sigue dependiendo en gran medida del apoyo y respaldo de otras personas, y no sólo de los méritos personales.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS*

* Los textos que a continuación se presentan se enmarcan en el proyecto de investigación que llevaba por título “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” que fue subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, en el ámbito de los proyecto de investigación Fundamental no orientada en el período 2010-2013. Según se hacía constar en la memoria técnica de dicho proyecto de investigación, uno de los objetivos consistía en la realización de un estudio de derecho comparado que, a nivel europeo, nos permitiera una comparativa de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas existentes en el ámbito de los Estados de la UE. Para el abordaje de dicha temática, se optó por la técnica del cuestionario. Instrumento que se facilitó a los contactos y redes de investigación que los miembros del proyecto de investigación, con su Investigador Principal a la cabeza, disponen en los distintos Estados de la Unión Europea.

El cuestionario constaba de 9 preguntas abiertas, a través de las que se abordaba cuestiones relativas a los elementos penales y procesales básicos, correspondientes a los diferentes modelos de responsabilidad penal existentes en cada uno de los 27 Estados de la Unión.

Los cuestionarios recibidos fueron la fuente básica y fundamental para la elaboración de uno de los capítulos de los que constó el libro colectivo “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se publicó al finalizar el proyecto de investigación.

Los textos que ahora publicamos se corresponden con algunos de esos cuestionarios, siendo dicho motivo, la razón de la estructura propia de todos ellos.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
63-99

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL CASO BELGA¹

Vanessa FRANSSSEN²

*Assisterend Academisch Personeel - Plaatsvervangend Docent
Instituut voor Strafrecht
KU Leuven*

Resumen: En el siguiente artículo se muestra la regulación belga de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; sus características, los delitos por los cuales pueden las personas jurídicas responder penalmente, sus penas, así como la problemática suscitada en su aplicación práctica.

Laburpena: Ondorengo lanean pertsona juridikoen erantzukizun penalaren Belgikako erregulazioaren azalpena agertzen zaigu; ezaugarriak, pertsona juridikoen burutu ahal ditzaketen delituak, dagozkien zigorrak, eta aplikazio praktikoa sorturiko arazoak.

Résumé : L'article vise la réglementation belge de la responsabilité pénale des personnes morales; ses caractéristiques, les crimes pour lesquels les personnes morales peuvent répondre pénalement, leur peine, ainsi que les questions soulevées dans son application pratique.

Summary: The following article shows how is regulate the criminal liability of legal persons in Belgium, its characteristics, the offenses for which a legal person can respond and their penalties, among other important subjects also, the problems caused by its application.

Palabras clave: Responsabilidad penal, personas jurídicas, régimen de responsabilidad antropomórfico.

Hitz gakoak: Erantzukizun penala, pertsona juridikoak, erantzukizun erregimen antropomorfikoa.

Mots clés : Responsabilité pénale, personnes morales, régime de responsabilité antropomorphe

Keywords: Criminal liability, legal persons, anthropomorphic liability regime.

1. Texto originariamente en inglés, remitido por la autora en diciembre de 2013 y traducido por la Profesora Titular de Derecho Penal Ana I. PÉREZ MACHÍO (UPV/EHU) y la alumna de Criminología Leire BERASALUCE BEREZIARTUA (UPV/EHU). El presente trabajo se enmarca en el ámbito del Grupo de Investigación en Ciencias Criminales - GICCAS (2013-2018) Código: IT585-13; y en la Unidad de Formación e Investigación UFI 11/05.

2. Este informe se basa en una publicación anterior: R. VERSTRAETEN y V. FRANSSSEN, "Entidades Colectivas como sujetos del Derecho Penal. El caso de Bélgica y los Países Bajos ", A. FIORELLA y AMSTILE (eds), *Responsabilidad penal de las empresas y de Programas de Cumplimiento*, Nápoles, Jovene Editore, 253-311.

0. SU SISTEMA LEGAL RECONOCE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

0-A) Si es así, escribe brevemente el modelo de dicha responsabilidad:

En virtud de la legislación belga, durante mucho tiempo, fue imposible la declaración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas³.

Al igual que en la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil de la época, las personas jurídicas se consideraron inanimadas, amorales entes colectivos que carecían de cuerpo o alma, propios de un condenado⁴ y, por lo tanto, igualmente del elemento esencial para la declaración de responsabilidad penal, esto es, la culpa. Se partía de la idea de que la comisión de los delitos por parte de las empresas siempre se limitaba a la existencia de una persona física que actuaba en beneficio o a favor de la persona jurídica. Por lo tanto, era lógico sostener la responsabilidad penal del individuo, pero no así, la de la persona jurídica.

Como el sistema económico se componía, en gran parte, de pequeñas y medianas empresas, este sistema era bastante viable. En la mayoría de los casos, la identificación de la persona no causaba demasiados problemas. Sin embargo, las entidades corporativas más grandes y complejas fueron en aumento, dificultando la tarea de identificación de la persona responsable y, en particular, la de reunir las pruebas suficientes contra dicho sujeto.

El legislador belga trató de evitar, al máximo, la situación, apostando por soluciones intermedias⁵, algunas de ellas, existentes todavía a día de hoy (*infra*, 3-A.3). Finalmente en 1999, el legislador respondió a la necesidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, algo que fue adoptado de inmediato.

El legislador belga creó un régimen de sociedades responsables penalmente de manera autónoma y directa; lo cual implicaba, en primer lugar, que las personas jurídicas podían ser, por un lado, consideradas sujetos plenos de derecho penal y, por otro, procesadas y condenadas por un tribunal penal. Fundamental resultó, en este sentido, la necesidad de probar la responsabilidad penal directa de la persona jurídica; dicho de otra manera, el tribunal debía acreditar la culpabilidad de la corporación.

3. Como se explicará después (*infra*, 1 -A), el alcance de la responsabilidad penal “corporativa”, en virtud de la legislación belga no se limita a entidades con personalidad jurídica, ni a entidades privadas con actividades comerciales (corporaciones o “Entidades corporativas”). Sin embargo, el Derecho Penal belga emplea el término «persona jurídica» como un concepto comodín para todas las entidades colectivas que pueden ser consideradas penalmente responsables, incluso si carecen de personalidad jurídica. Por lo tanto, utilizaremos ese término en nuestras respuestas al cuestionario. Se empleará el término “corporaciones” sólo cuando se refiriere a las empresas. Por razones de conveniencia, nos referiremos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas como responsabilidad penal “corporativa”.

4. En relación con el artículo de COFFEE: JC COFFEE, JR, “Ningún alma para condenar: Nadie que golpear”: una escandalizadora investigación sobre el problema del castigo de las empresas”, 79 Mich.L.Rev. 1980-1981, 386-459.

5. 4 Para una discusión general de estas soluciones, véase R. VERSTRAETEN y V. FRANSSEN, *op. cit.* Responsabilidad penal de las empresas y Programas de Cumplimiento, párrafos 6-11.

El legislador belga, trató de combinar lo mejor de dos mundos. Por un lado, optó, explícitamente, por la responsabilidad penal autónoma de las empresas, lo que implicaba la necesidad de acreditar la culpabilidad de la persona jurídica⁶; y, por otro lado, creó un régimen de responsabilidad basado en una lógica antropomórfica⁷: esto es, en lugar de revisar y repensar a fondo el marco penal existente, el legislador se limitó a añadir algunos artículos en el Código Penal ya existente. En resumen, añadió un artículo en el que se establecía la responsabilidad penal de las entidades empresariales y otras personas jurídicas; algunos artículos sobre las sanciones a corporaciones (principalmente ajustes en la estructura existente, en la medida en que los delitos son penados con prisión), y otros preceptos sobre cuestiones de procedimiento. Este enfoque, sin embargo, se traduce en una legislación algo ambivalente, tratando a las personas jurídicas, de forma diferente y de manera similar a las personas físicas, sin dar nunca una clara razón para hacerlo.

1. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1-A) Empresas

En principio, el artículo 5 del Código Penal⁸ (más adelante, CC) se aplica a todas las personas jurídicas, incluyendo, tanto las que tienen fines lucrativos (empresas y otras organizaciones empresariales), como las entidades sin ánimo de lucro (como asociaciones sin ánimo de lucro, asociaciones de comercio, asociaciones profesionales y fundaciones), igualmente, las entidades públicas y privadas (por ejemplo, la empresa nacional de ferrocarriles).

El Derecho Penal no define de forma expresa los diferentes tipos de personas jurídicas⁹. Para obtener una definición legal hay que acudir a las leyes específicas sobre dicha materia. Por lo que respecta a las entidades con ánimo de lucro, habrá

6. Nota explicativa de la propuesta inicial Legislativa, Parl.Doc., Senado, sesión1998-1999, n1-1217/1, 5.

7. Nota explicativa de la propuesta inicial Legislativa, Parl.Doc., Senado, sesión1998-99, No 1-1217/1, 1.

8. Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte. Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable. Sont assimilées à des personnes morales: 1° les associations momentanées et les associations en participation; 2° les sociétés visées à l'article 2, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, ainsi que les sociétés commerciales en formation; 3° les sociétés civiles qui n'ont pas pris la forme d'une société commerciale. Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones l'agglomération bruxelloise, les communes, (les zones pluri communales,) les organes territoriaux

9. No hay nada especial o sorprendente acerca de este enfoque. En general, la ley penal belga sólo define un término o concepto de manera explícita cuando tiene un significado específico que difiere de la definición que se da en otros ámbitos de la ley, o su significado en el lenguaje cotidiano.

que acudir al Código de Comercio y, en relación a las entidades y organismos públicos sin fines lucrativos, habrá que estar a lo que determinen las leyes especiales.

Como se verá más adelante, el contenido del artículo 5 CC se extiende, sin embargo, a algunas entidades sin personalidad jurídica y se restringe con respecto a algunas entidades estatales y otras entidades de derecho público.

2. ¿HAY CORPORACIONES EXENTAS DE RESPONSABILIDAD PENAL?

El legislador restringe la aplicación del artículo 5 CC a un número de entidades jurídicas de derecho público que resultan exentas de la responsabilidad penal que en el mismo se contempla (artículo 5 párr. 4 CC¹⁰). En consecuencia, las personas jurídicas públicas siguientes carecen de responsabilidad penal: el Estado federal, las regiones y las comunidades, la “aglomeración de Bruselas”, las provincias, los municipios¹¹, algunas autoridades locales en algunos municipios grandes (llamados *organes territoriaux intracommunaux*), la Comisión Comunitaria Francesa (facultado para resolver ciertos problemas de la comunidad, en relación a la población de habla francesa en la región de Bruselas capital), la Comisión de la Comunidad flamenca (su contraparte para la comunidad de habla holandesa), la Comisión Comunitaria común, y los departamentos locales de servicios sociales (centros públicos de acción social).

Es importante destacar que la exención de responsabilidad del artículo 5 para. 4 CC sólo se aplica a las entidades públicas anteriormente mencionadas. No se extiende a las personas físicas que actúan en nombre o representación de las mismas, a diferencia de lo que sucede en otros Estados (por ejemplo, los Países Bajos y en algunos casos, Inglaterra y Gales). Esta situación suscita una serie de problemas especiales para los funcionarios públicos locales¹².

10. Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'agglomération bruxelloise, les communes, (les zones pluri communales,) les organes territoriaux intra communaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale'.

11. A fin de brindar una respuesta exhaustiva, hay que observar que las llamadas zonas de asistencia (*zonas de secours*) y *prezones* también están exentas de responsabilidad criminal. Se trata de zonas específicas creadas con el propósito de organizar la seguridad civil y la asistencia (*sécurité et civile de protection*). Ellos incluyen uno o más municipios y tienen atribuida una propia personalidad jurídica.

12. Mientras que los municipios no pueden tener responsabilidad penal, sus alcaldes y concejales sí pueden serlo. Esta situación se considera injusta porque expone a los funcionarios públicos a un muy alto riesgo de ser condenado por un tribunal penal. Se argumenta que los alcaldes, que son responsables de la seguridad y el orden público, podrían ser condenados por homicidio cada vez que ocurre un accidente en una carretera municipal que se debe a la condición defectuosa de la carretera. Esta preocupación es algo exagerada, ya que nadie puede ser condenado a menos que haya suficiente pruebas de la culpabilidad personal (por ejemplo, el conocimiento de la condición peligrosa de la carretera y haber dejado de hacer algo al respecto). No obstante, con el fin de responder a las preocupaciones de los funcionarios públicos locales, una serie de miembros del Parlamento (MPs) redactó un proyecto de ley en 2008 para limitar el alcance del artículo 5, párr. 4 CC, como resultado los municipios (y provincias) ya no irían más allá del alcance de la ley penal. Sin embargo, este intento parlamentario fracasó. En 2012, los diputados del mismo partido político presentaron una nueva proyecto menos complicado (infra, nota 16).

Por otra parte, la exención de responsabilidad de la persona jurídica pública excluye, igualmente, la justificación del fundamento de la misma, tal y como se establece en el art. 5, párr. 2 CC (infra, 2-E).

Desde el principio, quedó claro que la razón de la exención de responsabilidad del artículo 5, párr. 4 CC residía en el mero interés de dejar fuera del Derecho Penal a las entidades (y sub-entidades) estatales y nacionales. Sin embargo, el legislador sostuvo que dicha exención radicaba en la idea de la separación de poderes. En particular, se argumentó que la falta de responsabilidad penal se compensaba con la existencia de un control político suficiente, al no tener sentido que las entidades estatales tuvieran responsabilidad penal. Una situación de esta naturaleza sólo socavaría la confianza de los ciudadanos en el Estado, teniendo, en última instancia, los contribuyentes que pagar las multas penalmente impuestas a las entidades estatales, como consecuencia de los resultados típicos producidos por los ilícitos penales cometidos por las mismas¹³. No sorprende que los juristas criticaran la mencionada exención de responsabilidad, por entender que carecía de fundamento jurídico alguno (el Estado no está por encima de la ley), por comprender que este planteamiento estaba pasado de moda (¿por qué la responsabilidad penal es inconcebible si la responsabilidad civil ha sido aceptada desde 1920?¹⁴), e incluso, por ser una respuesta discriminatoria.

De hecho, los argumentos alegados por el legislador no resultan satisfactorios, puesto que la exención de responsabilidad suscita un gran número de flagrantes discriminaciones. Por ejemplo, no existe ninguna razón para distinguir entre las entidades jurídicas públicas exentas penalmente de responsabilidad, según el artículo 5 párr. 4 CC, y otras personas jurídicas públicas y privadas que también prestan servicios públicos similares. Por otro lado, las personas físicas que trabajan para una entidad jurídica de derecho público o actúan en su nombre, se encuentran en una posición completamente diferente, en función de, si dicha entidad es responsable penalmente o está exenta. En este último caso, los sujetos podrán invocar para su defensa el artículo 5, párr. 2 CC, cuando la persona jurídica ha cometido un hecho más grave (infra, 2 - E)¹⁵.

Algunas de las críticas vertidas anteriormente, han llegado hasta en tres ocasiones al Tribunal Constitucional, al entender que la exención de responsabilidad del artículo 5, párr. 4 CC resulta contraria a los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de discriminación (Art. 10-11 Constitución). Sin embargo, en cada una de dichas ocasiones el Alto Tribunal dictaminó que la exención de responsabilidad está objetivamente justificada, a la vista de la naturaleza política de las personas jurídicas públicas. De acuerdo con el Tribunal, estas entidades públicas se componen de órganos de elección directa y democrática, que

13. S. VAN DYCK and V. FRANSEN, 'De rechts persoon als strafbare dader: een grondige analyse van 10 jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer (part 1)', *TRV* 2008, 12.

14. Cass. 5 November 1920 (so-called *Flandriacase*), *Pas.* 1920, I, 193.

15. S. VAN DYCK y V. FRANSEN, *cit.*, *TRV* 2008, par. 12.

se someten a un control político, y que cumplen un papel político esencial en la democracia belga¹⁶.

Actualmente, existe un proyecto de ley ante el Parlamento federal que propone la abolición de la exención de responsabilidad del artículo 5, párr. 4CC¹⁷. Si esta propuesta prospera todas las entidades estatales y otras instituciones públicas contenidas en el actual artículo 5, párr. 4 CC serán tratadas como personas penalmente responsables.

3. ENTIDADES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA: ¿LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS, ES TAMBIÉN APLICABLE A LAS ENTIDADES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA?

Para evitar la discriminación entre las entidades con ánimo de lucro, esto es, las que tienen personalidad jurídica y las que no la tienen, el Parlamento decidió incluir las siguientes entidades sin personalidad jurídica (artículo 5, par. 3 CC¹⁸): las sociedades colectivas (*sociétés de droit commun*), las asociaciones temporales (*sociétés momentanées*) y las llamadas “empresas nacionales” (*sociétés internes*)¹⁹.

Aunque la preocupación subyacente parezca legítima, las entidades sin personalidad jurídica suscitan una serie de problemas particulares, específicamente respecto a cuestiones de representación (infra, 3-A.1), que el legislador no tuvo en cuenta, o no con suficiente destreza²⁰.

Las entidades sin ánimo de lucro sin personalidad jurídica (por ejemplo partidos políticos o sindicatos) no pueden ser consideradas penalmente responsables.

16. Trib. Const. 10 Julio 2002, No 128/2002, AA 2002, 1561, APM 2002, 151, *Moniteurbelge* (hereinafter: *M.B.*)

13 Noviembre 2002, 51012, *JDSC* 2003, 267, nota de caso M.-A. DELVAUX, *Rev.dr.pén.* 2003, 887, *RW*2002-03, 857, *JLMB* 2003, 54; TC. 12 de Enero 2005, No 8/2005, AA 2005, 79, *M.B.* 11 de Marzo 2005, 10538, *JLMB* 2005, 595, with case note of M. NIHOUL; Trib. Const. 21 de Febrero 2007, No 31/2007, *M.B.* 12 de Abril 2007, 20344, *T.Strafr.* 2007, 181, nota de caso of P. DE HERT and J. MILLEN, *T.Gem.* 2008, 262, with case note of P. WAETERINCKX. Para un análisis de esta jurisprudencia, véase S. VAN DYCK and V. FRANSSSEN, *op. cit.*, *TRV* 2008, para. 13.

17. Propuesta de ley modificada en el Código Penal respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica para un análisis de esta jurisprudencia, *Parl. Doc.*, House of Representatives, session 2011-12, No 2147/1.

18. ‘Sont assimilées à des personnes morales : 1° les associations momentanées et les associations en participation; 2° les sociétés visées à l’article 2, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, ainsi que les sociétés commerciales en formation; 3° les sociétés civiles qui n’ont pas pris la forme d’une société commerciale’.

19. Para más información ver K. Geens and C. CLOTTENS, “Belgium”, in K. GEENS, R. BLANPAIN and M. COLUCCI (eds), *International Encyclopedia of Law: Corporations and Partnerships*, Kluwer Law International, Alphen a/d Rijn, 2006, 185 *et seq.*

20. Para una discusión más detallada, ver S. VAN DYCK and V. FRANSSSEN, *op. cit.*, *TRV* 2008, para. 6.

1-A) La comisión de un delito:

1. ¿Qué delitos?, ¿del Código Penal?, ¿leyes penales especiales?

El artículo 5 CC²¹ recoge una norma general de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, en teoría, las personas jurídicas pueden ser consideradas penalmente responsables de cualquier tipo de delito²². Afortunadamente, el legislador belga no tuvo en cuenta los consejos de la sección legislativa del Consejo de Estado que se había pronunciado a favor de un principio de especialidad, similar al sistema Francés²³. Sin embargo, tal y como la posterior reforma del Código Penal francés demuestra, la existencia de un régimen de responsabilidad basado en un listado de delitos, resulta una opción excesivamente reducida²⁴.

Obviamente, hay algunos delitos que son menos propensos a ser cometidos por personas jurídicas, como la violación, la bigamia, o la conducción bajo la influencia del alcohol²⁵. Sin embargo eso no significa que la ley los deba excluir formalmente²⁶. Por ejemplo, no es del todo inconcebible, que detrás de una agencia de prostitución estuviera involucrada una persona jurídica en el tráfico de seres humanos o incluso en delitos de violación. Del mismo modo, una agencia de viajes podría ser procesada por violación o asalto sexual de menores, si se organiza a sabiendas de que se viaja al extranjero con el propósito del turismo sexual y se encarga de todos los acomodos necesarios²⁷. En los últimos años, también ha salido a la luz, la responsabilidad penal de empresas por violación de derechos humanos, a pesar de que las condenas sean aún escasas, debido a problemas probatorios²⁸.

21. Article 5, para. 1 CC: 'Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont Intrinsicquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elle sont été commises pour son compte'.

22. Nota explicativa de la propuesta inicial Legislativa, Parl. Doc, Senado, sesión1998-1999, n1-1217/1, 2; Cass. 20 de diciembre 2005, nP.05.1220.N, RABG2006, 1505, con el caso de la nota de P. WAETERINCKX, VAV2007, de 63 años, con el caso de la nota de S. VANDROMME; Cass. 26 de septiembre 2006, NoP.05.1663.N, RW2006-07, 1084, con la conclusión de C. Vandewal.

23. Advice Conseil d'Etat, *Parl. Doc.*, Senate, session 1998-99, No 1-1217/6, 120. Para una opinión crítica, véase A. DE NAUW and F. DERUYCK, 'De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen', RW 1999-2000, 901; PH. TRAEST, 'De Wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen', TRV 1999, 458-459.

24. Como siempre, la prueba del pudín está en comerlo-y es por eso que el legislador francés decidió abolir el principio de especialidad a finales de 2005. F. DESPORTES y F. LEGUNEHEC, *Droit Penal General*, París, Economica, 2006, 589 y ss., Párrafos 591 y siguientes.

25. Por el contrario, el Tribunal Constitucional dictaminó que las personas jurídicas no pueden ser víctima de acoso, ya que, a diferencia de los individuos, no son capaces de experimentar un "sentimiento problemático", que es un elemento constitutivo de acoso. Ver Const. Corte10 de mayo 2007, n° 75/2007.

26. R. VERSTRAETEN, *op. cit.*, *Nieuw vennootschaps- en financieelrecht*, 1999, 235, para. 6.

27. Cf. F. DESPORTES and F. LE GUNEHEC, *Droit péna Igénéral, op. cit.*, 591, para. 594.

28. J. WOUTERS and L. DE SMET, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen voor ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht in het licht van de Belgisch Genocidewet. Working Paper No 39",

Después de casi quince años de la previsión de la responsabilidad penal a las empresas, a día de hoy, forman parte de la práctica jurídica cotidiana un buen número de delitos empresariales, tales como el homicidio empresarial, delitos contra la salud y seguridad (incluyendo los accidentes de trabajo), los delitos ambientales y fiscales, la falsificación y por supuesto, el blanqueo de dinero. Con respecto a los accidentes de trabajo, hay que destacar que, en virtud al Derecho Penal belga, la más mínima forma de negligencia se califica como negligencia criminal.

- **Un acto cometido por un individuo**
 - **Típico**
 - **Típico y antijurídico**
 - **Los actos típicos, antijurídicos y culpables,**
 - **Los actos típicos, antijurídicos, culpables y punibles**

Dado que las personas jurídicas no tienen ni cuerpo, ni extremidades, el acto material de sus delitos siempre requiere de la intervención de uno o más individuos, independientemente de si el delito consiste en una acción o en una omisión. Sin embargo, como el sistema belga parte de una responsabilidad penal *autónoma* no es preciso que el individuo realmente cometa un delito. Dicho de otro modo, el comportamiento de la persona física no necesariamente tiene que cumplir con todos los requisitos legales del delito. Por ejemplo, la persona física no tiene por qué ser culpable del delito (aunque esto también sea posible, por supuesto). Basta que cometa el elemento material (*actus reus*) de la infracción, que luego será imputado a la persona jurídica, sobre la base de los criterios de adjudicación establecidos en el artículo 5, párr. 1 CC (*infra*, 1-D.2). Posteriormente, el tribunal tendrá que establecer el elemento subjetivo (*mens rea*) por parte de la persona jurídica (*infra*, 1 - D3).

1-B) ¿Por un individuo vinculado a la empresa? ¿Administradores? ¿Representantes legales? ¿Imputación automáticamente o en ciertos supuestos? ¿En ejercicio de funciones sociales? ¿En nombre, representación o beneficio de la persona jurídica? ¿Fallo del control o supervisión de la empresa? ¿Otros?

Bajo la ley belga no importa quién sea el sujeto que materializa el delito. A diferencia, por ejemplo, del artículo 121-1, párr. 1 del Código Penal francés, que limita la responsabilidad penal de las empresas a delitos²⁹ cometidos por agentes de la empresa o representantes de la misma, el artículo 5, párr. 1 CC. no especifica qué personas se califican como actores materiales para cometer el elemento material del delito³⁰ en nombre de la persona jurídica. En otras palabras, no importa si ese indivi-

29. Para una comprensión correcta hay que tener en cuenta que el sistema francés se basa en la responsabilidad indirecta. Esto significa que se requiere en primer lugar un delito (en todos sus elementos jurídicos) para ser cometido por un órgano o representante. En un siguiente paso este delito será atribuido a la empresa, siempre que la infracción la haya cometido la corporación. Este delito será atribuido a la empresa, siempre que la infracción se haya cometido en razón de la corporación.

30. Art. 5, Como explicaremos más adelante (...), no es necesario que el individuo que lleva a cabo el elemento material del delito cumpla con todos los requisitos legales de la infracción. Por lo tanto, él no tiene que ser no culpable del delito. Lo que importa es que su acto material podrá ser atribuido a la persona jurídica de acuerdo con los criterios legales del Arte. 5, par. 1 CC, y que se demuestre que es penalmente responsable del delito.

duo es un ejecutivo, director, gerente, empleado o una persona externa que actúa en nombre de la persona jurídica. Como cuestión principal, teniendo en cuenta que el legislador belga ha optado por la responsabilidad penal autónoma de las empresas, se requiere la existencia de la culpabilidad de la persona jurídica, no siendo preciso, si quiera, identificar al individuo³¹.

El Consejo de Estado fue muy crítico con la opción de no delimitar el grupo de personas físicas que puedan cometer un delito en nombre de la empresa³². En un sistema de responsabilidad penal indirecta o vicarial, habría sido totalmente legítimo, pero no se fundamenta en un sistema penal basado en la responsabilidad propia y autónoma de las empresas. Por otra parte, no se puede obviar la ambición del legislador al configurar un sistema de responsabilidad penal amplio y general para las personas jurídicas³³, motivo por el cual no tuvo en cuenta la opinión del Consejo de Estado. Además, la ley no especifica qué tipo de actos individuales pueden desencadenar la responsabilidad de la persona jurídica. En principio, cualquier acto que se pueda atribuir a la persona física, en base a uno o más criterios de los contemplados en el artículo 5, párr. 1 CC (infra, 1-D).

1-C) ¿Por qué la propia persona jurídica?

1. **¿Cuáles son los supuestos? (Decisiones penales de los órganos de dirección). Especificar**
2. **Criterios (asignación específica legal, judicial y / o doctrinal) a la empresa (por ejemplo, una organización predeterminada...).**
Especificar
3. **¿De la culpa legal de la entidad? Si es así, los fundamentos y criterios de determinación (legal, judicial y / o doctrinal)**

1) No hay suposiciones o presunciones en el Derecho Penal belga con respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas. Los tribunales siempre tienen que mirar los hechos concretos del caso.

2) Teniendo en cuenta el carácter autónomo o directo de la responsabilidad penal de las empresas bajo la ley belga, los tribunales tienen que establecer el elemento material (*actus reus*) y el elemento subjetivo (*mens rea*) de la persona jurídica.

Dado que las personas jurídicas no pueden cometer físicamente el elemento material de un delito, puesto que actúan a través de uno o más individuos, este elemento debe ser necesariamente atribuido (o imputado) a la persona jurídica. A tal efecto, el artículo 5, párr. 1 CC establece tres criterios de imputación. De acuerdo con esta disposición, una persona jurídica es penalmente responsable de los delitos

31. Nota explicativa de la propuesta inicial Legislativa, Parl. Doc., Senado, sesión1998-1999, n1-1217/1, 5; Informe de la Comisión JEANMOYE, Parl.Doc., Senado, sesión1998-1999, n1-1217/6, 18-19. Commission Report JEANMOYE, *Parl. Doc.*, Senado, sesion 1998-99, No 1-1217/6, 18-19.

32. Consejo del Consejo de Estado, *Parl. Doc.*, Senado, sesion 1998-99, No 1-1217/6, 119-120.

33. Commission Report JEANMOYE, *Parl. Doc.*, Senate 1998-99, No 1-1217/6, 8-9.

que están intrínsecamente ligados a la realización de su objeto (primer criterio) o con la finalidad de proteger sus intereses (segundo criterio) o por delitos que hayan sido cometidos en su nombre (tercer criterio).

A pesar de que el artículo 5, párr. 1 CC se refiere explícitamente al concepto “delitos”, nunca fue la intención del legislador exigir que una persona física tuviera que cometer un delito en todos sus aspectos, antes de que éste pudiera ser imputado a una persona jurídica. Este requisito habría marcado la voluntad para crear un sistema de responsabilidad penal vicarial o indirecto. Como se indicó anteriormente (1-B.2), basta con que una persona física, sea o no identificable, haya llevado a cabo el elemento material de un delito³⁴ que luego tendrá que ser imputado a la persona jurídica sobre la base de los criterios legales que anteceden.

El legislador belga prefiere tres criterios de imputación a uno, y por lo tanto, no copió el criterio promovido por el Consejo de Europa en su Recomendación sobre la responsabilidad de las entidades corporativas³⁵. Podría decirse que los tres criterios del artículo 5, párr. 1 CC proporcionan una mejor protección contra la responsabilidad objetiva, sobre todo en situaciones en las que un individuo abusa del marco legal de la persona jurídica para la comisión de un delito por propia cuenta o para su propio beneficio³⁶. Sin embargo, parece que el legislador se olvidó, por un momento, de que estaba estableciendo un sistema legal autónomo para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que la única protección eficaz contra la responsabilidad objetiva consiste en la exigencia de un hecho propio a la persona jurídica³⁷.

Por otra parte, los criterios jurídicos del artículo 5, párr. 1 CC no son acumulativos. Tampoco existe una cierta jerarquía a respetar entre los mismos. Basta con que uno de los criterios se cumpla para atribuir el elemento material a la persona jurídica³⁸. En la práctica, los tribunales sólo tienen que utilizar el criterio que mejor se

34. Esta interpretación se corresponde con el enfoque adoptado por el Consejo de Europa en la Recomendación ^o R (88) 18 sobre la responsabilidad de la personalidad jurídica de las sociedades que tengan delitos-cometidos en el ejercicio de sus actividades. Durante el debate parlamentario, el legislador explícitamente se refirió a esta recomendación (véase, por ejemplo Informe de la Comisión JEANMOYE, Parl.Doc., Senado, sesión1998-1999, n1-1217/6, 5 y 8). De acuerdo al punto I.2. del anexo de la Recomendación ^o R (88) 18, “[e] las empresa debería ser tan responsable como una persona física; tal y como una persona física comete el acto o la omisión de un delito y puede ser identificado o no>>(énfasis añadido). Este artículo debería ser interpretado de la siguiente manera: “De acuerdo con la recomendación I.2, la responsabilidad de la Compañía, debería estar establecida Independientemente de si una persona física puede ser identificada como el autor de los actos o omisiones constitutivas del delito. La falta de cualquier culpa personal [en la misma proporción de la persona física] esto necesariamente no excluye la responsabilidad de la empresa. (Nota Explicativa a la Recomendación ^o R (88) 18, párr. 19).

35. El Consejo de Europa indicó que las empresas deberán ser capaces de hacerse responsables de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades, aun cuando el delito es ajeno a los fines de la empresa» (apartado I.1, Anexo a la Recomendación R (88) 18, énfasis añadido).

36. Informe de la Comisión JEANMOYE, Parl.Doc., Senado, sesión1998-1999, n1-1217/6, 8.

37. V. FRANSSEN, ‘Daderschap en toerekening bij rechtspersonen’, NC 2009, 235, para. 21 (ofreciendo una discusión más profunda y explicaciones).

38. Esto ha sido confirmado recientemente por el Tribunal de Casación: Cass. 23 de enero 2013, nP.12.1424.F. Ver también V. FRANSSEN, *op. cit.*, NC 2009, 234, párr. 18, y las referencias allí.

adapte al caso particular en cuestión. Muy a menudo se aplica más de un criterio³⁹ o, simplemente, se cita el artículo 5, párr. 1 CC en su conjunto.

Sin duda, es posible la imputación a la persona jurídica de un gran número de hechos materiales, sobre la base del Artículo 5, párr. 1 CC. A pesar del riesgo de la responsabilidad objetiva, lo cierto es que los tres criterios, deliberadamente, fueron concebidos de forma bastante amplia e imprecisa, hecho éste que implica, inevitablemente una cierta superposición entre ellos. En cuanto al primer criterio, los Tribunales pueden tener en cuenta tanto el oficial, como el verdadero propósito de la persona jurídica⁴⁰. Con respecto al segundo criterio, se puede pensar en los intereses económicos de la entidad, intereses morales o el interés de la reputación⁴¹. En cualquier caso, el hecho de que la persona jurídica obtenga beneficios del acto de un individuo, no es más que una indicación objetiva de que este acto puede ser imputado a la primera, aunque, en sí mismo no demuestra la culpabilidad o la responsabilidad de la persona jurídica⁴². Por último, el tercer criterio (“a su nombre”) fue copiado del artículo 121-2, párr. 1 Francés CC y ofrece una gran variedad de posibilidades de imputación⁴³.

En suma, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia, cualquier acto material que se cometa dentro del ejercicio de las actividades de la persona jurídica⁴⁴, puede ser imputado a la misma, sobre la base de los criterios del artículo 5, párr. 1CC –y por lo tanto, podemos concluir que, la situación belga, en definitiva, se aproxima al criterio recomendado por el Consejo de Europa (*supra*). Únicamente los delitos producidos accidentalmente, en el entorno de una persona jurídica, ajenos a sus actividades (por ejemplo, una lucha espontánea⁴⁵ entre los empleados en el lugar de trabajo que daría lugar a un cargo de asalto y agresión) no podrían ser imputados a la misma.

39. Un tribunal que atribuye el elemento material sobre la base de dos criterios del art. 5, párr. 1CC no está obligado a tener en cuenta también el tercer criterio de dicha disposición. Véase Cass. 23 de enero 2013, nP.12.1424.F.

40. V. FRANSSEN, *op. cit.*, NC 2009, 237, para. 26, y las referencias.

41. V. FRANSSEN, *op. cit.*, NC 2009, 236-237, párrafos 24 a 25, que ofrece una discusión más extensa y algunos ejemplos de la jurisprudencia

42. V. FRANSSEN, *op. cit.*, NC 2009, 237-238, paras 28-29, ofreciendo una discusión más extensa.

43. V. FRANSSEN, *op. cit.*, NC 2009, 238, paras 30-31.

44. Al parecer, este criterio general, también es utilizado por los tribunales franceses. Ver J.-C. PLANQUE, «La responsabilité pénale des personnes morales en droit français. Une œuvre encore perfectible», en S. ADAM, N. COLETTE-BASECQZ and M. NIHOUL (eds), *La responsabilité des personnes morales pénale en Europa. Responsabilidad de las Corporativas en Europa*, Bruselas, laCharte, 2008, 194-195.

45. Sin embargo, si la lucha no es por un único evento sino un problema estructural, podría indicar que la empresa tiene una política fallida de recursos humanos. En ese caso, no es del todo hipotético que el elemento material de la infracción pueda ser atribuido a la entidad corporativa sobre la base de primer criterio de atribución. Por supuesto, demostrar la intención de la empresa no será fácil. Sin embargo, según la legislación belga también sería posible condenar a una persona jurídica por haber causado involuntariamente lesión corporal, que es un delito similar que requiere negligencia ordinaria, siempre que la política de recursos humanos, en su defecto, haya provocado la pelea. La evidencia de tal relación de causalidad estuvo del todo ausente en un caso de acoso en el lugar de trabajo en Bpost (es decir, la empresa nacional de correos) y dio lugar a la absolución de la corporación (Tribunal de Apelación de Bruselas, 21 de noviembre de 2007, no publicado, en los archivos del autor).

3) Como se mencionó anteriormente, el legislador belga quiso tratar a las personas jurídicas de la misma forma que a las personas físicas, al considerarlas sujetos jurídicos autónomos y distintos. De ahí la elección de un régimen de responsabilidad antropomórfico que requiere la concurrencia de negligencia o intencionalidad *por parte de la persona jurídica*. El *mens rea* requerido depende de la descripción legal del delito y, por lo tanto, es idéntico para las personas físicas y las jurídicas⁴⁶. A nivel teórico, este enfoque parece ser más bien único, o al menos muy progresivo, en Europa (y más allá de dichas fronteras)⁴⁷.

Contrariamente a los criterios establecidos en el artículo 5, párr. 1 CC para la imputación del elemento material, la ley no incluye ningún criterio específico con el que puedan contar los tribunales para establecer la concurrencia de dolo o culpa por parte de la persona jurídica. Mientras que el Consejo de Estado instó al legislador a incluir tales criterios legales⁴⁸, este último argumentó que correspondía a los tribunales establecer el requisito *mens rea*, a tenor de la totalidad de los elementos concurrentes en cada caso concreto. Como los criterios jurídicos podían ser eludidos fácilmente^{49/50}, el legislador se limitó a sugerir algunos elementos que los tribunales podrían tomar en consideración al evaluar la culpabilidad de las personas jurídicas. En algunos aspectos, estas sugerencias parecieron paradójicas y hasta confusas. Por ejemplo, por un lado, se argumentó que, con el fin de determinar la culpabilidad de una persona jurídica, los tribunales podrían basarse en su práctica, ya establecida con respecto a las personas físicas⁵¹. Por otro lado, los documentos parlamentarios subrayan que las personas jurídicas se diferencian de las personas físicas y que la evaluación del elemento subjetivo debe tener en cuenta las características propias de las personas jurídicas.

Por desgracia, el legislador no llega a especificar realmente estas características, ni la forma en la que podrían llegar a influir en la cuestión de la responsabilidad penal⁵². De cara a la propia evaluación de la culpabilidad de la persona jurídica,

46. En virtud del derecho penal belga cada delito requiere culpabilidad, o negligencia como el umbral mínimo. No hay tal cosa como un "delito de responsabilidad objetiva". Sin embargo, como se ha indicado antes, la negligencia, como base para la responsabilidad penal, coincide con la negligencia bajo la ley de responsabilidad civil. Como consecuencia, la falta menos grave (*levissima culpa*) es suficiente para ser considerada penalmente responsable. Este fallo puede establecerse sobre la base de cualquier elemento de hecho. Para un análisis más elaborado, véase V. FRANSSEN, *op. cit.*, NC 2009, p. 246, párr. 58.

47. Veremos que el enfoque holandés es bastante similar (*infra*, párr. 64 y ss.)

48. *Advice Conseil d'Etat, Parl. Doc., Senate, session 1998-99, No 1-1217/6, 121-122.*

49. *Commission Report JEANMOYE, Parl. Doc., Senate, session 1998-99, No 1-1217/6, 24 and 27.* Para una argumentación en la misma línea de razonamiento, véase A. DE NAUW en F. DERUYCK, *op. cit.*, RW 1999-2000, 904.

50. También se podría argumentar que los criterios jurídicos son superfluos, ya que, en un sistema de responsabilidad penal autónomo, simplemente no hay necesidad de transferir o atribuir el elemento de intencionalidad por parte de una persona física a la persona jurídica. Por el contrario, el elemento de intencionalidad se establece a nivel de la entidad.

51. *Commission Report JEANMOYE, Parl. Doc., Senate, session 1998-99, No 1-1217/6, 25-26.*

52. Nota explicativa de la propuesta inicial Legislativa, *Parl.Doc., Senado, sesión 1998-1999, n1-1217/1,5.*

lo único que queda claro es la relevancia de la conducta y el elemento subjetivo de los agentes empresariales⁵³, es decir, de las personas físicas que tienen la autoridad para tomar decisiones, en nombre de la persona jurídica, o para ejercer el control en la persona jurídica (es decir, los ejecutivos corporativos, tales como directores y gerentes)⁵⁴. Es precisamente este aspecto, el que sigue suscitando cierta polémica en el ámbito jurisprudencial tal y como veremos a continuación.

Desde esta perspectiva, cabe señalar que el Tribunal de Casación confirmó la necesidad de establecer explícitamente el elemento subjetivo de la persona jurídica⁵⁵. Sin embargo, no especificó cómo debían proceder los tribunales. Tampoco se aclara el papel de los agentes corporativos y ejecutivos. Al contrario, en una sentencia de 23 de septiembre del 2008, el Tribunal de Casación resolvió que los Tribunales pueden tener en cuenta el comportamiento de los ejecutivos de la persona jurídica, que pueden ser personas físicas (pero, en algunos casos, otras personas jurídicas), al acreditar la propia intencionalidad de la persona jurídica⁵⁶. En la sentencia recurrida, una persona jurídica fue declarada culpable, porque la persona física, que estaba al cargo del cumplimiento ambiental, había omitido, a sabiendas, la obligación de solicitar el permiso requerido (o la obligación de cumplir con el permiso que la persona jurídica que ya disponía⁵⁷). El Tribunal de Apelación de Amberes resolvió que la persona jurídica cometió el delito a través de esa persona física y, de este modo, llegó a la conclusión de que la primera era culpable del delito⁵⁸. Como la sentencia de apelación muestra claramente, hay una línea muy delgada entre “tener en cuenta” el comportamiento

53. Es decir una persona (a menudo un ejecutivo) quien representa a la persona jurídica y tiene el poder de decisión

54. Advice Conseil d'Etat, *Parl. Doc.*, Senate, session 1998-99, No 1-1217/6, 121.

55. Lo hizo por primera vez en: Cass. 12 de junio 2007, nP.07.0246.N, TGR-TWVR 2008, 141. En particular, el Tribunal de Justicia declaró: ‘Il ne peut y avoir d’incrimination simultanée d’une personne physique et moral d’une personne, conformément à cette disposition. Que Lorsque la personne moral est uniquement tenue responsable des agissements d’une personne physique identifiée ayant commis la faute sciemment. Ceci implique que la faute commise par une personne morale coïncident avec celle de la Personne physique ou que ces fautes soient étroitement liées, mais n’empêche pas que cette faute doit être présente dans le chef des deux personnes. Dès lors, la constatation du juge que la personne physique a commis la faute sciemment, ne suffit pas. Il doit constater cette faute également dans le chef de la Personne morale.’ (Párrafo 3, énfasis añadido). Por razones poco claras, el Tribunal de Casación ha omitido este requisito en otro juicio: Cass. 23 de enero 2013, nP.12.1424.F.

56. Literalmente, el Tribunal se pronunció de la siguiente manera: ‘Pour constater cet element moral, le juge peut se baser sur les comportements des organes de direction de la Personne morale ou de ses dirigeants, les quels peuvent notamment être des personnes physiques. (Cass. 23 de septiembre 2008, NoP.08.0587.N, RAGB2009, 477, con el caso de la nota de P. WAETERINCKX, párr. 6).

57. El Tribunal de Casación sólo se ocupa de las cuestiones jurídicas. Los hechos subyacentes precisos no siempre son claros a partir de la sentencia del Tribunal.

58. Les juges d’appel ont constaté qu’en tant que personne morale, la demanderesse est pénalement responsable, non seulement parce que les infractions sont intrinsèquement liées à la réalisation de son but et à la défense de ses intérêts, mais également parce que le prévenu K., comme personne physique identifiée ayant commis les faits sciemment et volontairement, assumait en fait la direction en matière de la problématique du permis d’environnement et que la demanderesse a dès lors agi par l’intermédiaire dudit prévenu, qui était non seulement dans la possibilité de commettre l’infraction mais également de remédier à la situation illégale, ce qu’il n’a pas fait’. (Cass. 23 September 2008, No P.08.0587.N, para. 7, emphasis added).

de alguien, como indicativo del elemento subjetivo de la empresa, e “imputar” a esa persona el comportamiento y el elemento de intencionalidad de la entidad corporativa o persona jurídica. Sin lugar a dudas, este último enfoque es incompatible con un sistema de responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas. Si bien el Tribunal de Casación reiteró la exigencia de establecer la propia culpabilidad de la persona jurídica⁵⁹, el fallo del Tribunal de Apelación mantuvo una frontera difusa entre la responsabilidad penal autónoma y la teoría de la identificación, que todavía se aplica en algunas jurisdicciones de derecho común. Aunque este último sistema no es totalmente idéntico a la responsabilidad civil subsidiaria, no hay que subestimar las dificultades de la teoría de identificación, a tenor de los problemas que suscita en el ámbito de la ley Inglesa⁶⁰.

A pesar de las dudas acerca del rol atribuido a los agentes empresariales y ejecutivos, los Tribunales, a medida que avanza el tiempo, se aproximan, cada vez más a la necesidad de atribuir la culpabilidad propia de las personas jurídicas. De hecho, en un caso del año 2013, el Tribunal de Casación confirmó que la culpabilidad de la persona jurídica no debe inferirse *automáticamente* de la culpabilidad de un agente corporativo⁶¹.

En cuanto a los delitos que requieren negligencia/imprudencia, los tribunales tienden a buscar evidencias de problemas estructurales en la persona jurídica. Por lo general, las siguientes situaciones se suelen interpretar como supuestos imprudentes por parte de las empresas: una mala organización interna, general o estructural, una política de seguridad inadecuada, la falta de un programa de cumplimiento ambiental, formación o dirección insuficiente en los empleados, la falta de comunicación interna y limitaciones para ello⁶². Con respecto a estos delitos, la autonomía de la responsabilidad penal de las empresas es bastante eficaz.

Sin embargo, para los delitos que requieren dolo (incluyendo casos en los que se produce un hecho: “a sabiendas”, “voluntariamente”, “a propósito” o “maliciosamente”) la autonomía es menos determinante. Por lo general, los supuestos de decisiones adoptadas por un agente de la empresa con poder de decisión independiente o los casos de decisiones tomadas por un órgano colegiado corporativo con

59. Cass. 23 de septiembre de 2008, No P.08.0587.N, par. 5

60. Uno de estos peligros es que la teoría de la identificación requiere la identificación previa de un individuo culpable por parte de la persona jurídica («la mente Directiva») antes de que la propia entidad se haga responsable. Cuando esto no es posible (por ejemplo, en las grandes empresas con una estructura de toma de decisiones complejas), la persona jurídica no puede ser declarada culpable tampoco. Para una discusión más detallada, véase V. FRANSSEN y R. VERSTRAETEN, “La volonté et la faute de la personne morale. Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence”, *JT*2010, para. 10, y las referencias en el mismo par. 17.

61. Cass. 19 de febrero 2013, N ° P.12.1072.N. En este caso, el agente de la empresa fue uno de los tres propietarios de la corporación. Curiosamente, los dos otros propietarios-directivos no fueron procesados. Sin embargo, no se consideró un obstáculo para demostrar la responsabilidad penal de la empresa de la infracción.

62. Para una discusión más extensa del caso y jurisprudencia, véase V. FRANSSEN y R. VERSTRAETEN, *op. cit.*, *JT* 2010, párrafos 29-36.

capacidad de decisión serán considerados como decisiones propias de la persona jurídica, a menos que existan contraindicaciones, como por ejemplo, el supuesto de un ejecutivo que se aprovecha de la persona jurídica para la comisión de un delito por cuenta propia, o para la toma una decisión en beneficio propio. El caso de un ejecutivo que adopta una decisión que se desvía de la política general adoptada por la persona jurídica, también resulta determinante para interpretar que dicha decisión no se puede atribuir a la persona jurídica, a menos que, por supuesto, la política corporativa oficial sea una mera fachada que oculta una línea una tendencia bien distinta a la realidad. Lógicamente, los Tribunales Penales siempre tendrán en cuenta la situación real⁶³. En suma, los supuestos de contraindicaciones anteriormente mencionados ilustran las virtudes de la responsabilidad penal autónoma: la persona jurídica sólo resultará condenada si es personalmente culpable del delito, de lo contrario, debe ser absuelta.

En algunos casos, el propósito, dolo o intencionalidad también podría ser el resultado de una aprobación silenciosa y de la falta de intervención de la persona jurídica para prevenir o detener la conducta criminal, aunque cualquier omisión en la intervención no puede tildarse de propósito, dolo o intencionalidad. Desde esta perspectiva, deben existir, pruebas fehacientes de que la persona jurídica omite a sabiendas la intervención⁶⁴; la mera negligencia (por ejemplo, la creación de un clima que parece haber facilitado la conducta delictiva), obviamente no es suficiente para la imputación de delitos dolosos. Con respecto a los delitos que requieren un especial elemento subjetivo (por ejemplo, “a propósito” o “maliciosamente”), la mera asunción silenciosa por parte de la persona jurídica no es suficiente para probar su culpabilidad, a menos que existan otros indicios adicionales de culpa, o al menos que la persona jurídica sea procesada como cómplice, en cuyo caso, será suficiente con el conocimiento del delito⁶⁵. Sin embargo, la persona jurídica dispondrá de una mejor defensa si se puede demostrar que sus ejecutivos o directivos se opusieron a la conducta delictiva y que se detuvo la infracción tan pronto como tuvieron conocimiento de la misma⁶⁶.

63. El legislador ilustra este punto con el ejemplo (hipotético) de una corporación que rechaza públicamente el lavado de dinero, pero, en realidad anima a sus empleados a adoptar riesgos muy altos, incluso si estos ascienden a las prácticas de lavado de dinero. (Informe de la Comisión JEANMOYE, Doc. parl, Senado, sesión 1998-1999, n.º 1. 1217/6, 27). Ver también V. FRANSSSEN y R. VERSTRAETEN, *op. cit.*, JT 2010, párr. 23, con referencia a A. MASSET, ‘La loi du 4 mai 1999 instaurant La responsabilité des personnes morales penale: extension une du filet pénal modalisée’, JT 1999, 656, nota 21.

64. Véase, por ejemplo, Cass. 19 de febrero 2013, N.º P.12.1072.N (en este caso uno de los propietarios-directivos sabían del delito, pero no hicieron nada para poner fin a la infracción por pereza y porque el delito dio a la empresa una ventaja competitiva).

65. V. FRANSSSEN and R. VERSTRAETEN, *op. cit.*, JT 2010, par. 22.

66. Véase también V. FRANSSSEN and R. VERSTRAETEN, *op. cit.*, JT 2010, para. 24.

¿Régimen específico de responsabilidad penal?

2-A) ¿Causas de justificación para las empresas? especificar

2-B) ¿Las causas específicas de exención de la responsabilidad? especificar

2-C) ¿Circunstancias agravantes?

2-D) ¿Circunstancias atenuantes específicas?

2-E) Circunstancias específicas de no punibilidad

2-A) No hay causas de justificación específicas para las personas jurídicas en el Derecho Penal belga, debido a la naturaleza antropomórfica del sistema de responsabilidad. Todas las causas de justificación relativas a personas físicas (por ejemplo, de autodefensa o la ejecución de un deber público) son, en principio, también aplicables a las personas jurídicas.

2-B) No existen excusas absolutorias específicas de la inocencia o causas de exención de la responsabilidad. Como sucede en el caso de la responsabilidad penal de las personas físicas, las personas jurídicas serán inocentes mientras no pueda demostrarse su culpabilidad. Dicho esto, la mayoría de las causas de exención de la responsabilidad de a las personas físicas (por ejemplo, las minorías y las enfermedades mentales o trastornos) no son, por razones obvias, aptas para personas jurídicas, a pesar de que su aplicación no se excluya formalmente.

2-C) y D) Dado que el sistema belga sigue una lógica antropomórfica, todas las circunstancias agravantes y atenuantes aplicables a las personas físicas se aplican *mutatis mutandi* a las personas jurídicas. Especialmente destacable resulta, el hecho de que el legislador optó por aplicar a las personas jurídicas las totalidad de las reglas previstas en para los casos de personas físicas, incluidas la tentativa, la complicidad, la reincidencia, etc. Sin embargo, existen lagunas legislativas que dificultan la aplicación de determinadas reglas para los supuestos de personas jurídicas, al estar diseñadas para personas físicas y siendo problemática la aplicación de algunas normas existentes a las personas jurídicas, porque esas reglas están diseñadas para personas físicas y se refieren al aumento o disminución de los niveles propios de la pena de prisión.

Las personas jurídicas también pueden beneficiarse de las mismas modalidades de ejecución de la condena aplicables a las personas físicas, incluyendo la posibilidad del cumplimiento fraccionado o de la suspensión de la condena, combinados, incluso, con la libertad condicional. El artículo 18 bis de la Ley de Libertad Condicional de 1964 convierte los límites legales de la pena de prisión existentes para el caso de personas físicas, en límites legales “basados en multas” para las personas jurídicas. Mientras el cumplimiento fraccionado y la suspensión de la condena son una práctica común en la jurisprudencia, es escaso el recurso a la opción de imposición de condiciones a la libertad condicional, no existiendo, en definitiva, un seguimiento de la conducta de la persona jurídica después de su condena, lo que obviamente crea una tensión entre la finalidad reinsertora (o rehabilitadora) y la orientada a la restricción (o incapacitación).

2-E) Existe una circunstancia (o regla) que permite la impunidad⁶⁷, en casos en los que una persona jurídica y una persona física se consideran culpables de un delito. El artículo 5, párr. 2 CC⁶⁸ establece que, cuando una persona jurídica sea considerada responsable, «exclusivamente», como consecuencia de la intervención de un individuo, sólo podrá ser condenado el que cometió el “delito más grave”. Por otra parte, si la persona física identificada ha cometido un delito doloso, “puede” ser condenada junto con la persona jurídica. La primera parte del párrafo 2 se conoce como la regla de *non-cumulative* (o en francés, *dé cumul*), que proporciona un fundamento de la impunidad de la persona (persona física o jurídica) que cometió el delito menos grave, y la segunda parte implica la regla llamada *cumulative* (o en francés, *cumul*).

Es preciso señalar que el artículo 5.º, párr. 2 CC es el resultado de la confabulación de intereses, en el proceso legislativo, de los partidarios y opositores a la responsabilidad penal de las empresas. El Parlamento optó por el compromiso de la tipificación, que trata de responder a las preocupaciones de todos los interesados, pero por desgracia, crea nuevos problemas⁶⁹. La redacción del párrafo 2 del artículo 5 CC provocó, de hecho, una gran confusión y dio lugar a numerosos debates en la doctrina y en la jurisprudencia. En los párrafos siguientes, nos limitaremos a la discusión relativa a los elementos sustantivos de esta extraña disposición, así como a algunos de los problemas clave derivados de la misma⁷⁰.

Como se señaló anteriormente, la regla no acumulativa abona el terreno a la impunidad⁷¹. Siempre que haya concurrencia de responsabilidad penal entre una persona jurídica y una física, y la persona física no cometa el delito “a sabiendas”, sólo una de ellas podrá ser condenada. La otra, esto es, la que cometió el delito menos grave, será absuelta, a pesar de que su comportamiento fuera claramente antijurídico y culpable. Desde esta perspectiva, se considera que la persona absuelta “no es digna de ser castigada”. En principio, son razones de política-criminal las que justifican dicha impunidad, tratando de fomentar determinados comportamientos o

67. El principio de la impunidad es una forma específica de la defensa de la responsabilidad penal.

68. Artículo 5, párr. 2CC: ‘Lorsque la responsabilité de la Personne morale est engagé exclusivement en raison de l’intervention d’une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps de que la personne morale responsable’.

69. En un momento durante el debate parlamentario, se sugirió que el artículo 5, párr. 2CC contenía una nueva norma de la responsabilidad del cómplice, que se desviaba de las reglas normales de la responsabilidad del cómplice (Artículos 66-68CC). Véase la nota Inicial Propuesta legislativa, Parl.Doc., Senado, sesión 1998-1999, n1-1217/1, 6-7. Sin embargo, en realidad, el artículo 5, párr. 2CC nada tenía que ver con la responsabilidad del cómplice.

70. Para un extenso análisis del artículo 5, párr. 2CC, véase S. VAN DYCK y V. FRANSSEN, *op. cit.*, TRV2008, párrafos 100-126.

71. Al principio, había cierta incertidumbre acerca de la naturaleza jurídica de la norma no acumulativa, pero el Tribunal de Casación pronto resolvió que se trataba de un terreno de la impunidad: Casa. 03 de octubre 2000, RW2000-01, de 1233, con la conclusión de M. DESwaef. El Tribunal de Justicia confirmó esta jurisprudencia en varias ocasiones. Algunos ejemplos: Cass. 14 de febrero 2007, nP.06.1379.F; Cass. 12 de junio 2007, nP.07.0246.N.

salvaguardar otros intereses más importantes⁷². En definitiva, no queda claro cuál era el motivo de política criminal que el legislador pretendía.

En algunos aspectos, la norma no acumulativa parece irreconciliable con la idea de la responsabilidad penal autónoma de las empresas (por ejemplo, debido, exclusivamente, a la intervención de una persona física). Especialmente destacable resulta el hecho de que esta regla no resulta acorde con las disposiciones de cumplimiento obligatorio que ha asumido Bélgica, como consecuencia de la normativa de la Unión Europea, puesto que muchas Decisiones-Marco y Directivas obligan a los Estados Miembro de la UE a «adoptar las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos, cuando dichos delitos sean cometidos por cuenta de éstas por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica»⁷³.

A la vista del gran número de delitos que en el ámbito de la legislación penal belga requiere de mera culpa, la norma “no acumulativa” es de aplicación frecuente. Hay que recordar, sin embargo, que la aplicación de la norma de “no acumulación” no se traduce, necesariamente, en una absolución de la persona física; también puede beneficiar a la persona jurídica.

Inicialmente, la noción de “delito más grave” dio lugar a algunos problemas de interpretación. La idea era nueva en el Derecho Penal y estaba claramente inspirado en un derecho de daños. Gradualmente, los Tribunales fueron delimitando la concreción de dicho concepto en el ámbito Derecho Penal. En la práctica, quien comete el delito más grave será más culpable o habrá contribuido, en mayor medida, al delito⁷⁴. A medida que el criterio se aplica caso por caso, se van resolviendo los problemas iniciales de interpretación. Sin embargo, la duda reside en los supuestos en los que hay más de tres acusados⁷⁵.

72. L. y A. Bachmaier WINTER y A. DEL MORAL GARCÍA, “España”, en F. VERBRUGGEN, R. y M. BLANPAINCOLUCCI (eds), *Enciclopedia Internacional de las Leyes. Derecho Penal*, Kluwer Law International, Alphen a/d Rijn, 2012, 115, párr. 215

73. Véase, por ejemplo, el Artículo 7(3) de la Decisión marco del Consejo 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo, 13 de junio de 2002, modificada por la Decisión marco 2008/22 de junio de 2002, 3, artículo 6(3) Directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medioambiente mediante el Derecho penal, 19 de noviembre de 2008, DOL328 de 6919/JAI del Consejo, DOL164, Diciembre de 2008, 28; artículo 5(3) Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas, que sustituye la Decisión marco del Consejo 2002/629/JHA, DOL101, 15 de abril de 2011, 1. Cf. también el punto I.5. Anexo a la Recomendación ^o R(88) 18 (‘La imposición de responsabilidad sobre la empresa no debe eximir de responsabilidad a una persona física implicada en el delito.’).

74. Para una discusión más extensa véase S. VAN DYCK y V. FRANSSEN, “De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van 10 jaar wetgeving, rechtspraak en rechtsleer (parte2)”, TRV2009, párrafos 107-108.

75. Véase, S. VAN DYCK and V. FRANSSEN, *op. cit.*, TRV 2009, par. 109.

En idéntico sentido, no es cierto que la regla no acumulativa requiera que tanto la persona jurídica como la física estén imputadas por el mismo delito o que sea necesario que el acto material cometido sea el mismo⁷⁶.

La regla acumulativa del artículo 5.º, párr. 2 CC es menos controvertida. Tal y como se ha comentado anteriormente, la acumulación de responsabilidad entre la persona física y la jurídica será posible en los supuestos en los que la persona física haya cometido un delito doloso. Ahora bien, no es preciso que la descripción típica del precepto recoja ni expresa, ni implícitamente la concreta intencionalidad⁷⁷. Lo determinante es la existencia de un elemento subjetivo en la persona física en el momento de comisión del delito⁷⁸. En este sentido, es lícito preguntarse por la incidencia que ostenta el elemento subjetivo de la persona física para la distinción entre la regla acumulativa y no acumulativa, máxime en relación a un sistema de responsabilidad penal autónomo de las personas jurídicas.

En general, el artículo 5, párr. 2CC también impone algunas limitaciones no deseadas a la amplia discreción de la que ha gozado tradicionalmente el Ministerio Público. En principio, el Fiscal decide⁷⁹ a quién enjuiciar; esto es, a la persona física, a la persona jurídica, o a ambas. Sin embargo, parece lógico que, si la persona jurídica y la física no son enjuiciadas conjuntamente, quepa todavía la posibilidad de invocar la regla no acumulativa⁸⁰. Desafortunadamente, la jurisprudencia reciente del Tribunal de Casación sólo pone en duda la aplicación de la regla de impunidad, cuando una de las dos personas (persona jurídica o física) es enjuiciada⁸¹.

En conclusión, el artículo 5, párr. 2 CC suscita más problemas que los que resuelve –suponiendo que hubiera un problema a resolver, en primer lugar, la mejor opción parece su abolición. Hace unos años, el entonces Ministro de Justicia presentó una propuesta legislativa que modificaba la Ley de 4 de mayo de 1999 y, en

76. Por ejemplo, una pelea entre los empleados probablemente será calificado como asalto y agresión por parte del empleado-individual, pero también como lesión corporal involuntaria por parte de la entidad empresarial (asumiendo, por supuesto que la entidad corporativa puede ser considerada responsable). La jurisprudencia no es del todo clara en este punto. Ver también S. VAN DYCK y V. FRANSSEN, *op. cit.*, TRV2009, párr. 106.

77. A veces, la descripción legal de un delito no exige explícitamente un cierto elemento mental. En tal caso, la respuesta hay que buscarla en una teoría legal. Por ejemplo, de acuerdo con la teoría del derecho, todos los delitos menores (es decir, los delitos de un grado intermedio de gravedad) en el Código Penal requieren intención como el umbral mínimo de culpabilidad. Este enfoque ha sido aceptado por el Tribunal de Casación.

78. Para un análisis más detallado y ejemplos jurisprudenciales, véase S. VAN DYCK y V. FRANSSEN, *op. cit.*, TRV2009, párrafos 111-112.

79. Es cierto que esta decisión puede ser frustrada por iniciativa de la parte “civil” (o privada), que tiene el derecho de iniciar procedimientos penales en muchos casos.

80. Con el fin de evitar resoluciones contradictorias, por supuesto, puede ser preferible procesar ambas partes al mismo tiempo que sucesivamente.

81. Véase Cass. 27 de abril 2010, nP.09.1625.N. Para un análisis crítico de esta jurisprudencia, véase V. FRANSSEN y S. VAN DYCK, “Let’s Stick Together (c’mon c’mon): decumul enkel mogelijk bij gezamenlijke vervolging van natuurlijke persoon en rechtspersoon?”, nota del caso, Cass. 27 de abril 2010, Cass. 01 de febrero 2011 y Cass. 22 de junio 2011, NC 2011, 382-386.

particular, la abolición del párrafo 2 del artículo 5 CC⁸². Desafortunadamente, esta propuesta no prosperó, como consecuencia de la disolución del Parlamento para las elecciones federales de junio de 2007. En el año 2012 se presentó en el Parlamento un nuevo proyecto de ley, sin resultado hasta el momento⁸³. En cualquier caso, aun suponiendo que el artículo 5, párr. 2 CC se suprima algún día, la regla no acumulativa seguirá siendo aplicable a todos los casos pendientes debido al principio de irretroactividad.

3-A) sanciones aplicables a las personas jurídicas

1. Listado de sanciones

2. ¿Criterios específicos? ¿La sentencia?

2.1. ¿Castigo? ¿Específico para cada uno o simplemente genera

2.2. Individualización legal. Criterios

2.3. Determinación judicial. Criterios

3. Previsiones de compatibilidad posibles o la coordinación de las penas impuestas a las personas físicas y jurídicas (por ejemplo, a respetar *non bis in idem*). Especificar

3-B) Medidas de seguridad. Lista y criterios

3-C) Otras consecuencias. Especificar

3-D) Las consecuencias, si es aplicable a las empresas no constituidas en sociedad

1. ¿Qué naturaleza? ¿Penal, administrativa, civil, otro? (especificar)

2. Criterios de aplicación

3-A) 1. Las sanciones para las personas jurídicas

Por razones obvias, las personas jurídicas no pueden ser encarceladas. Al igual que en la mayoría de los sistemas jurídicos, el legislador belga consideró que las multas penales eran la mejor alternativa. Además, hay una serie de sanciones accesorias que pueden imponerse junto a la multa. Estas sanciones se aplican a todas las entidades que pueden ser consideradas penalmente responsables, en virtud del artículo 5 CC, incluso, a entidades sin personalidad jurídica (*supra*, 1-A.3), pero con algunas excepciones para las entidades jurídicas de derecho público (*infra*).

82. Projet de loi modifiant la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, Parl. Doc., House of Representatives, session 2006-07, No 2929/1.

83. El proyecto de ley modifica el Código Penal respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Parl.Doc., Cámara de Representantes, sesión 2011-12, n.º 2147/1.

Con respecto a las entidades sin personalidad jurídica, la ejecución de ciertas penas plantea problemas específicos, que deberían haber sido abordados por el legislador. Por ejemplo, entidades “no constituidas en sociedad” no tienen una separación de bienes. La “propiedad” de estas entidades está formada por el capital aportado por los propietarios individuales de la empresa. Además, cuando esta empresa no es suficiente para cubrir el pago de multas, los individuos propietarios se harán cargo de la multa de manera conjunta y solidaria, ya que su responsabilidad no se limita a sus deudas personales. En consecuencia, castigar las entidades sin personalidad jurídica implica un riesgo real de sancionar a los propietarios individuales (o accionistas) de la empresa doblemente, porque estos últimos también puede ser condenados personalmente por los mismos hechos. Además, se puede cuestionar la utilidad de, por ejemplo, una disolución obligatoria (infra) en el caso de entidades sin personalidad jurídica. En sentido estricto, un Tribunal no puede ordenar la disolución de una entidad que, en términos legales, no existe, a menos que se interprete esta pena como un instrumento para la disolución del contrato entre los propietarios de la empresa. Aun en estos supuestos, resulta cuestionable, si esta sanción dispone del efecto punitivo y disuasorio que el legislador pretendió obtener al redactar el artículo 7 bis, párr. 2, 1° y el artículo 35, párr. 1 CC⁸⁴. En los párrafos siguientes, se contempla un panorama general del sistema de sanciones que se aplica a las personas jurídicas⁸⁵.

La multa como pena principal

Las multas son el único tipo de pena principal existente para las personas jurídicas en el Derecho Penal belga. De hecho, el Parlamento nunca consideró otra opción. Esto demuestra que, al igual que en muchos parlamentos extranjeros, el Parlamento federal belga ha optado por un modelo predominantemente de castigo económico⁸⁶. Este modelo se basa, en gran medida, en la idea de que las multas son las sanciones más baratas y más eficaces para las personas jurídicas. Desde esta perspectiva, se parte de la presunción de que las personas jurídicas son delincuentes racionales y que calculan los costos y beneficios de la conducta criminal antes de participar en las mismas⁸⁷. En idéntico sentido, se piensa que la propia persona jurídica sabe,

84. Véase S. VAN DYCK y V. FRANSSSEN, *op. cit.*, TRV2008, párr. 6 y las referencias allí.

85. Para un análisis técnico más detallado, véase S. VAN DYCK y V. FRANSSSEN, *op. cit.*, TRV2009, párrafos 164-204. Para una reflexión más conceptual sobre el castigo y la condena de las empresas ver V. FRANSSSEN, Principios de Sentencias europeas para Corporaciones, tesis doctoral, Lovaina, KU Leuven, 2013, 430 p. V. FRANSSSEN y S. VAN DYCK, ‘Holsters op maat voor de bestraffing van ondernemingen? Eerst goed Mikken, dan pas schieten’, en F. DERUYCK, M. DESwaef, J. ROZIE, M. ROZIE, PH. TRAESTY R. VERSTRAETEN (eds.), *De wet voorbij. Liber amicorum Luc Huybrechts*, Amberes, Intersentia, 2010, 511-535.

86. Véase, por ejemplo J. S. PARKER, ‘la política de sentencias penales para las organizaciones: el enfoque unificador de sanciones óptimas’, 26 *Am. Crim. L.Rev.* 1989, 573; C. A. WRAY, ‘Probation Corporativa under the new Organizational Sentencing Guidelines’, 101 *Yale LJ* 1992, 2021. Cabe señalar, sin embargo, que la ley penal belga no incorpora ninguno de los elementos económicos típicos (tales como los costes de la conducta criminal y la ley ejecución, y la probabilidad de detección y castigo) en el cálculo de la multa.

87. Para un análisis crítico de esta consideración, véase V. FRANSSSEN, Principios de Sentencias europeas para Corporaciones, *op. cit.*, párrafos 467-472.

mejor que nadie, lo que implica una mala organización, así como la necesidad de que se adopten medidas tendentes a evitar futuras infracciones, desde un punto de vista eficiente⁸⁸. Ahora bien, la sanción de multa no siempre logra el efecto punitivo y disuasorio deseado, puesto que, por ejemplo, no genera los incentivos adecuados para asegurar que la persona jurídica modifique su comportamiento con la finalidad de evitar una futura conducta ilícita (a veces aludida a través de la expresión *modelo de reforma estructural*)^{89,90}. Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que la multa genera un limitado efecto estigmatizador en las personas jurídicas⁹¹. Desde esta perspectiva, uno podría preguntarse en qué medida una multa responde, adecuadamente, a la retribución (o “fuerte desaprobación social”), que sigue considerándose como objetivo básico del castigo penal, incluso para el caso de personas jurídicas⁹².

Como se señaló anteriormente, el legislador belga no tenía intención de revisar todo el Código Penal al incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 1999. Sin embargo, a tenor de que la mayoría de los delitos, en el ordenamiento jurídico-penal belga se castigan con penas de prisión, el legislador tenía que buscar una alternativa para estos delitos, sin tener que modificar el Código Penal y las innumerables leyes penales especiales existentes al margen del Código⁹³. Esta situación concluyó en la incorporación de un mecanismo de conversión complicado y, sin demasiada lógica (artículo 41 bis CC⁹⁴).

88. V. FRANSSEN, *Principios de Sentencias europeas para Corporaciones*, op. cit., párrafos 498-499.

89. Véase, por ejemplo J. y M. GOBERT *Punch*, *Rethinking Corporate Crime*, London, Lexis Nexis Butterworths, 2003, 231-233.

90. V. FRANSSEN, *European Sentencing Principles for Corporations*, op. cit., paras 502-503.

91. Véase, por ejemplo R. A. POSNER, *Análisis Económico del Derecho*, Nueva York, Aspen, 2003, 222 (‘el efecto estigma de ser condenado sólo a pagar una multa es leve’) y 224. Para una reflexión sobre el efecto estigmatizante de las sanciones penales a las corporaciones, vea V. FRANSSEN, *Principios de Sentencias europeas para Corporaciones*, op. cit., párrafos 447-453.

92. Sobre el papel de la retribución con respecto a las empresas, vea V. FRANSSEN, *Principios de Sentencias europeas para Corporaciones*, op. cit., párrafos 455-464 y 740-742.

93. Para una comprensión correcta es importante tener en cuenta que se determine el máximo legal y prisión mínima para cada delito por separado, ya sea en el mismo artículo que describe los requisitos legales de la infracción, o en una de las siguientes disposiciones del mismo Código o Ley.

94. ‘§ 1er. Les amendes applicables aux infractions commises par les personnes morales sont : en matière criminelle et correctionnelle :

- lorsque la loi prévoit pour le fait une peine privative de liberté à perpétuité : une amende de deux cent quarante mille euros à sept cent vingt mille euros;
- lorsque la loi prévoit pour le fait une peine privative de liberté et une amende, ou l’une de ces peines seulement : une amende minimale de cinq cents euros multipliés par le nombre de mois correspondant au minimum de la peine privative de liberté, et sans pouvoir être inférieure au minimum de l’amende prévue pour le fait; le maximum s’élève à deux mille euros multipliés par le nombre de mois correspondant au maximum de la peine privative de liberté, et sans pouvoir être inférieure au double du maximum de l’amende prévue pour le fait;
- lorsque la loi ne prévoit pour le fait qu’une amende : le minimum et le maximum sont ceux prévus par la loi pour le fait; en matière de police :
- une amende de vingt-cinq euros à deux cent cinquante euros.

§ 2. Pour la détermination de la peine prévue au § 1er, les dispositions du Livre 1er sont applicables’.

El Artículo 41 bis, párr. 1 CC distingue cuatro hipótesis, que se corresponden con la totalidad de situaciones jurídico penales a las que se enfrentarán las personas físicas: 1. delitos sancionados con cadena perpetua; 2. delitos sancionados con pena de prisión correccional⁹⁵ o criminal⁹⁶, y /o una multa; 3. Delitos sancionados sólo con multa, y 4. faltas⁹⁷. A cada una de estos presupuestos el Código Penal atribuye un tipo diferente de sanción que parece tener poco (o nada) que ver, con una teoría económica del castigo⁹⁸. Desde esta perspectiva, no sorprende que este mecanismo de conversión haya causado problemas prácticos y conceptuales⁹⁹. Concretamente, el artículo 41 bis, párr. 1 CC plantea cuestiones de seguridad jurídica (en particular la previsibilidad) y de proporcionalidad.

Partiendo del intervalo mínimo y máximo en el que discurre la pena de prisión, el Tribunal determinará la sentencia de modo individual, atendiendo a todas las específicas circunstancias del caso y a las características del delincuente. En principio, todas las reglas de determinación de la pena aplicables a las personas físicas (por ejemplo, con respecto a la reincidencia, tentativa, la responsabilidad del cómplice y las circunstancias atenuantes, entre otros) deben ser tenidas en cuenta, *mutatis mutandi*, para las personas jurídicas (artículo 41 bis, párr. 2 CC) (véase también *infra*, 3-A.2). Sin embargo, es posible que algunas de estas reglas no puedan ser objeto de atención si se aprecian antes de la mencionada conversión, puesto que el legislador se mueve en el ámbito de la pena de prisión que ya hemos indicado que, difícilmente puede ser prevista para las personas jurídicas. Por este motivo, ya que utilizan los umbrales basados en la prisión. Así pues, en la práctica, esas reglas se aplican de antemano¹⁰⁰.

Por último, la multa se incrementa con *décimas*¹⁰¹. Con respecto a algunos delitos contra la salud y seguridad en el trabajo, la multa también se multiplica por el número de empleados que son víctimas del mismo. Para concluir, cabe señalar que la ley no prevé la existencia de una sanción subsidiaria que funcionara como “garantía” para asegurar que la persona jurídica pague su multa. Por el contrario, cuando los Tribunales condenan a una persona física a pagar una multa, están obligados a

95. Prisión correccional se aplica a los delitos menores (délits), que son, como se dijo anteriormente, los delitos de un nivel intermedio de gravedad.

96. Reclusión penal sólo podrá imponerse por los delitos penales (delitos), que son el tipo más grave de los delitos.

97. Las infracciones (infracciones, que no deben confundirse con las infracciones administrativas) constituyen la categoría de delitos menos graves conforme al derecho penal belga.

98. *Supra*, note 86.

99. Para un análisis de estos problemas, véase S. VAN DYCK y V. FRANSEN, *op. cit.*, TRV2009, párrafos 167 a 169.

100. Sin embargo, hay algunos problemas restantes que requieren una solución legislativa. Véase S. VAN DYCK y V. FRANSEN, *op. cit.*, TRV2009, párrafos 198 y 200 a 202.

101. Opdecimesse añaden a la cantidad legal de la multa con el fin de compensar la inflación. La cantidad de opdecimesse determina por la ley (Loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales, MB 03 de abril 1952) y se ajusta periódicamente a la situación monetaria.

asegurar la pena de prisión subsidiaria (artículo 40 CC¹⁰²), en caso de que el individuo no pague dicha multa¹⁰³. Sin embargo, el artículo 40 CC se aplica solo a las personas físicas¹⁰⁴. La falta de sanción subsidiaria para las personas jurídicas es lamentable. Con un poco de imaginación, no debería haber sido tan difícil encontrar una sanción subsidiaria adecuada para las personas jurídicas.

Sanciones accesorias

Además de las multas, la ley prevé otras sanciones penales, que vamos a analizar en detalle¹⁰⁵. Ninguna de estas sanciones puede imponerse sin una multa; sin embargo en algunos casos, esta combinación obligatoria conduce a situaciones indeseables. Por ejemplo, ¿cuál es la finalidad de la multa si el tribunal también condena a la persona jurídica a la disolución obligatoria¹⁰⁶?

Una de las penas accesorias principales es la de confiscación. Dicha sanción puede ejecutarse con las mismas condiciones que para las personas físicas (artículo 7 bis y los artículos 42-43bis CC) y puede afectar al objeto del delito, su resultado y / o los beneficios de procedencia ilícita. Con la finalidad de no poner en peligro el buen funcionamiento de los servicios públicos, para los casos de personas jurídicas de derecho público¹⁰⁷ hay algunas restricciones (artículo 7 bis, párrafo 1, 2° CC¹⁰⁸)¹⁰⁹.

102. 'A défaut de paiement dans le délai de deux mois à dater de l'arrêt ou du jugement, s'il est contradictoire, ou de sa signification, s'il est par défaut, l'amende pourra être remplacée par un emprisonnement dont la durée sera fixée par le jugement ou l'arrêt de condamnation, et qui n'excèdera pas six mois pour les condamnés à raison de crime, trois mois pour les condamnés à raison de délit, et trois jours pour les condamnés à raison de contravention. Les condamnés soumis à l'emprisonnement subsidiaire pourront être retenus dans la maison où ils ont subi la peine principale. S'il n'a été prononcé qu'une amende, l'emprisonnement à subir, à défaut de paiement, est assimilé à l'emprisonnement correctionnel ou de police, selon le caractère de la condamnation'.

103. Existe un sistema de copia de seguridad similar para los individuos que están sentenciados a servicio comunitario (artículo 37ter, párr. 1CC, que establece pena de prisión o una multa como pena subsidiaria). Por otra parte, a las personas condenadas por delito de tráfico se les aplica subsidiariamente una privación del carnet de conducir (artículo 68 bis Ley de Tránsito de 16 de marzo 1968). Dichas entidades, colectivas no pueden ser condenadas a servicio comunitario por falta de fundamento jurídico. Sin embargo, pueden ser condenadas por infracciones de tráfico. En este último caso, el orden de inhabilitación filial de embargo, no se aplica a ellos: Cass. 02 de diciembre 2008, nP.08.1122.N.

104. El Tribunal de Casación ha fallado en este sentido en varias ocasiones: Cass. 07 de septiembre 2004, NoP.04.0465.N; Cass. 10 de marzo 2004, JDSC2005, 257, con el caso de la nota de M.-A. DELVAUX, JLMB2004, p. 1363, Pas. 2004, p. 419, Rev. dr. pén. 2004, 944, con el caso de la nota de F. Kefer.

105. El legislador belga señaló claramente un poco de inspiración desde el Consejo de Europa, Recomendación n°R (88) 18, pero también se perdió un número de oportunidades. Véase S. VAN DYCK y V. FRANSEN, *op. cit.*, TRV2009, párr. 179 y siguientes.

106. Cf. S. VAN DYCK and V. FRANSEN, *op. cit.*, TRV 2009, para. 99.

107. Obviamente, esta excepción sólo se aplica a las personas jurídicas públicas que pueden ser consideradas penalmente responsables, no para las mencionadas en el artículo 5, párr. 4CC (supra, 1-A.2).

108. 'Les peines applicables aux infractions commises par les personnes morales sont : en matière criminelle, correctionnelle et de police : (...) 2° la confiscation spéciale; la confiscation spéciale prévue à l'article 42, 1°, prononcée à l'égard des personnes morales de droit public, ne peut porter que sur des biens civilement saisissables; (...)'.
 109. Para una discusión más detallada, ver S. VAN DYCK y V. FRANSEN, *op. cit.*, TRV2009, párrafos 180-184.

En segundo lugar, las personas jurídicas pueden ser condenadas a disolución. Esta grave sanción sólo se aplica a faltas y delitos (artículo 7 bis, párr. 2, 1^oCC¹¹⁰). Por otra parte, sólo puede ser impuesta bajo condiciones muy estrictas: o la persona jurídica ha sido creada con el propósito de cometer delitos, supuesto que será poco común, o bien se ha alejado intencional y completamente de su objetivo principal¹¹¹ para pasar a la comisión de delitos (art. 35, párr. 1 CC¹¹²)¹¹³. Desafortunadamente, la ley no dice cómo aplicar esta sanción a las entidades sin personalidad legal¹¹⁴. En cuanto a las personas jurídicas públicas, no pueden ser condenadas a esta sanción (artículo 7 bis, párr. 2, 1^oCC).

Por último, en caso de faltas y delitos, hay tres penas accesorias más: la prohibición de ejercicio de determinadas actividades (Artículo 7 bis, párrafo 2, 2^o¹¹⁵y el artículo 36CC¹¹⁶), el cierre de locales, plantas, secciones (artículos 7 bis, párrafo 3.3^o¹¹⁷ y 37CC¹¹⁸) y la publicación de la sentencia (artículos 7 bis, párr. 3, 4^o¹¹⁹ y 37bisCC¹²⁰). Las dos primeras sanciones pueden ser temporales o permanentes, e incluyen ciertas restricciones para personas jurídicas¹²¹ en la realización de servicios públicos. Pero ninguna de estas sanciones puede imponerse sin la existencia de disposición normativa prevista para el delito específico. Sin embargo, desde 1999, el legislador no ha promulgado apenas disposición normativa alguna, al respecto. En

110. 'Les peines applicables aux infractions commises par les personnes morales sont : (...) en matière criminelle et correctionnelle : 1^o la dissolution; celle-ci ne peut être prononcée à l'égard des personnes morales de droit public; (...)'

111. Informe de la Comisión Verherstraeten, Parl.Doc., Cámara de Representantes, la sesión 1998-1999, n^o 2093/5, en 32.

112. 'La dissolution peut être décidée par le juge lorsque la personne morale a été intentionnellement créée afin d'exercer les activités punissables pour lesquelles elle est condamnée ou lorsque son objet a été intentionnellement détourné afin d'exercer de telles activités'.

113. Para una discusión más detallada y algunos ejemplos, véase S. VAN DYCK y V. FRANSEN, *op. cit.*, TRV2009, párrafos 185-189.

114. Para algunas sugerencias sobre la forma de aplicar esta sanción a las entidades, véase S. VAN DYCK y V. FRANSEN, *op. cit.*, TRV2008, párr. 6.

115. 'Les peines applicables aux infractions commises par les personnes morales sont : (...) en matière criminelle et correctionnelle : (...) 2^o l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social, à l'exception des activités qui relèvent d'une mission de service public; (...)'

116. 'L'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une activité relevant de l'objet social de la personne morale pourra être prononcée par le juge dans les cas prévus par la loi'.

117. 'Les peines applicables aux infractions commises par les personnes morales sont : (...) en matière criminelle et correctionnelle : (...) 3^o la fermeture d'un ou plusieurs établissements, à l'exception d'établissements où sont exercées des activités qui relèvent d'une mission de service public; (...)'

118. 'La fermeture temporaire ou définitive d'un ou plusieurs établissements de la personne morale pourra être prononcée par le juge dans les cas prévus par la loi'.

119. 'Les peines applicables aux infractions commises par les personnes morales sont : (...) en matière criminelle et correctionnelle : (...) 4^o la publication ou la diffusion de la décision'.

120. 'La publication ou la diffusion de la décision aux frais du condamné pourra être prononcée par le juge dans les cas déterminés par la loi'.

121. Contrariamente a las excepciones mencionadas anteriormente relativas a las resoluciones de decomiso y disoluciones, estas entidades no son necesariamente públicas.

consecuencia, las anteriores tres sanciones siguen siendo, en gran medida, teóricas, tal y como algunos ya lo previeron^{122,123}.

3-A) 2. Penas: ¿Criterios específicos?

Como hemos destacado anteriormente, no existen criterios específicos para ejecución de penas en los casos de personas jurídicas en el ámbito Derecho Penal belga. Este hecho, por un lado, tiene que ver con la lógica antropomórfica del régimen de responsabilidad penal belga, que trata de asimilar, tanto como sea posible, las personas jurídicas a las físicas, también en las condenas. Por otro lado, el Código Penal belga contiene muy pocos criterios y principios explícitos de condena. Desde esta perspectiva, los tribunales gozan de amplia discrecionalidad para determinar la pena, siempre que se limiten al intervalo máximo y mínimo legal previsto. Es más, por lo que respecta a las penas accesorias, los Tribunales disponen la facultad de decidir de forma autónoma la necesidad o no de aplicarlas, habida cuenta del carácter accesorio que adquieren en ocasiones.

Las *circunstancias agravantes* son circunstancias específicas, legalmente definidas (por ejemplo, el uso de la violencia o la amenaza, la relación entre el agresor y la víctima, los resultados de la infracción) que inciden en el recurso al intervalo máximo y/o mínimo de sanción previstos. Desde esta perspectiva, los Tribunales pueden tener en cuenta, en la determinación de la sanción las circunstancias agravantes, pero sin que la condena supere los límites legales previstos originariamente. Idéntica conclusión se deriva de la reincidencia: el registro de antecedentes penales del delincuente sólo puede implicar a una pena superior al máximo legal previsto para el delito, siempre que se cumplan las condiciones establecidas por la ley¹²⁴.

Las *circunstancias atenuantes*, en cambio, no están definidas por la ley. Por lo tanto, los tribunales son libres de determinar qué circunstancias específicas del delito o el delincuente pueden considerarse como atenuantes. En los casos determinados por la ley, los tribunales pueden adoptar circunstancias atenuantes e imponer una pena inferior a la mínima legal¹²⁵.

Dentro de los límites de la ley, los tribunales también pueden aplicar ciertas “modalidades” de sanción. Pueden, por ejemplo, retrasar el cumplimiento de la sentencia condenatoria o suspender su ejecución. Además, pueden imponer una serie de condiciones a la libertad condicional al acusado¹²⁶.

122. Informe de la Comisión Verherstraeten, Parl.. Doc, Cámara de Representantes, la sesión1998-1999, n° 2093/5, en 21 y34; cf. Consejos Conseil d’Etat, Parl.Doc, Senado, sesión1998-1999, n1-1217/6, 127; PH. TRAEEST, *op. cit.*, TRV1999, 478; J. VAN DEN BERGHE, ‘Praktijkprobleem en een proeve van oplossing bij de toepassing van de Wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen’ in VLAAMSE Conferentie DER BALIE VAN GENT(ed.), *Strafrecht? –Strafrecht. Actuele Tendensen, Amberes– Apeldoorn, Maklu, 2001, 150.*

123. Para un análisis más extenso y ejemplos, véase S. VAN DYCK y V. FRANSSEN, *op. cit.*, TRV2009, párrafos 190-196.

124. Artículos 53-57CC. Además de estas disposiciones generales, muchas leyes penales fuera del Código Penal contienen normas específicas sobre la reincidencia.

125. Artículo 79-85CC, la Ley de 4 de octubre 1867, con respecto a las circunstancias atenuantes, MB 05 de octubre 1867.

126. Los artículos 3 y 8 Ley de Libertad Condicional 1964 (personas físicas), y el artículo18bis de la misma Ley (personas jurídicas).

A pesar de la falta de disposiciones expresas que determinen los principios a tener en cuenta en la aplicación y ejecución de sanciones, existen algunos principios implícitos en la concreta normativa, reconocidos por el Tribunal de Casación o el Constitucional que se concretan en los principios de legalidad, igualdad¹²⁷ (o igualdad de trato)¹²⁸, culpabilidad, proporcionalidad^{129,130} de la capacidad de pago¹³¹, y el principio de castigo personal¹³². Por otra parte, muchas de las disposiciones internacionales que contienen derechos fundamentales (como el Convenio Europeo de Derechos Humanos) son de aplicación directa o de auto ejecución en el ordenamiento jurídico

127. Los máximos generales *nullum crimen, nulla poena sine lege* se establecen en el artículo 14 de la Constitución y el artículo 2, párr. 1 Código Penal. Otros aspectos del principio de legalidad (por ejemplo, la exigencia de *lex certa*) se pueden encontrar en la jurisprudencia del Tribunal de Casación y el Tribunal Constitucional. Los ejemplos de los casos donde se encontró el requisito *lex certa*, siendo violados, son, sin embargo bastante raros. Durante dos casos en los que se aplicó el requisito de *lex certa* a las personas jurídicas, aunque sin éxito, véase, por ejemplo Cass. 14 de noviembre 2002, n P.11.1611.F.; Const.Court 15 de marzo 2006, n ° 40 /2006. Para una discusión más amplia de la jurisprudencia sobre la *lex certa* en general, consulte por ejemplo A. DE Nauw “ Nieuwe Wendingen inzake het *lex certa* beginsel”, en F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. Van Daele y B. SPRIET (eds.), als *Strafrecht roeping. Liber amicorum Lieven Dupont* (Vol. II), Lovaina, Universitaire Pers Lovaina, 2005, 757-773 ; A. JACOBS, « Le principe de légalité en Matière pénale auegard de la jurisprudencia de la Cour d' Arbitrage », en F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. Van Daele y B. SPRIET (eds), als *Strafrecht roeping. Liber amicorum Lieven Dupont* (Vol. II), Lovaina, Universitaire Pers Lovaina, 2005, 821-845 ; V. FRANSSEN, J. y F. Vanheule VERBRUGGEN, « Wie heeft het gedaan en wat ermee gedaan ? Sprokkelen en rechtspraak over strafbaarheid en bestraffing», in Orde van ADVOCATEN KORTRIJK (ed.), *Recente ontwikkelingen in Strafrecht: vormingsprogramma 2007-2008*, Bruselas, Larcier, 2008, (1) 4-9.

128. Este principio se recoge en el art. 10 Constitución belga. La prohibición de discriminación se puede encontrar en el art. 11 de la Constitución. Ambos artículos se pueden aplicar en los casos penales. Véase, por ejemplo Const. Corte15 de diciembre 2011, n ° 193/2011.

129. Todos los delitos requieren la prueba de un cierto grado de culpabilidad, aun cuando no se menciona específicamente en la norma penal de un delito. Los delitos de responsabilidad objetiva (o infracciones *matérielles*) no son aceptados en el derecho penal belga. Sin embargo, el umbral para la responsabilidad penal puede ser muy bajo: con respecto a delitos de negligencia la prueba de la culpa es más flexible, de tal forma que la culpa leve (*levisima culpa*) es suficiente para mantener la responsabilidad penal a una persona (física o jurídica). Por otra parte, los tribunales pueden inferir la negligencia del infractor por la prueba de *actus reus*.

130. El principio de proporcionalidad ha sido aceptado por el Tribunal de Casación, aunque no formalmente como un principio general de derecho. Véase, por ejemplo Cass. 13 de febrero 2009, C.07.0507.N (relativo a una sanción administrativa que es criminal en el sentido del art. 6 y 7 del CEDH). Ver también A. BOSSUYT, “Principes du droit généraux”, Tribunal de Casación, Rapport annuel 2002, (115) 139, disponible en http://justice.belgium.be/fr/binaries/cass2002fr_tcm421-210521.pdf (consultado por última vez el 15 de mayo de 2013). El principio de proporcionalidad también es aplicado por el Tribunal Constitucional, aunque siempre en relación con el principio de igualdad del art. 10 de la Constitución.

131. Los artículos 163, párr. 4 y 195, párr. 3 del Código de Procedimiento Penal permite a los tribunales de tráfico y los tribunales correccionales (es decir, los tribunales penales de primera instancia) imponer una sentencia menor que es el mínimo establecido por ley, incluso en ausencia de circunstancias atenuantes, después de que el infractor demuestre su precaria situación financiera. Estas disposiciones se introdujeron en 2003, posterior a la creación de la responsabilidad penal de las empresas, y no parece que haya ninguna razón para que no se pudieran aplicar a las empresas, aunque los ejemplos en la jurisprudencia son raros, por no decir inexistentes.

132. Véase, por ejemplo Cass. 24 de junio 1998, Pas. 1998, I, 798. Véase también M. PNEUMONT, «Les principes du droit généraux en Matière pénale», S. GILSON(ed.), *Au-delà de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, (111) 116 y las referencias jurisprudenciales.

belga, y prevalecerán sobre las disposiciones nacionales. Algunas de estas disposiciones incluyen implícitamente los principios relativos a la aplicación y ejecución de sanciones, como resulta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³³. En este sentido, los tribunales belgas también han reconocido la primacía del Derecho de la UE, incluso en relación con la Constitución belga¹³⁴.

3-A) 3. Previsiones de compatibilidad posibles o la coordinación de las penas impuestas a las personas físicas y jurídicas

El reconocimiento jurídico de personas jurídicas y físicas, debe implicar la sanción personal e individual de cada una de ellas, de modo separado, por el delito que hayan sido condenas. La sanción se individualiza, por lo tanto, de conformidad con la norma penal aplicable, en función el delito cometido, las circunstancias concretas de la infracción y las características de cada delincuente. No hay reglas que garanticen que la pena impuesta a la persona jurídica sea “compatible” con la prevista para la persona física. Incluso, con respecto a empresas individuales, no existe obstáculo legal alguno para castigar tanto a la persona jurídica, como a su propietario, siempre y cuando la persona jurídica haya adquirido personalidad jurídica. Es evidente, sin embargo, que existen el riesgo de sancionar dos veces a una misma persona, respecto de situaciones en las que la empresa individual de un único sujeto adquiere la condición de entidad sin personalidad jurídica, de las mencionadas en el artículo 5, párr. 3 CC (*supra*, 1-A). Sin embargo, no existe jurisprudencia al respecto.

Existe una situación, anterior a 1999, que merece especial atención. Antes de que el Parlamento aprobara la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 1999, las corporaciones podían ser civilmente responsables por los delitos cometidos por los ejecutivos corporativos y empleados¹³⁵. Este tipo de responsabilidad se puede encontrar en diversas leyes penales especiales, fuera del ámbito del Código Penal (principalmente en el área de Derecho Penal económico, así como en la legislación sobre salud y seguridad)¹³⁶, y se basa fundamentalmente en la doctrina de la responsabilidad del superior¹³⁷. Mientras que la responsabilidad civil, de acuerdo con

133. Para un análisis más completo, véase V. FRANSSEN, *European Sentencing Principles for Corporations*, *op. cit.*, p. 269-337.

134. Cass. 27 de mayo 1971 (el llamado Franco Suisse juiciode esquí), Arr. Cass. 1971, 959 y Pas. 1971, I, 886. Véase, por ejemplo K. Lenaerts y P. Van Nuffel, editado por R. Bray, *Derecho Constitucional de la Unión Europea*, London, Thompson - Sweet&Maxwell, 2005(2ª ed.), 679 a 681, párr. 17-016.

135. En realidad, para ser más precisos, mientras esta responsabilidad civil sirve para colmar la vieja laguna de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no sólo es aplicada a las personas jurídicas, sino también a las físicas (por ejemplo, ejecutivos corporativos).

136. Un ejemplo típico es la responsabilidad de un empresario, por infracciones de tráfico cometidos por sus empleados (artículo 67 Ley de Tránsito de 1968). Bajo la ley belga un empleador puede ser una persona jurídica o un individuo. Del mismo modo, las provincias y los municipios pueden ser civilmente responsable por el pago de multas impuestas por sus autoridades locales (miembros del consejo provincial, y alcaldes y concejales, respectivamente). Véase, por ejemplo Arte. Ley Provincial 106ter y Art. 71 Ley Provincial de Flandes; Art. 271ter, párr. 1 Ley Municipal Nueva y Art. 73, párr. 1 Ley Municipal flamenca.

137. Esta doctrina no sólo se establece en el artículo 1384 del Código Civil (para jefes privados), sino también en otras leyes (por ejemplo, para la policía y los jefes del sector público).

esta doctrina, suele limitarse a los daños y costos judiciales, este régimen especial de responsabilidad se extiende explícitamente a multas penales e incluso a veces al decomiso. La responsabilidad civil de la persona jurídica se establece en la misma sentencia que determina la responsabilidad penal de la persona física¹³⁸. Sin embargo, mientras la adopción del sistema de responsabilidad penal de las empresas representa un régimen de responsabilidad especial, algo artificial¹³⁹ básicamente innecesario¹⁴⁰, el Parlamento sin embargo no abolió las disposiciones que establecían la responsabilidad civil de las personas jurídicas. De hecho, hoy en día, las personas jurídicas pueden resultar sujetos civilmente responsables por multas penales y someterse a las disposiciones del comiso respecto de personas físicas condenadas penalmente.

La combinación de la responsabilidad civil junto al artículo 5 CC también suscitó un nuevo problema: esto es, las personas jurídicas pueden ser castigadas personal y civilmente siendo responsables por las multas y la sanción de comiso impuestas a sus ejecutivos y empleados. En un momento determinado, el legislador consideró que la supervivencia de ambos regímenes de responsabilidad, era contraria al principio de *non bis in idem* –reconociendo así, implícitamente, el carácter artificial del régimen especial de responsabilidad civil– como ya se ha argumentado anteriormente. Sin embargo, en lugar de abolir ese régimen de responsabilidad civil, optó por introducir –con el asesoramiento del Consejo de Estado¹⁴¹– un nuevo artículo 50 bis en el ámbito del Código Penal, que dispone que en los supuestos en los que una persona jurídica sea condenada personalmente al pago de una multa, no pueda ser considerada civilmente responsable por el pago de una de las multas de las personas físicas, respecto a idénticos hechos¹⁴².

Por último, es evidente que la pena impuesta a una persona jurídica pueda tener efectos en otros sujetos; no sólo en los propietarios o accionistas de la persona jurídica, sino también sobre sus empleados, proveedores, clientes, etc. No hay reglas específicas para controlar estos efectos, ni siquiera, para poder determinar, si los sujetos afectados han sido, igualmente, sancionados por el mismo delito. El único instrumento del que disponen los Tribunales es su propia sentencia, que como ya se ha señalado, resulta determinante, en este sentido.

138. En consecuencia, esto requiere que la corporación sea parte en el proceso penal. Desde un punto de vista técnico, esta última sin embargo, no es la parte demandada.

139. El régimen de responsabilidades es, en cierta medida, artificial ya que las multas penales y resoluciones de decomiso impuestas a una persona, se convierten en una obligación civil de otra persona. Normalmente, uno podría argumentar que la responsabilidad de una persona responsable de las sanciones penales impuestas a otra persona viola el principio de castigo personal. De modo que el legislador elude este problema, al menos en teoría, al implantar una conversión artificial de la obligación de pago de dichas sanciones en una obligación civil. Tal obligación civil, aún podría ser considerada como una sanción penal en el sentido del artículo 6 y 7 del CEDH. Véase S. VAN DYCK y V. FRANSEN, *op. cit.*, TRV2009, párr. 173 y las referencias allí contempladas.

140. Con excepción de las personas jurídicas de derecho público, que han sido excluidas de la responsabilidad penal en virtud del artículo 5, párr. 4 CC (supra, 1-A.2).

141. Consejo del Conseil d'Etat, *Parl. Doc.*, Senate, session 1998-99, No 1-1217/6, 123-124.

142. 'Nul ne peut être tenu civilement responsable du paiement d'une amende à laquelle une autre personne est condamnée, s'il est condamné pour les mêmes faits. Tenga en cuenta que esta disposición sólo se refiere a la multa, no las posibles resoluciones de decomiso.

3-B y 3-C) Medidas de Seguridad y otras consecuencias

El Código Penal belga no contiene un listado de medidas de seguridad específicas u otras consecuencias aplicables a empresas o personas jurídicas, tampoco para las personas físicas. Las medidas de seguridad se pueden encontrar a lo largo de distintas disposiciones penales (y administrativas), que, por lo general, pueden ser impuestas tanto a personas físicas, como a jurídicas.

Ejemplos de este tipo de medidas de seguridad son, por ejemplo, la prohibición temporal de explotación de instalaciones que cometen un delito ambiental¹⁴³. Cabe señalar sin embargo, que esta última medida de seguridad es muy similar a la del cierre de una planta/local o sección y a la prohibición de ejercer determinadas actividades, considerada como pena accesoria para las personas jurídicas (*supra*, 3 - A.1).

3-D) Consecuencias para las empresas sin personalidad jurídica

Ver supra, 3 - A.1.

4. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

4-A) ¿Reglas generales o normas específicas?

4-B) ¿Los pronósticos individuales para la disolución, fusión, transformación de las entidades?

A diferencia de las personas físicas, las personas jurídicas pueden adoptar diferentes formas jurídicas en el curso de su existencia. Pueden fusionarse con otra entidad, o pueden ser asumidas por ésta. Por otra parte, también pueden establecer el fin de su “vida”. La muerte de una persona jurídica no debe implicar, necesariamente, el fin de la misma, ya que puede resurgir bajo una forma diferente y con un nuevo nombre. Es evidente, que estas modificaciones en la vida de una persona jurídica afectan, potencialmente, a su responsabilidad penal. La normativa también contempla, en este sentido, algunas disposiciones para evitar la huída de la responsabilidad penal¹⁴⁴.

Según el artículo 20, párr. 1 Título Preliminar del Código Procesal Penal, la liquidación definitiva de la persona jurídica, su disolución judicial o la disolución sin liquidación impiden su enjuiciamiento¹⁴⁵, de tal forma, que la entidad ya no puede ser procesada por delitos cometidos anteriormente, debiendo ser desestimados los cargos jurídicos pendientes. Ahora bien, además de ello, del contenido del precepto mencionado también se deduce que la entidad carecerá de responsabilidad penal por cualquier delito que se cometa posteriormente a cualquiera de estos tres momentos. Se

143. Artículo 16.6.5. Ley General de Política Ambiental.

144. S. VAN DYCK y V. FRANSSEN, *op. cit.*, TRV2008, párrafos 88-98. La Corte Constitucional aprobó la constitucionalidad de estas normas específicas, porque hay razones objetivas para tratar a las personas jurídicas de manera diferente. Ver Const. Tribunal de Justicia 18abril de 2013, n° 52/2013.

145. ‘L’action publique s’éteint par la mort de l’inculpé ou par la clôture de la liquidation, la dissolution judiciaire ou la dissolution sans liquidation lorsqu’il s’agit d’une personne morale’.

trata de un precepto que se aplica igualmente a las entidades sin personalidad jurídica del artículo 5, párr. 3 CC¹⁴⁶.

Con respecto a la primera hipótesis, esto es, la liquidación definitiva de la persona jurídica, hay que entender que la entidad disuelta conserva su personalidad jurídica a los efectos de su liquidación¹⁴⁷. Como consecuencia, la entidad sigue teniendo responsabilidad penal en la fase de liquidación. Idéntica situación se suscita respecto de una entidad que ha solicitado la quiebra: la solicitud de quiebra no pone fin a la responsabilidad penal de la entidad, sino la disolución definitiva de la misma. Por desgracia, el legislador no determinó cuándo finaliza dicha disolución. La doctrina afirma que se prefiere el momento en que se registra la decisión definitiva ante el tribunal¹⁴⁸.

La segunda hipótesis legal (la disolución judicial)¹⁴⁹ provoca cierta confusión, ya que, como se dijo anteriormente, una entidad que se disuelve mantiene su personalidad jurídica en la fase de liquidación. Desde esta perspectiva, no son fácilmente entendibles los motivos por los que una entidad que se disuelve por decisión judicial ya no debe ser penalmente responsable, en tanto que una entidad que se disuelve voluntariamente mantiene dicha responsabilidad, hasta el cierre de la liquidación. Se trata de una distinción, a primera vista, injustificada¹⁵⁰.

La tercera hipótesis (disolución sin liquidación) se refiere a las fusiones (a través de la adquisición o mediante la formación de una nueva empresa)¹⁵¹ y divisiones¹⁵². Si bien el Parlamento no especificó, exactamente, cuándo la entidad debe considerarse disuelta, el momento más adecuado parece el del depósito de la fusión o de la división de decisión en la secretaría del tribunal¹⁵³. A partir de este momento, la entidad original, ya disuelta no puede ser procesada, ni considerada penalmente responsable. Sin embargo, no queda claro si la nueva entidad (o entidades), resultado de la fusión o escisión, pueden ser procesadas por delitos cometidos antes de dicho momento. El artículo 20, párr. 1 Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal omite referencia al respecto y no existe un consenso doctrinal¹⁵⁴. Con la finalidad de evitar que las entidades, de forma fraudulenta, busquen encontrarse en cualquiera de los tres supuestos del artículo 20, párr. 1 Título Preliminar del Código Procesal Penal,

146. S. VAN DYCK, “De (privaatrechtelijke) rechtspersoon als strafbare dader van een misdrijf. Het Toepassingsgebied *ratione societatis privati iuris* van de wet van 4 mei 1999”, *T.Strafr.* 2001, (227) 251, par. 86.

147. El artículo 183 del Código empresarial.

148. S. VAN DYCK and V. FRANSEN, *op. cit.*, TRV 2008, para.91.

149. Los artículos 182, 333, 634 y 645 del Código de la empresa.

150. S. VAN DYCK and V. FRANSEN, *op. cit.*, TRV 2008, para.92.

151. Los artículos 671 a 672 y 681 y ss. Código de empresa.

152. Los artículos 673 a 675 y 681 y ss. Código de empresa.

153. No existe una jurisprudencia clara en este punto todavía. Véase, por ejemplo Const. Tribunal de Justicia 18 abril de 2013, n.º 52/2013.

154. Para una visión general de los diferentes puntos de vista, véase S. VAN DYCK y V. FRANSEN, *op. cit.*, TRV2008, párr. 93.

el párrafo segundo de este precepto establece dos circunstancias excepcionales en las que la Fiscalía todavía puede perseguir a la entidad, una vez que ha perdido su personalidad jurídica. Estas excepciones también se aplican a las entidades del artículo 5, párr. 3 CC que carecen de personalidad jurídica propia, sin embargo esto puede parecer complicado.

Una primera posibilidad de procesamiento *post mortem* se identifica con la situación en la que la entidad organizó su liquidación, disolución judicial o disolución sin liquidación, con el fin de huir de la persecución penal. Una segunda (importante) excepción es la situación en la que la entidad pierde su capacidad jurídica después de que el juez de instrucción ha notificado formalmente a la entidad los cargos existentes contra ella¹⁵⁵. Se supone que esta excepción no se tiene en cuenta, en relación a los casos en los que el enjuiciamiento es iniciado por el Fiscal (presentación ante el tribunal de primera instancia) o por la víctima (presentación de una demanda civil contra el acusado ante el tribunal de primera instancia o el juez de instrucción)¹⁵⁶.

Teniendo en cuenta que la entidad ha dejado de existir en estas dos excepciones, la Fiscalía sólo puede ir contra los liquidadores, dentro de los cinco años después del cierre de la liquidación¹⁵⁷, no siendo un proceso fácil. Por otra parte, en caso de una disolución con liquidación el procesamiento es prácticamente imposible, porque no hay liquidadores. Afortunadamente, el juez instructor puede evitar estos problemas mediante la suspensión de la disolución o liquidación, de conformidad con el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal¹⁵⁸.

Sin embargo, es cuestionable la conveniencia de enjuiciar a una entidad que, legalmente hablando, ya no existe. Desde esta perspectiva, las multas no parecen ya muy útiles y la disolución forzosa de la entidad, obviamente, no es una opción más.

155. Artículo 61 bis, párr. 1 del Código de Procedimiento Penal («Le juge d'instruction procède à l'inculpation de toute personne contre laquelle existent des indices sérieux de culpabilité. Cette inculpation est faite lors d'un interrogatoire ou par notification à l'intéressé. »)

156. Uno puede preguntarse si esta excepción se justifica razonablemente a la luz del art. 10-11 Constitución (principios de igualdad y no discriminación, supra, 3-A.2). Por desgracia, el Tribunal Constitucional se negó a responder a esta pregunta. Ver Const. Tribunal de Justicia 18 abril de 2013, n.º 52/2013.

157. Artículo 198 Código Empresarial.

158. 'Lorsqu'au cours d'une instruction, le juge d'instruction constate de sérieux indices de culpabilité chez une personne morale, il peut, si des circonstances particulières le requièrent, ordonner les mesures suivantes :

- 1° la suspension de la procédure de dissolution ou de liquidation de la personne morale;
- 2° l'interdiction de transactions patrimoniales spécifiques susceptibles d'entraîner l'insolvabilité de la personne morale;
- 3° le dépôt d'un cautionnement dont il fixe le montant, en vue de garantir le respect des mesures qu'il ordonne. si les mesures visées à l'alinéa précédent concernent des biens immeubles, il est procédé conformément à l'article 35bis'.

5. LA RESPONSABILIDAD “EX DELICTO “ DE LA EMPRESA

Junto con la posibilidad de la responsabilidad penal, las personas jurídicas son también civilmente responsables en virtud del artículo 1382 y ss. Del Código Civil¹⁵⁹. Para que una persona jurídica sea considerada responsable, deben existir pruebas fehacientes de la evidencia del delito, del resultado producido, de los perjuicios y de la relación causal entre el delito y los daños y perjuicios producidos. La culpa, requisito del artículo 1382 del Código Civil es idéntica a la negligencia en el Derecho Penal. En consecuencia, cuando una persona jurídica resulta condenada penalmente por sentencia firme, la víctima puede utilizar esta resolución judicial definitiva en un proceso civil como prueba de la culpa de la persona jurídica, para reclamar daños y perjuicios.

Aparte, cabe señalar que los tribunales penales belgas también pueden reconocer daños a las víctimas. Para ello, la víctima debe presentar al juez de instrucción, al juez o tribunal de primera instancia, una “*civile pétition de partie*” - “solicitud de parte civil”, para que así, adquiera la condición de parte en el procedimiento penal¹⁶⁰. Esta forma de proceder tiene muchas ventajas prácticas para la víctima, por ejemplo, porque el Fiscal le facilitará la mayor parte de las pruebas.

También es posible que la víctima presente simultáneamente una demanda civil y una penal, pero el tribunal civil tendrá que esperar el resultado de los procedimientos penales (tal y como lo manifiesta la expresión *le criminel tient le civil en état*)¹⁶¹. La resolución de los Tribunales penales es, en principio, vinculante para los civiles. Por lo tanto, si el delincuente ha sido condenado por el tribunal penal, se puede invocar el principio de *cosa juzgada* con la finalidad de evitar que la víctima obtenga dos veces una misma indemnización. Sin embargo, si el tribunal penal absuelve al acusado, la víctima todavía puede tratar de demostrar su responsabilidad en el ámbito civil.

159. Article 1382 Civil Code reads as follows: ‘Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer’. Article 1383 Civil Code states : ‘Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence’. Article 1384 Civil Code spells out the conditions of vicarious liability: ‘On est responsable non seulement du dommage que l’on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l’on a sous sa garde. Le père et la mère sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs. Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu’ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu’ils n’ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité’. Article 1385 habla sobre los dueños de animales y su responsabilidad civil por los daños causados por sus animales; El artículo 1386 contiene una disposición similar para los propietarios de una vivienda.

160. Artículo 63 *et seq.* Código de Procedimiento Penal.

161. De conformidad con el artículo 4, párr. 1 Título Preliminar del Tribunal de Procedimiento Penal el procedimiento civil se suspenderá hasta que haya una decisión final de la corte criminal.

6. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

6-A) Reconocimiento de los derechos procesales fundamentales en las empresas

6-B) Normas específicas de procedimiento

6-C) Los métodos de resolución de conflictos de intereses entre el administrador / representante y corporativa en casos de imputación simultánea

6-A y 6-B) Las personas jurídicas tienen los mismos derechos procesales que las personas físicas. No hay ningún tipo de excepción. Esta es una consecuencia lógica de la naturaleza antropomórfica de la responsabilidad penal de las empresas en la legislación penal belga.

A pesar de esto, el derecho a guardar silencio de la persona jurídica plantea algunas cuestiones problemáticas, vinculadas a que el derecho a permanecer en silencio de la persona jurídica es ejercido por su representante legal en el proceso penal. Este agente o representante de la empresa puede ser designado por la ley o por los estatutos de la entidad, de la asociación o de la corporación. Contrariamente a lo que el legislador reclamaba en 1999¹⁶², este representante actúa con la misma capacidad jurídica que la entidad. De tal forma que cuando la persona jurídica es imputada, el representante puede ejercer todos los derechos procesales correspondientes a los imputados (por ejemplo, el acceso al expediente, o el derecho de apelar contra determinadas medidas de investigación). En algunos casos, puede haber un conflicto entre el derecho de la persona jurídica a guardar silencio y el derecho personal del individuo que representa la entidad. Por ejemplo, cuando las autoridades quieren interrogar a la persona jurídica en calidad de testigo, van a llamar a su representante, que tiene que hacer un juramento y debe decir la verdad; verdad que puede resultar incriminatoria e implicar un conflicto con el derecho a permanecer en silencio del representante legal. A la inversa, el miedo a resultar imputado puede resultar un obstáculo a los intereses de la persona jurídica, al suscitar en el representante legal, por ejemplo, la tentación de remitir a las autoridades pruebas incriminatorias contra la entidad. El denominado mandatario ad hoc *mandataire ad hoc (infra, 6 - C)* puede resolver muchos de estos conflictos.

6-C) El artículo 2 bis Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que los mandatarios ad hoc (*mandataire ad hoc*) deben ser designados por el tribunal penal competente tan pronto como la persona jurídica y su representante estén imputados¹⁶³. El *mandataire ad hoc* representa a la persona jurídica y ejerce todos sus derechos. Por ejemplo, es el *mandataire ad hoc* que determina la estrategia de defensa de la persona jurídica. El artículo 2 bis Título Preliminar del Código Procesal Penal plantea numerosas cuestiones técnicas, algunas de las cuales aún no

162. Informe de la Comisión JEANMOYE, Parl.Doc., Senado, sesión 1998-1999, n1-1217/6, 84.

163. 'Lorsque les pour suites contre une personne morale et contre la personne habilitée à la représenter sont engagées pour des mêmes faits ou des faits connexes, le tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale désigne, d'office ou sur requête, un mandataire ad hoc pour la représenter'.

han recibido una respuesta clara en la jurisprudencia o en la doctrina. Vamos a esbozar, brevemente, las principales cuestiones y problemas clave, sin entrar en todos los detalles¹⁶⁴.

Una primera cuestión importante es el momento en el que se nombra al *mandataire ad hoc*. Lo ideal es que sea nombrado tan pronto como surja un conflicto de intereses entre la persona jurídica y su representante. Sin embargo, a pesar de que el legislador pretendía evitar, principalmente, este tipo de conflictos¹⁶⁵, el criterio jurídico contemplado en el artículo 2 bis Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal reside en el inicio del procedimiento contra ambos, esto es, la persona jurídica y su representante. Esto implica que, o bien el Juez de instrucción debe avisarles formalmente de los cargos que se les imputan (en el caso de una investigación judicial)¹⁶⁶, o bien deben ser convocados directamente a comparecer ante el tribunal (en caso de una investigación preliminar)¹⁶⁷. Será imposible designar un *mandataire ad hoc*, en caso de que el imputado sea una sola de las dos personas, esto es, la jurídica o la física.

En conclusión, los supuestos de conflictos vinculados al derecho a guardar silencio de la persona jurídica, como los que se acaban de ponerse de manifiesto, resultan difícilmente imaginables (*infra*, 6-A y 6-B). En caso de que la persona jurídica posea más de un representante y sólo uno de ellos sea el imputado, la entidad será representada por cualquiera de los otros.

En segundo lugar, la ley no determina quién cumple con los requisitos exigidos de un *mandataire ad hoc*. Parece importante, sin embargo, que la persona *mandataire ad hoc* sea suficientemente independiente, como para garantizar el derecho de defensa de la persona jurídica. Por esta razón, los tribunales suelen nombrar a un abogado como *mandataire ad hoc*¹⁶⁸. En las grandes corporaciones, la función de *mandataire ad hoc* también puede ser representada por un ejecutivo o empleado. Hay ventajas y desventajas en ambas opciones: un *mandataire ad hoc* externo puede encontrar una mayor oposición por parte de los representantes de la entidad y, por lo tanto, tener más obstáculos para lograr la información necesaria para saber lo que sucedió exactamente. Con un *mandataire ad hoc* interno siempre existe el

164. Para una discusión extensa, véase S. VAN DYCK y V. FRANSSEN, *op. cit.*, TRV2009, párrafos 132-158.

165. Informe de la Comisión JEANMOYE, Parl. Doc, Senado, sesión1998-1999, n1-1217/6, 74; Informe de la Comisión Verherstraeten, Parl.Doc., Cámara de Representantes, la sesión1998-1999, n° 2093/5, en 4.

166. Artículo 61 bis, párr. 1 del Código de Procedimiento Penal. Este emplazamiento precede a la acusación por los tribunales que investigan, tras de lo cual, será citado el demandado.

167. Una investigación preliminar llevada a cabo por agentes de policía bajo la autoridad del fiscal, sin la intervención de un juez, no permite determinadas medidas de investigación intrusivas, tales como el registro de una casa, sin el consentimiento de sus habitantes o una intervención telefónica(dichas medidas están sujetas a algunas específicas excepciones). Cuando el fiscal considere que se han reunido pruebas suficientes contra el sospechoso, puede presentar una querrela al tribunal de primera instancia y convocar al sospechoso a comparecer ante el tribunal, momento en el cual el sospechoso se convierte en acusado.

168. Para ser claros, este abogado no actúa como abogado de la defensa, sólo sustituye representante(s) de la persona jurídica.

riesgo de que pueda haber estado involucrado en el delito de alguna manera y tenga intereses que entren en conflicto con los de la entidad. Una vez que el *mandataire ad hoc* es nombrado, será la única persona que tendrá derecho a representar a la entidad en el proceso penal y a ejercer los recursos legales en nombre de la persona jurídica¹⁶⁹.

En tercer lugar, no existe un consenso en la jurisprudencia, ni en la doctrina sobre quién determina y paga los honorarios del *mandataire ad hoc*. Según algunos autores, estas tasas son comparables con otros gastos de defensa y, por lo tanto, tienen que ser abonados por la entidad. Otros, sin embargo, consideran que son los costes judiciales del Estado. En cualquier caso, parece conveniente que el Tribunal determine el importe de las tasas.

Un cuarto grupo de problemas se refiere a las cuestiones relativas a quién está autorizado para nombrar al *mandataire ad hoc* y cómo. Según el artículo 2 bis Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal, el tribunal competente, obviamente, puede ser el de primera instancia. Más cuestionable, resulta, sin embargo que un *mandataire ad hoc* pueda ser nombrado por el juez de instrucción o el juez de la investigación, aunque existe jurisprudencia que en ambas direcciones. De acuerdo con el artículo 2 bis del Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal, el tribunal puede nombrar de oficio un *mandataire ad hoc*, o actuar a una petición. La normativa no aclara (documentos parlamentarios)¹⁷⁰ quien puede presentar dicha petición (sólo la persona jurídica o también otras partes interesadas tales como, el Fiscal o el Juez de instrucción), pero la jurisprudencia es bastante flexible a la hora de admitir peticiones de cualquier persona con un interés legítimo. En ausencia de una petición, el tribunal, en el sentido manifestado, puede actuar de oficio. Ahora bien, existe un intenso debate doctrinal relativo a la existencia o no de obligación por parte del Tribunal de designar un *mandataire ad hoc* cada vez que la entidad y su representante estén ambos procesados. Hasta ahora, esta cuestión sigue sin resolverse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁷¹ y ni en la del Tribunal de Casación¹⁷².

7. BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN BÉLGICA

Las referencias más relevantes se citan en los pies de página.

169. Véase, por ejemplo Cass. 09 de junio de 2009, nP.09.0446.N; Cass. 09 de Febrero de 2011, nP.10.1616.F; Cass. 22 de mayo de 2012, nP.11.1808.N.

170. El legislador dio indicios de hecho en ambas direcciones. Ver Informe de la Comisión JEANMOYE, Parl. Doc, Senado, sesión1998-1999, n1-1217/6, 75; Informe de la Comisión Verherstraeten, Parl.Doc., Cámara de Representantes, la sesión1998-1999, n ° 2093/5, en 38.

171. Véase, por ejemplo Const. Court 5 diciembre de 2006, n ° 109/2006, párr. B.6.2.

172. Véase, por ejemplo Const. Court 7 de Enero No P. 02.0271.N.

8. LAS REFERENCIAS LEGISLATIVAS

Toda la legislación se puede consultar en www.belgielex.be. Para su comodidad, tenemos incluida la mayor parte de las disposiciones legales en las notas a pie de página (siempre en versión francesa). Los Proyectos de ley actuales y antiguos existentes en el Parlamento Federal, así como todos los demás documentos de reuniones se pueden encontrar en www.lachambre.be (Cámara de Representantes) y www.senate.be (Senado).

9. LAS DECISIONES JUDICIALES MÁS RELEVANTES SOBRE EL TEMA EN SU PAÍS

Todas las decisiones de la Corte de Casación se pueden consultar en www.cas-online.be, las de la Corte Constitucional se pueden encontrar en www.const-court.be.

Las referencias a las decisiones más importantes se han incluido en las notas a pie de página.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
101-112

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL CASO DANÉS Y HOLANDÉS

Axel-Dirk BLUMENBERG

*Investigador Colaborador
Facultad de Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha*

Resumen: En el siguiente artículo se explica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Dinamarca y Holanda. El artículo se ocupa del ámbito de aplicación material y personal de esta responsabilidad, los criterios de imputación, las sanciones aplicables, así como la problemática procesal.

Laburpena: Hurrengo lanean Dinamarca eta Holandako estatuetako pertsona juridikoen erantzukizun penala azaltzen da. Artikuluak, bi Estatu hauetako erantzukizunaren aplikazio materiala eta pertsonalaren eremua, egozpen irizpideak, kasu bakoitzari dagozkion zigorrak eta alderdi prozesala barneratzen du.

Résumé : L'article analyse la réglementation de la responsabilité pénale des personnes morales au Danemark et aux Pays Bas. L'article porte sur le champ d'application matériel et personnel de cette responsabilité, les critères d'attribution, les peines, ainsi que des questions de procédure.

Summary: The following article explains the regulating of the criminal liability of legal persons in Denmark and Holland. It treats the material and personal area of the application of criminal responsibility, imputation criteria, the sanctions and procedural aspects of execution.

Palabras clave: Responsabilidad penal, personas jurídicas, regulación.

Hitz gakoak: Erantzukizun penala, pertsona juridikoak, erregulazioa.

Mots clés : Responsabilité pénale, personnes morales, règlement.

Keywords: Criminal liability, legal persons, regulation.

I. INTRODUCCIÓN

Algunos sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas han surgido sin grandes reflexiones dogmáticas como en los países nórdicos o en EE.UU, donde la responsabilidad nace unida al pragmatismo. Estos sistemas no se preocupan por el fundamento teórico, sino simplemente constatan que personas jurídicas pueden infringir la ley. Así, por ejemplo, en el caso danés no ha existido un debate teórico sobre la admisibilidad o la legitimidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino una solución concreta para determinados problemas económicos.

A la vista de lo mencionado, se concibe a la persona jurídica como un ente capaz de infringir la ley, admitiéndose, igualmente, el efecto preventivo de las sanciones aplicables a las mismas. La responsabilidad penal hace posible calcular la multa según los beneficios ilegales obtenidos por la empresa y tiene una serie de ventajas de índole administrativa, probatoria y procesal, incluyendo la posibilidad de perseguir delitos anónimos. Los sistemas pragmáticos se caracterizan por:

- El excesivo protagonismo del derecho procesal.
- La privatización de la investigación.
- A menudo, la responsabilidad objetiva, como ocurre en los países nórdicos, que conllevan la irrelevancia de los programas de cumplimiento normativo.
- La falta de seguridad jurídica.
- Cierta despreocupación por los sanciones.

Esta tendencia refleja también la expansión del derecho penal a amplios ámbitos de la economía. El Derecho Penal resulta una herramienta más, a veces la favorita, entre los instrumentos de regulación, lo que aumenta los riesgos de persecución por parte de las autoridades sancionadoras. Desde el punto de vista de la expansión del Derecho penal y las tendencias actuales de la política criminal, hay muchas razones para introducir y aumentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

- Menor carga probatoria.
- Menor nivel de protección de los derechos fundamentales.
- Mayor capacidad económica para hacer frente a sanciones.
- Menor posibilidad de evadirse, y eludir la acción de la justicia.

Estos rasgos plantean, sin embargo, problemas desde la perspectiva empresarial. La falta de reconocimiento de medidas preventivas –los programas de Compliance– y los criterios divergentes en cada país complican la tarea del cumplimiento normativo en el ámbito internacional.

II. DINAMARCA

Dinamarca tiene una larga tradición de sancionar a empresas y otras personas jurídicas¹. Las razones de la implantación de la responsabilidad penal de las personas

1. *Elholm, T.* “Criminal liability of legal persons in Denmark”, in Fiorellu and Stile (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance programs*, Napoli, 2012, pp. 315-326.

jurídicas no parte –como hemos visto– de una elaborada dogmática, sino obedecen a necesidades de índole inminentemente práctica. Un ejemplo muy famoso es el supuesto de la *ley de mantequilla de 1926* diseñada para proteger los estándares de calidad de mantequilla danesa exportada². La responsabilidad penal de las personas jurídicas no era el objetivo principal de dicha regulación, sino un mero reflejo para aumentar la prevención general en un determinado sector de la economía. El objetivo de esta regulación era la creación de mecanismos de protección para mantener la reputación de un producto destacado y de alta calidad. Como en muchos otros países, también en Dinamarca el Derecho penal económico ha sido desarrollado desde algunos ámbitos jurídicos concretos y muy especializados –en este caso el sector agroalimentario– para dar poco a poco paso a una regulación generalizada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En el caso danés, son claras las necesidades de tal regulación. En el proyecto de Ley el gobierno argumentaba que una infracción de la ley de la mantequilla daba una ventaja económica a los socios de la empresa productora y por tanto era lógico multar la empresa como tal³. Esta argumentación corresponde, desde un entendimiento criminológico, con la imagen de un delincuente racional que pondera las ventajas de la comisión de un delito contra sus desventajas, desde una perspectiva puramente económica.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de este momento, se incluyó en muchas leyes especiales y, finalmente, fue introducida en la parte general del Código Penal en 1996⁴. Estas previsiones han sido aplicadas profusamente. Únicamente en 2009 más de 2900 empresas fueron imputadas⁵. Aproximadamente 2500 sanciones fueron impuestas por vía administrativa⁶. En este caso, la administración *propone* una sanción administrativa y las empresas tienen la posibilidad de recurrir ante los tribunales, pero en la mayoría de los casos estas sanciones son aceptadas⁷. Este modelo es casi dialogante y como muestran las cifras, altamente aceptado en la práctica. Esta amplia aceptación de las sanciones propuesta muestra un elevado grado de consenso en la práctica sobre el procedimiento sancionador por parte de las empresas sujetas a la norma. También se ve el enfoque práctico en el procedimiento sancionador: Un modelo capaz de crear una amplia aceptación de las sanciones propuestas, ahorra costes tanto para la Administración Pública, como a las empresas sancionadas y aumenta la agilidad del procedimiento.

2. *Ibid.*

3. Vid. *Elholm, T. (op. cit.)*, p. 316 s. con referencia a *Greve, V. "Criminal responsibility of legal persons in Denmark"*, in *Schünemann et al. (ed.)*, *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Köln, 1994, pp. 313-321.

4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas has sido introducida en varios estatutos durante el siglo 20 y al final del siglo han sido más que 200 estatutos especiales que prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas; *Valenzano, A. (op. cit.)* p. 464.

5. *Elholm, T. (op. cit.)*, p. 315 s. con ult. ref.

6. *Elholm, T. (op. cit.)*, p. 316.

7. *Ibid.*

1. **Ámbito de aplicación**

La regla general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en los Artículos 25, 26 y 27 del Código Penal danés. Por tanto, el modelo danés muestra similitudes con el modelo adoptado en España que ha incorporado la regulación correspondiente también al Código Penal (Art. 31bis). En Dinamarca sin embargo no existe desde el punto de vista normativo ninguna limitación a los delitos que pueden dar lugar a la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque existen obviamente límites prácticos.

Según el art. 26 del Código Penal danés, la responsabilidad penal es aplicable no sólo a entidades privadas, sino también a municipios y autoridades estatales. Aun así el modelo danés opera con un criterio de delimitación pragmático: Las entidades públicas sólo pueden incurrir en responsabilidad penal, si su actividad es comparable a la actividad de una empresa privada⁸. La responsabilidad penal de las personas jurídicas también se aplica a sociedades unipersonales, (Art. 26.2). Este dato es muy interesante, ya que el tejido industrial danés cuenta con muchas sociedades unipersonales, que aunque no sean organizadas como corporaciones, cuentan con un volumen de negocio elevado o un número alto de empleados⁹. Por tanto como podemos observar, el modelo legislativo danés ha optado por un enfoque pragmático –tanto en relación a entidades públicas como sociedades unipersonales– en vez de una distinción a nivel formal que podría dar lugar a lagunas de la Ley. El modelo de responsabilidad se centra en la complejidad y el tamaño de la organización en sí y en los riesgos inherentes de la misma.

En consecuencia, las sociedades unipersonales pueden ser castigadas si son comparables según su tamaño y organización a las personas jurídicas a las que se refiere el art. 26.1, lo que en la práctica se suele aplicar, cuando una empresa emplea menos de 20 empleados/as¹⁰. Dicho de otro modo, estas sociedades requieren una cierta complejidad organizativa que requiere la intervención a través de la responsabilidad penal de la propia entidad. Esta solución se critica por tener consecuencias irracionales, como muestra el siguiente ejemplo que nos ofrece *Elholm*¹¹: En la misma calle hay dos restaurantes uno al lado del otro. Ambos tienen 10 empleados, sin embargo una es una sociedad limitada. En caso de que el empleado de la SL cometa una infracción de la normativa sobre higiene por grave negligencia, se puede sancionar la persona jurídica. Si el empleado del restaurante de al lado comete la misma infracción en el restaurante que es una sociedad uni-personal, la consecuencia es que no se puede sancionar la sociedad, sino en todo caso el supervisor o el propietario del restaurante.

8. Vid. *Elholm*, T. (op. cit.), p. 319.

9. Vid. *Elholm*, T. (op. cit.), p. 319.

10. *Ibid.*

11. Vid. *Elholm*, T. (op. cit.), p. 319 s.

2. Identidad de la persona jurídica

Una cuestión decisiva en casos de responsabilidad penal de la persona jurídica es su identidad. Los problemas surgen, por ejemplo, cuando una infracción ha sido cometida, en una empresa que antes del juicio deviene insolvente o se fusiona con otra¹². Lo mismo ocurre en caso que una compañía ha subcontratado a otra por un encargo determinado y esta compañía comete la infracción. La solución de casos de esta índole depende de las circunstancias de cada supuesto¹³. En el modelo español –Art. 130.2 Código Penal– la responsabilidad penal de la persona jurídica persiste también en caso de una fusión o adquisición. Estos riesgos subrayan la importancia desde el punto de vista práctico de un procedimiento de *Due Diligence* enfocado en riesgos penales.

3. Criterios de imputación, Art. 27

La responsabilidad penal de la persona jurídica depende de los siguientes factores (Art. 27 Código Penal danés)¹⁴:

- La comisión de un delito en el marco de las actividades llevadas a cabo por la persona jurídica *en el establecimiento*;
- El fallo de una o más personas vinculadas con dicha actividad.

El término *en el establecimiento* permite una conexión *personal y funcional* entre delito y persona jurídica¹⁵. Esto quiere decir que la persona que haya cometido el delito es alguien que pertenece a la estructura empresarial sin distinción a que nivel organizativo esta persona está ubicada en el organigrama empresarial¹⁶. Incluso en algunos casos la persona que ha cometido el delito ni siquiera tiene que pertenecer a la organización empresarial, sino puede ser alguien externo, encargado para un determinado trabajo¹⁷. Al criterio de la comisión del delito *en el establecimiento* se suma el de *en beneficio de la persona jurídica*¹⁸. Estos criterios dan lugar a una imputación casi automática de la persona jurídica en caso de la comisión de un hecho delictivo. Aunque los programas de cumplimiento no son considerados como una eximente o una atenuante se muestra su importancia a la hora de prevenir delitos, ya que del caso contrario la imputación de la persona jurídica es inevitable.

Debido a la necesidad de conexión personal y funcional entre el acto cometido y la compañía (Art. 27) no dan lugar a la responsabilidad aquellos actos que han sido

12. Elholm, T. (*op. cit.*), p. 320.

13. *Ibid.*

14. Elholm, T. (*op. cit.*), p. 320 s. con ult. ref.; Valenzano, A. (*op. cit.*) p. 466 s. con referencias a Tøftegaard Nielsen, G. “Criminal liability of companies in Denmark: eighty years of experience” in AA.VV. Corporate Criminal liability in Europe, La charte, Bruxelles, 2008, p. 117.

15. Elholm, T. (*op. cit.*), p. 321.

16. Valenzano, A. (*op. cit.*), p. 467.

17. Elholm, T. (*op. cit.*), p. 321.

18. Valenzano, A. (*op. cit.*), p. 466 s.

cometidos en interés personal o no tienen que ver nada con la actividad social¹⁹. Un ejemplo de falta de conexión funcional es si un empleado utiliza el camión de la compañía, excediendo la carga máxima permitida por el Reglamento de tráfico, por motivos privados, por ejemplo ayudando a un amigo con el transporte de materiales de construcción²⁰. Otro caso atípico es, si un conductor de camión decide exceder los tiempos de trabajo permitidos por la UE en el ámbito del transporte por carretera, para visitar a su novia en París de camino de España a Dinamarca²¹.

4. Delitos anónimos e infracciones cumulativas

Los delitos anónimos, en los que la persona natural que realiza la infracción no es conocida, pueden dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica²². Lo mismo ocurre cuando las infracciones son cometidas por dos o más empleados, en caso de que ninguna infracción individual alcance los límites mínimos de responsabilidad previstos por la Ley, pero las infracciones conjuntas si lo alcanzan²³. Esta regulación es parecida a la adoptada por Art. 31 bis Nr. 2²⁴ del Código Penal español. Aquí estamos ante una de las ventajas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: La carga de prueba es mucho menor en relación a personas individuales y por tanto la investigación mucho más fácil para las autoridades judiciales.

Aunque el ordenamiento danés no reconoce de manera explícita programas de cumplimiento, las medidas de formación y de control mencionadas son elementos claves de las mismas. Para evitar la responsabilidad penal, las empresas tienen que organizarse adecuadamente y adoptar a través de la autorregulación dichas medidas preventivas²⁵. De manera fáctica encontramos aquí la necesidad de implantar programas de cumplimiento aunque estos no sean de momento reconocidos de manera explícita por el ordenamiento danés.

5. Tipo penal subjetivo

Los requisitos subjetivos son los mismos que para las personas físicas. Este requisito se cumple, si un empleado ha cometido los hechos de manera intencionada –o en su caso negligente–, pero el requisito se cumple también en caso que dos o más

19. Vid. *Elholm, T. (op. cit.)*, p. 321.

20. Vid. *Elholm, T. (op. cit.)*, p. 321.

21. *Ibid.*

22. Vid. *Elholm, T. (op. cit.)*, p. 322.

23. *Ibid.*

24. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse [...], aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.”

25. Fundamental *Arroyo L. en Arroyo, L./Nieto, A. Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, 2008 p. 23 ss. y *Nieto, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel, 2008, subrayando el aspecto de la ética empresarial como fundamento de los programas de Compliance, p. 218 ss. con ult. ref.

empleados conjuntamente cumplen el requisito o la compañía como tal ha actuado con dolo, por ejemplo por una falta de formación o supervisión de los empleados²⁶.

6. Aspectos procesales

La legislación danesa no contiene ninguna regla específica para aclarar la relación entre responsabilidad penal de la persona física y de la persona jurídica, ni tampoco claras previsiones procesales. En muchos casos la Ley permite acusar tanto la persona jurídica, como la persona física²⁷. Sin embargo existen directrices del Director de la Fiscalía danesa al respecto, que indican que en estos casos la responsabilidad principal es de la persona jurídica²⁸. En caso de que un hecho delictivo está cometido dentro de una compañía y relacionado al funcionamiento de la misma, habitualmente se acusa a la persona jurídica y no a los empleados que han ejecutado el acto delictivo²⁹: Si se puede sancionar la persona jurídica por un acto cometido dentro de la compañías, los empleados que han tomado parte en menor medida y los empleados de un rango interior no son sancionados, incluso en caso de que estén involucrados ampliamente. De este modo se puede evitar un riesgo importante que conlleve la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado *scapegoating*³⁰. Se trata de buscar un “chivo expiatorio” y el riesgo que empleados sean culpados con el objetivo de proteger a la empresa³¹.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Dinamarca protege de hecho las personas físicas³². De este modo se compensan los riesgos para los derechos de las personas físicas inherentes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El resultado es conforme con la concepción político-criminal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Dinamarca³³: Sancionar a quién haya obtenido de hecho un beneficio de los delitos y calcular la sanción conforme. En casos en los que sólo la compañía haya tenido un beneficio, los empleados no deben ser acusados lo que permite además citarlos como testigos contra la empresa³⁴.

26. Vid. Elholm, T. (*op. cit.*), p. 322.

27. Vid. Elholm, T. (*op. cit.*), p. 319.

28. Vid. Elholm, T. (*op. cit.*), p. 323.

29. Vid. Elholm, T. (*op. cit.*), p. 324 y Valenzano, A. (*op. cit.*) p. 464 ambos con referencia a las directrices del Director de la Fiscalía en Dinamarca N° 5/1999 (www.rigsadvokaten.dk).

30. Laufer, W. *Corporate bodies and guilty minds*, p. 144 ss. con ult. ref.

31. Sobre estos aspectos fundamental Nieto Martín, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 207 ss.

32. Vid. Elholm, T. (*op. cit.*), p. 324.

33. *Ibid.*

34. *Ibid.*

7. Sanciones

La única sanción que puede ser aplicada a una persona jurídica es la multa (Art. 25 del Código Penal Danés)³⁵. Aquí encontramos una diferencia con otros ordenamientos como el español que incluye entre las posibles sanciones incluso la intervención o la disolución de la persona jurídica. En Dinamarca se discute si se puede aplicar el Art. 79 del Código Penal que prevé la prohibición del ejercicio de una determinada actividad a una persona jurídica³⁶. Por otra parte existe el comiso de los beneficios obtenidos por hechos delictivos, aunque esta medida no está considerada una sanción criminal en el sistema legal danés³⁷. La legislación danesa deja un gran marco discrecional a los jueces y no existe ni un mínimo ni máximo previsto por la ley³⁸. En la práctica jurídica las multas oscilan entre los 70 Euros y los 275.000 Euro³⁹.

Tanto el carácter de las sanciones –la multa y la discusión sobre la prohibición de determinadas actividades– como el alcance de las cantidades muestran también el pragmatismo propio de este modelo de responsabilidad penal. Como hemos visto, el modelo danés quiere proteger determinados aspectos económicos. Por tanto los criterios de cálculo de la sanción se orientan en el impacto económico causado. En casos de fraude (incluyendo fraude fiscal) la cantidad de la sanción entre una y dos veces de la cantidad defraudada⁴⁰.

III. HOLANDA

1. Ámbito de aplicación

a) Ámbito material

Holanda es un país pionero en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que no limita tal responsabilidad a determinados delitos –como por ejemplo en España– sino como hemos visto en caso de Dinamarca la responsabilidad hipotética engloba todas las infracciones⁴¹. Este amplio ámbito de aplicación tiene

35. Vid. Valenzano, A. “Main aspects of corporate criminal liability ‘ex crimine’ in Northern European countries: Denmark, Sweden and Finland” in Fiorella, A. / Stile, A. M. (ed.), *Corporate criminal liability and Compliance Programs Volume I, Liability ‘ex crimine’ of legal entities in member states*, Jovene Editore, Napoles, 2012, pp. 463-481, p. 469.

36. *Ibid.*

37. Vid. Valenzano, A. (*op. cit.*) p. 469 con ult. ref.

38. Vid. Elholm, T. (*op. cit.*), p. 324.

39. *Ibid.*

40. Vid. Elholm, T. (*op. cit.*), p. 324.

41. Tricot, J. “Corporate criminal liability in Belgium, Netherland and Luxembourg” in Fiorella, A. / Stile, A. M. (ed.), *Corporate criminal liability and Compliance Programs Volume I, Liability ‘ex crimine’ of legal entities in member states*, Jovene Editore, Napoles, 2012, pp. 365-389, p. 374. Sobre el desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas vid. Verstraeten, R. / Franssen V., “Collective entities as subjects of criminal law. The case of Belgium and the Netherlands” in Fiorella, A. / Stile, A. M. (ed.), *Corporate criminal liability and Compliance programs*, Jovene Editore, Napoles, 2012, pp. 253-311, p. 253 ss.; Fundamental Vervaele,

obviamente límites prácticos que se reflejan también en la jurisprudencia. De este modo, en una decisión del 2 de junio de 1992 la Corte de Casación ha considerado que la empresa, empleadora de un piloto que ha pulverizado un insecticida infringiendo la Ley de Agricultura no puede ser responsable penalmente⁴².

b) **Ámbito personal**

El Código Civil holandés incluye en el ámbito de las personas jurídicas también comunidades religiosas y entidades públicas⁴³. Además el precepto penal de la persona jurídica (Art. 51 del Código Penal holandés) es aún más amplio que el concepto civilista. El concepto penal engloba todas las personas jurídicas salvo sociedades unipersonales⁴⁴. Es ésta una de las diferencias más destacadas con el ordenamiento danés, donde cómo hemos visto se imputa también a sociedades unipersonales –aunque limitando la aplicación a sociedades con una estructura de organización con cierta complejidad– (*vid supra*). Desde el punto de vista político criminal parece una solución muy acertada para evitar una criminalización excesiva. Los programas de cumplimiento despliegan además su pleno potencial en organizaciones más complejas donde pueden crear un contrapeso a factores criminógenos propios de organizaciones como la dinámica de grupos.

Art. 51.3 del Código Penal holandés hace referencia incluso a entes sin personalidad jurídica propia, por ejemplo en caso de la disolución de la persona jurídica, en el trascurso o después de la investigación penal. Cómo hemos visto también en el caso danés aquí estamos ante un solapamiento de aspectos mercantiles y penales en transacciones de fusiones y adquisiciones de empresas. Los riesgos penales encubiertos pueden tener graves consecuencias económicas para la empresa adquirente.

Las entidades de derecho público son igualmente responsables penalmente, aunque en la práctica por razones constitucionales se aplica en una medida mucho menor⁴⁵. La doctrina se mantiene dividida en relación a la falta de responsabilidad penal de entidades públicas⁴⁶. Uno de los casos más emblemático es el siguiente: En el aeropuerto militar de *Volkel* se habían producido, en varias ocasiones, contaminaciones de queroseno por una fuga de un depósito de carburante, lo que constituye un delito medioambiental⁴⁷. Las primeras veces, el Ministerio de defensa había

...

J. “Societas/universitas delinquere et puniri potest, ¿La experiencia holandesa como modelo para España?”, Consejo General Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, N.º 115, 2007, pp. 11-63; *De Doelder, H.* “Criminal Liability of Corporations: A Dutch Update”, en *Sieber et. al.*, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns, Colonia, Munich, 2008, p. 563-576.

42. HR 2 juin 1992, NJ, 1992, 754, *vid* sobre esta cuestión *Tricot, J.* (*op. cit.*), p. 375.

43. *Tricot, J.* (*op. cit.*), p. 375.

44. *Ibid.*

45. *Tricot, J.* (*op. cit.*), p. 376 s. con ult. ref.

46. *Tricot, J.* (*op. cit.*), p. 377.

47. Sobre este caso *vid. Vervaele, J.* (*op. cit.*), p. 46 ss.; *De Doelder, H.* (*op. cit.*), p. 573 ss.

podido evitar un procedimiento penal aceptando la propuesta de la fiscalía (*transaction offer*), pero la reincidencia obligó al Ministerio Fiscal a emprender la acción pública contra el Ministerio de defensa⁴⁸. Aunque el tribunal de instancia declaró al Estado penalmente responsable, no impuso ninguna sanción⁴⁹. El Tribunal supremo decidía sin embargo, que como norma general, el estado actúa en el interés general y por tanto no es posible, que el estado sea responsable penalmente para sus actos⁵⁰. *Vervaele* pone de manifiesto, que esta decisión concede al Estado una inmunidad penal absoluta, ya que los procesamientos penales son *de facto* imposibles⁵¹.

2. La imputación

La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Art. 51 CP)⁵² se basa en un sistema complejo, calificado por la doctrina como “vasos comunicantes”⁵³. Los criterios de imputación han sido perfilados poco a poco por la jurisprudencia. En el caso *IJzerdraad* de 1954, el Hoge Raad (Tribunal Supremo) estimó, en materia de responsabilidad penal del contratista, que no todas las faltas cometidas en una empresa pueden considerarse manifestación de su esfera de actuación; deben situarse en la esfera de poder del contratista y él debe haberlas aceptado de manera general⁵⁴.

Los criterios de imputación han sido perfilados aún más por otro caso emblemático, *Slavenburg*⁵⁵: Una investigación judicial llevada a cabo en este banco dio lugar al arresto del director de esta entidad financiera y a dos juicios importantes del Tribunal Supremo⁵⁶. *Vervaele* resume los criterios de responsabilidad utilizados por el Tribunal, que se basa en el caso *Ijzerdaad*, de la siguiente manera⁵⁷: “[N]o se exige que el dirigente tenga conocimiento de las infracciones específicas por las que se establece la cualidad de

48. *De Doelder, H. (op. cit.)*, p. 573; *Vervaele, J. (op. cit.)*, p. 46.

49. *Vervaele, J. (op. cit.)*, p. 46. Tribunal de ‘s-Hertogenbosch, 1 de febrero de 1993, NJ 1993, 257.

50. *De Doelder, H. (op. cit.)*, p. 574.

51. *Vervaele, J. (op. cit.)*, p. 47.

52. Fundamental *Vervaele, J. (op. cit.)*, p. 28 ss. con ult. ref.

53. Sobre los “vasos comunicantes” *Vervaele, J. (op. cit.)*, p. 42: “El elemento determinante para la punibilidad por la dirección de hecho no es tanto la función informal cuanto que la persona haya omitido efectivamente ejercer un control suficiente, estando obligada a ello en el plano funcional. Conforme al Derecho holandés, la punibilidad por la dirección de hecho necesita al menos una intención condicional en relación con la comisión de comportamientos ilícitos. Se exige por tanto algún reproche de culpa. La obligación de cuidado puede consistir en órdenes, medidas, medios y control. Cuanto mayor sea la obligación de cuidado que se atribuye al dirigente de hecho (¿él era el encargado por excelencia o había otros igualmente involucrados?), más se espera de él actividades dirigidas a prevenir o poner fin a los comportamientos ilícitos (=vasos comunicantes). La base de la responsabilidad descansa en el incumplimiento por razón de su función.”

54. *Tricot, J. (op. cit.)*, p. 367 f. Sobre la doctrina *IJzerdraad* cfr. *Vervaele, J. (op. cit.)*, p. 30 ss. con ult. ref.

55. HR, 19 novembre 1985, NJ, 1986, p. 125. Fundamental sobre los criterios de imputación en este caso *Vervaele, J. (op. cit.)*, p. 39 ss. con ult. ref.

56. *Vervaele, J. (op. cit.)*, p. 40 s.

57. *Vervaele, J. (op. cit.)*, p. 41.

autor en el seno de la persona jurídica y que constituyen, por tanto el fundamento de su propio procesamiento sobre la base del art. 51, apartado 2 inciso 2 del Código penal”.

En el año 2003 la Corte Suprema dictó una importante decisión que define las condiciones de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que ha determinado que el criterio de imputación es la imputación razonable de un hecho ilícito como base la responsabilidad penal⁵⁸.

La comisión de los hechos debe haber tenido lugar *en la esfera empresarial* que La Corte resume en cuatro grupos de circunstancias que permiten la determinación de dicho criterio⁵⁹:

- Un hecho cometido por una persona trabajando para la entidad, independientemente de una relación contractual laboral.
- El comportamiento corresponde a la actividad habitual de la entidad.
- La empresa ha obtenido un beneficio de los hechos.
- La infracción ha sido cometido en nombre de la entidad y que la empresa ha aceptado tal comportamiento. La aceptación incluye no tomar medidas razonables para la prevención de los hechos.

3. Las penas

El modelo holandés no tiene ningún régimen especial que regule las sanciones para las personas jurídicas⁶⁰. De las sanciones generales previstas en el Código Penal se puede aplicar la multa, el embargo de ciertos bienes y por ejemplo la publicación de la sentencia. La multa es la sanción por excelencia en los distintos ordenamientos jurídicos, pero la publicación de la sanción ha mostrado en otros ámbitos, por ejemplo el bancario, un gran poder disuasorio⁶¹. El comiso de beneficios ilícitos obtenidos (Art. 36 Código Penal) y la indemnización por daños causados (Art. 36 f. Código Penal) son otras de las medidas previstas⁶².

El Código Penal holandés tiene un sistema escalonado para categorizar las sanciones en diferentes categorías⁶³: El máximo para la primera categoría se eleva a 370 Euros, por la sexta categoría la cantidad máxima asciende a 740.000 Euros. Para poder adaptar la sanción al tamaño de la persona jurídica, el Art. 23 del Código Penal permite imponer una multa de la categoría superior⁶⁴.

58. Tricot, J. (*op. cit.*), p. 381 s.

59. Tricot, J. (*op. cit.*), p. 382.

60. Tricot, J. (*op. cit.*), p. 386 s.; De Doelder, H. (*op. cit.*) 574.

61. *Ibid.* Cfr. también De Doelder, H. (*op. cit.*) p. 574 s.

62. Tricot, J. (*op. cit.*), p. 387.

63. Tricot, J. (*op. cit.*), p. 387.

64. *Ibid.* Con referencia a Keulen, B.F./Gritter, E. “Corporate criminal liability in the Netherlands”, in *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, 2010, pp. 553-567, p. 560.

Estas medidas se complementan por las previstas en el Código penal económico. Esta normativa –anterior a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas– prevé entre otras la prohibición parcial o completa de las actividades de la persona jurídica por un tiempo máximo de un año, la designación de un interventor, la obligación de realizar las actividades que han sido omitidas ilegalmente, y la prohibición de obtener créditos de autoridades públicas por una duración máxima de dos años⁶⁵.

4. Aspectos procesales y estratégicos de la defensa

El Código Penal holandés incluye una regulación detallada a las personas jurídicas. Está será representada por uno de sus directivos (Art. 528) y se reconoce determinados derechos procesales, como la de consultar expertos o apelar en nombre de la persona jurídica⁶⁶. La Corte Suprema ha reconocido que las declaraciones de un dirigente son comparables a las declaraciones del acusado y por tanto aplica el Derecho de silencio⁶⁷. Esta opción abre la posibilidad de optar por una estrategia en la defensa, crear un “blindaje” informativo. El proceso penal permite la representación por varios –incluso todos– los directivos que a su vez pueden acogerse al derecho a silencio⁶⁸. Otra estrategia de defensa es mostrar que la empresa no ha tenido la oportunidad de evitar el hecho delictivo –dicho de otro modo, por haber tenido implantado un programa de Compliance eficaz–, lo que da lugar a la exención de la responsabilidad penal de la misma⁶⁹.

IV. CONCLUSIONES

Tanto el modelo danés como el modelo holandés tienen un enfoque pragmático. Mientras en Holanda, las medidas de prevención forman parte de la estrategia de defensa, en Dinamarca se está planteando la posibilidad de eximir personas jurídicas en caso de que no se haya podido evitar la comisión de los hechos delictivos, abriendo camino de este modo al reconocimiento de estrategias preventivas o dicho de otro modo, programas de Compliance. Ambos modelos de responsabilidad penal facilitan por sus laxos criterios la imputación de las personas jurídicas, pues requiere un nivel probatorio menor.

65. *Tricot, J. (op. cit.)*, p. 387 con ult. ref.; *De Doelder, H. (op. cit.)*, p. 574 s.

66. *Tricot, J. (op. cit.)*, p. 388.

67. HR, 13 de octubre de 1981, NJ, 1982, 17. Sobre esta cuestión vid. *Tricot, J. (op. cit.)*, p. 388.

68. *Ibid.*

69. *Tricot, J. (op. cit.)*, p. 383.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
113-124

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL CASO FRANCÉS

Maiténa POELEMANS

*Doctora-Investigadora. Centre de Documentation
et de Recherches Européennes (CDRE).
Universidad de Pau y de los Países del Adour (UPPA).*

Resumen: La responsabilidad penal de las personas jurídicas se adoptó en el Código Penal del 1994, recogiendo en el artículo 121-2 1º del mismo. Este trabajo nos muestra cómo es la regulación francesa en dicha cuestión, las infracciones, así como las consecuencias jurídicas de las mismas.

Laburpena: Frantzia 1994ko Zigor Kodeak indarrean sartu zuen pertsona juridikoen erantzukizun penalaren erregulazioa bertako 121-2 1. artikuluan. Lan honetan, erregulazioa azaltzen zaigu, pertsona juridikoen burutzen dituzten delituak eta euren ondorio juridikoak.

Résumé : La responsabilité pénale des personnes morales a été adoptée dans le Code pénal de 1994 à l'article 121-2 1^{er}. Le présent travail nous montre la réglementation française sur cette question, les infractions, ainsi que leurs conséquences juridiques.

Summary: The criminal liability of legal persons was adopted in the 1994 Penal Code of France, collected in its 121-2 first article. This work shows how is the French regulation on this issue, infringements and consequent punishment.

Palabras clave: Responsabilidad penal, personas jurídicas, reglas procesales.

Hitz gakoak: Erantzukizun penal, pertsona juridikoak, arau prozesalak.

Mots clés : Responsabilité pénale, personnes morales, règles procédurales.

Keywords: Criminal liability, legal persons, procedural rules.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la Revolución francesa y la abolición de los corporativismos, la idea de responsabilidad penal de las sociedades, empresas, de cualquier grupo o agrupación había desaparecido del derecho francés. El código penal de 1810 ilustra perfectamente esa reacción de rechazo estando exclusivamente dedicado a la persona física considerada como único ser dotado de inteligencia y voluntad, y relegó a las personas jurídicas¹ al rango de irresponsables penalmente.

A partir de las primicias de reforma del código penal y la introducción de esta responsabilidad particular en el derecho penal de otros Estados miembros de la Unión europea, en particular anglosajones, pero también porque hubo muchos escándalos dentro de las sociedades civiles agrarias, se planteó como necesidad la idea de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El derecho francés ya había abandonado el adagio *societas delinquere non potest* desde 1934 y el interés en reconocer esta responsabilidad penal se planteaba doblemente: para aportar una solución a la posible y frecuente insolvencia de las personas físicas, miembros del grupo y para solucionar las dificultades de establecer en múltiples circunstancias la participación directa de estas últimas en el delito². El legislador impulsó esta nueva tendencia en el ámbito de la higiene y seguridad con la ley del 6 de diciembre de 1976 sobre el desarrollo de la prevención de los accidentes de trabajo³, en la cual instaura la posibilidad de poner a cargo de la persona jurídica todo o parte del pago de las multas pronunciadas contra los empleados y que han ocasionado la muerte o lesiones según los artículos del Código penal.

El principio de la responsabilidad penal de la persona jurídica fue adoptado en el nuevo Código penal de 1994⁴. El artículo 121-2 1° precisa que «*Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables, conforme a lo dispuesto en los artículos 121-4 a 121-7, [y en los casos previstos por la ley o el reglamento]*⁵ de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes. Se puede decir que ha sido la innovación más importante del nuevo Código penal en Francia.

Así como lo ilustran los términos del artículo precitado, y según el principio de especialidad, esta responsabilidad penal solo se podía reconocer, en un primer tiempo, dentro de los casos expresamente previstos por la ley o el reglamento. Es decir que en la ausencia de una tal precisión en el texto de incriminación, la

1. En el derecho francés, se utiliza el término de «persona moral» que se define como grupo o agrupación que posee la personalidad jurídica más o menos completa.

2. Puede ser difícil, por ejemplo, cuando los hechos que están en el origen de esas infracciones derivan de unas decisiones adoptadas a través de votos secretos, por una pluralidad de gerentes o durante asambleas generales, R. BERNARDINI, «Personne morale», Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2010.

3. Ley n°76-1106 del 6 de diciembre 1976, JORF del 7 de diciembre 1976.

4. Ley n°92-683 del 22 de julio 1992, relativa a la reforma de disposiciones generales del Código penal, JORF del 23 de julio 1992, p. 9864.

5. Este límite ha sido suprimido por la ley n°2004-204 del 9 de marzo de 2004, JORF 59 del 10 de marzo 2009, p. 4567.

responsabilidad penal no podía ser imputada. Este principio dio lugar a divergencias jurisprudenciales entre jueces que aplicaban de manera estricta esta exigencia⁶, mientras otros adoptaban una interpretación extensiva de las disposiciones de la ley para reconocer esta misma responsabilidad⁷. Para remediar a esa inseguridad jurídica, el legislador francés adoptó la ley n°2004-204 del 9 de marzo 2004⁸ que abandona esa restricción y desde el 31 de diciembre 2005, las personas jurídicas son responsables de toda infracción, excepto cuando la ley lo excluye expresamente.

Al cabo de veinte años de aplicación de la reforma, la jurisprudencia sigue en movimiento. El objeto de este artículo consiste en analizar el mecanismo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal francés con arreglo a los artículos 121-2, 131-37 y s. del Código penal, 706-41 y s. del Código procesal penal. Estos textos precisan cómo se tiene que entender la noción misma de persona jurídica para determinar cuales son los grupos que pueden ser penalmente responsables (2.) antes de determinar las condiciones de contratación de la responsabilidad penal y las conductas punibles (3.), las penas previstas (4.) y finalmente, dictan las reglas procesales (5.).

2. LA DEFINICIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PENALMENTE RESPONSABLES

Cuando el legislador se plantea la cuestión del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de ley, se refiere a la *suma divisio* del derecho francés que distingue las personas morales de derecho privado y las de derecho público. Así pues, en su origen, la responsabilidad de los seres morales quedaba reducida a los grupos de derecho privado, principalmente las empresas, asociaciones, sindicatos, partidos políticos (2.1). Sin embargo, preocupado por garantizar la igualdad ante la ley penal, el legislador ha preferido, bajo ciertas condiciones y con algunas excepciones introducir también la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho público por sus hechos (2.2).

2.1. Las categorías de grupos de derecho privado que pueden ser penalmente responsables

El legislador francés ha elegido el término de «persona moral» o «persona jurídica» para nombrar las entidades que pueden ser penalmente responsables. Esta noción de «persona moral» o «jurídica», en lo que concierne las entidades de derecho privado se entiende como todo grupo que se ve reconocer la personalidad jurídica, es decir la capacidad jurídica, después de haber cumplido con varias formalidades

6. Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 de abril 2000, los jueces aprobaron la decisión del tribunal de apelación que había excluido la responsabilidad de la persona jurídica sobre la base del artículo R 362-1-1 del Código del trabajo que incriminaba «toda persona» sin determinar específicamente las personas jurídicas.

7. Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 de enero 2000: sentencia en la cual los jueces reconocieron la responsabilidad penal de la SNCF en base a los artículos 221-6 y 221-7 del Código penal, bajo la incriminación de homicidio involuntario.

8. Ley n°2004-209 del 9 de marzo 2004, de adaptación de la justicia a las evoluciones de la criminalidad, artículo 54.

previstas por la ley. Las sociedades, por ejemplo, solo adquieren la personalidad moral después de su inscripción en el registro mercantil y las asociaciones solo se ven conceder la capacidad jurídica después de la declaración de creación ante la prefectura. Es decir que antes de que estas formalidades estén cumplidas, el grupo no puede acceder en teoría a la vida jurídica, ni ser penalmente responsable. En caso de infracción, solo los miembros como persona física podrán verse perseguidos.

Con esta solución parece fácil determinar a partir de cuando se le puede imputar una infracción a la persona moral. Por ejemplo, el grupo de sociedades, sin capacidad jurídica está exento de responsabilidad penal, mientras que en caso de disolución, la persona jurídica sigue siendo responsable penalmente de sus hechos durante el periodo de liquidación y hasta que las operaciones hayan sido liquidadas por sentencia judicial⁹.

Pero la lógica aparente de la personalidad tiene como consecuencia principal que la posibilidad de aplicar el derecho penal a un grupo depende de la ejecución de algunas formalidades por sus fundadores, es decir de su voluntad. Otra dificultad puede surgir cuando la ley, en ciertas condiciones, impone la creación de un grupo sin especificar si tiene que ser titular de la personalidad jurídica. Por ejemplo, la ley precisa que el comité de empresa tiene la personalidad jurídica y es penalmente responsable cuando no dice nada para el comité de grupo o de establecimiento al cual no se aplica el artículo 121-2 CP. Para solucionar este tipo de desigualdad, las jurisdicciones podrían por ejemplo admitir la existencia de una personalidad jurídica cuando el grupo presenta una cierta estabilidad en el tiempo y una organización suficientemente estructurada para identificar los procesos de decisión y cuando dispone de medios de acción autónomos.

En resumen, todas las personas de derecho privado que tienen la personalidad jurídica pueden ser responsables penalmente tengan como objetivo la búsqueda del lucro o no. Esta interpretación extensiva cubre entidades tan diversas como las sociedades civiles o comerciales, los agrupamientos de interés económico, las asociaciones, los sindicatos, las fundaciones, los partidos políticos.

2.2. Las personas jurídicas de derecho público y su responsabilidad penal

Según el principio de igualdad, las entidades públicas son sometidas al derecho penal a semejanza de las personas privadas. No obstante, el texto del artículo 121-2 CP prevé expresamente dos excepciones al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho público que conciernen al Estado y a los entes colectivos públicos.

La exclusión total del Estado puede considerarse como una ruptura de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas y un ataque al principio de igualdad ante la justicia. La opción elegida por el legislador puede ser argumentada de dos modos. Primero, el estudio de los informes parlamentarios señala que esta exclusión se justificaría por

9. Al contrario, en caso de disolución sin liquidación, por ejemplo en caso de fusión de la persona jurídica, la nueva entidad con capacidad jurídica no será responsable de los delitos cometidos por las sociedades absorbidas ya que solo se es responsable de su propio hecho, CA Paris, 14 de mayo 1997.

la soberanía del Estado. Este argumento ya había sido utilizado para excluir la responsabilidad civil del Estado y hoy en día se constata que en muchos ámbitos en los cuales esta responsabilidad ha sido admitida, no se han constatado repercusiones sobre la soberanía. Además, el Estado ya no es soberano en todos los marcos ya que algunos de sus órganos o actividades son sometidos a un control que puede desembocar sobre una condena judicial. El segundo argumento ponía de relieve el monopolio del Estado sobre la represión que justificaría también esa exclusión. Llegaríamos a situaciones en las cuales el Estado habría previsto la incriminación, habría violado la ley, habría sido procesado por el Fiscal, sería juzgado por las jurisdicciones creadas por él mismo... Este argumento no es muy convincente ya que este monopolio no pertenece solo al Estado sino que a toda persona que posee una autoridad reglamentaria sin que su responsabilidad penal fuese automáticamente apartada¹⁰.

La cuestión de la exclusión de la responsabilidad penal del Estado merece que se plantee ya que no es satisfactoria. Algunos autores han propuesto que el Estado debería ser penalmente responsable por los delitos cometidos en su nombre dentro de actividades de servicio público susceptibles de delegación, así como está previsto para las colectividades públicas¹¹.

El Estado no es el único en escapar al principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La cuestión de la punibilidad de los entes colectivos públicos o colectividades territoriales y sus grupos se planteó primero ante el Consejo de Estado francés que adoptó una recomendación negativa¹². El Parlamento adoptó una posición contraria y reconoció la responsabilidad de las colectividades territoriales y las colectividades de ultramar francesas¹³ así como la de sus agrupamientos¹⁴ pero únicamente en caso de infracciones cometidas dentro del ejercicio de actividades que pueden ser objeto de convenios de delegación de servicio público¹⁵.

El legislador permite así reconocer que los entes colectivos públicos pueden ser penalmente responsables al igual de los demás personas jurídicas. No obstante, construye un régimen derogatorio en el que toda la dificultad consiste en determinar estas actividades que pueden dar lugar a delegación de servicio público. La tarea, compleja, del juez consistirá en apreciar la naturaleza del convenio de delegación sin juzgar su contenido y en ausencia de definición en el Código penal.

10. Es el caso del alcalde que adopta ordenanzas municipales que crean diligencias penales.

11. C. MONDOU, *Commentaire de l'article 121-2, alinéa 2, du Nouveau Code Pénal*, *AJDA* 1993, p. 539.

12. *JO Sénat*, 11 de mayo 1989, p. 624.

13. Nueva Caledonia, las provincias de Nueva Caledonia y la colectividad territorial de Córcega.

14. Establecimientos públicos de cooperación intercomunal, los sindicatos de municipios, comunidades de aglomeración, etc.

15. Según los términos del artículo 121-22-2 CP, «*los entes territoriales y sus agrupaciones sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público*». Ver por ejemplo, el caso de la responsabilidad de una comunidad de aglomeración, propietaria de un matadero a causa de un accidente provocado por un animal que se escapó de éste, *Cour de cassation ch. crim.* 14 de diciembre 2010, n° 10-80.59, *Droit pénal* 2011, comm. N° 32.

3. LAS CONDICIONES DE CONTRATACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Una vez aceptado el principio de la responsabilidad penal, conviene determinar las condiciones de atribución de esta responsabilidad. La existencia de una infracción constituye el elemento por definición de toda responsabilidad. En este caso, sin embargo, la infracción contiene particularismos debidos al hecho que la persona jurídica no es la que comete la infracción directamente (3.1). El régimen de punibilidad de las personas jurídicas abarca también las categorías de infracción ya que si se puede cualificar desde 2004 este régimen de general, antes solo podía imputarse, en caso de infracciones previstas en la ley o el reglamento (3.2).

3.1. La imputación de la infracción

Según los términos del artículo 121-2 del Código penal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas necesita que la infracción esté cometida por un órgano o representante de la persona jurídica y por su cuenta.

Una infracción cometida por los órganos o representantes de la persona jurídica

La responsabilidad penal de una persona jurídica está condicionada por los actos de sus órganos o representantes. Está claro que la realización del elemento material de la infracción necesita obligatoriamente la intervención de una persona física. Varias cuestiones se plantearon a los jueces.

La primera hace referencia a la definición de las nociones de «órganos» y de «representantes» que se refieren a dos situaciones diferentes que no son definidas por el legislador.

El órgano podría ser definido como la persona o la colectividad que ejerce, en virtud de la ley, todo o parte de los poderes de administración, de gestión o de dirección de una persona jurídica. Por ejemplo, en la sociedad de responsabilidad limitada (SARL), los órganos, según el artículo 121-2 CP, serían el gerente y la asamblea de los accionistas o dentro de una asociación, las personas que tiene el cargo de la dirección (presidente, vicepresidente...) y la asamblea de sus miembros, o también en el caso de un municipio el alcalde, los tenientes de alcalde y el consistorio municipal...

La noción de representantes ha sido añadida más tarde dentro del proyecto de ley para completar la noción de órgano. Esta última no permitía abarcar las personas que aunque no fuesen expresamente contenidas en la ley o los estatutos, desempeñan un papel crucial en la gestión y los actos de la persona jurídica. El representante sería la persona que cumple los actos jurídicos o materiales en virtud de un mandato dado por la persona jurídica o que cumple estos actos comportándose como si detuviese formalmente el poder de representar la persona jurídica. Al contrario, en caso de una infracción cometida por un asalariado sin delegación de poderes o por un funcionario territorial, la punibilidad de la empresa en la que trabaja o de la persona jurídica de derecho público que lo emplea, no puede ser reconocida.

En paralelo a estas funciones, se plantea el problema de los dirigentes de hecho que aunque no estén previstos por la ley o los estatutos ejercen en realidad el poder

de dirección. La Corte de casación¹⁶, enfrentada a esta situación, reconoció, como una parte mayoritaria de la doctrina, la existencia de esta responsabilidad comprometida por el órgano o el representante aparente, es decir, el que ha podido ser considerado como estar en posesión del poder de decisión de la persona jurídica.

En resumen, basta con demostrar que el órgano o representante de una persona jurídica ha cometido una simple falta, para que la responsabilidad de esta última esté comprometida¹⁷. La Corte de casación hace aquí una interpretación muy extensiva del artículo 121-2 del Código penal que menciona claramente que las personas jurídicas son responsables de las infracciones cometidas por sus órganos o representantes.

La necesidad de identificar a estos órganos o representantes puede ser considerada como un límite a tal interpretación y un amparo a una responsabilidad casi automática. A partir de las primeras sentencias basadas en el artículo 121-2 del Código penal, los jueces de la Corte de casación habían instituido una obligación de identificación de los órganos o representantes¹⁸. Era sin contar con varias sentencias en 2006¹⁹ en las cuales se reconoce la responsabilidad de las personas jurídicas sin que el autor de la infracción esté identificado pero que el juez está convencido que la infracción ha sido cometida en todos sus elementos (material e intelectual) por un órgano o un representante. En ese caso, el juez ya no consideraba la ausencia de identificación del *substratum* humano como un obstáculo para reconocer la responsabilidad de la persona jurídica²⁰. Volviendo a un punto más ortodoxo, la Corte de casación retoma su jurisprudencia precedente y reclama de nuevo la identificación de los órganos o representantes de la persona jurídica para implicar su responsabilidad²¹.

Una infracción cometida «por su cuenta»

El artículo 121-2 del Código penal menciona que los actos reprochados a las personas jurídicas deben de haber sido cometidos por «su cuenta». Al principio, la doctrina entendía por esa exigencia que la persona jurídica debía de haber sacado un provecho de la infracción cometida. Esta interpretación valía para números actos como, por ejemplo, la contratación de trabajadores clandestinos o en caso de estafa o

16. Cour de cassation, ch. crim. 9 de noviembre 1999, n°98-81.746.

17. Cour de cassation, ch. crim. 2 de octubre 2012, n° 11-85.032, Dalloz actualité, 26 de noviembre 2012.

18. En la sentencia de la Corte de casación del 18 de enero 2000, el juez apartó la responsabilidad penal de la SNCF (sociedad nacional francesa de ferrocarriles) por ausencia de base legal ya que el juez de apelación solo había mencionado a los ingenieros y responsables locales sin precisar ni demostrar que eran órganos o representantes de la SNCF.

19. En la sentencia de principio de la Corte de casación del 20 de junio 2006 (n°05-85.255), llamada jurisprudencia Sollac, el juez admitió la culpabilidad de personas jurídicas a partir de presunción de imputación sin que sea demostrado que la falta no intencional había sido cometida por cuenta de la persona jurídica.

20. Es el caso por ejemplo cuando las infracciones se inscribían en el marco de la política comercial de las sociedades y solo podían haber sido cometidas por su cuenta por sus órganos o representantes.

21. Cour de cassation ch. crim., 22 de enero 2013. En esta sentencia, el juez abandona la presunción de imputación de la jurisprudencia Sollac y juzga que es necesario demostrar que el delegado de poder había actuado en el grupo para esa persona jurídica.

una economía en caso de fraude fiscal por no respeto de ciertas reglas de seguridad. Sin embargo, no valía para todo hecho. Por ejemplo, ¿qué provecho sacaría la sociedad en una discriminación en una contratación cometida por sus órganos o representantes? Podría adoptarse otra interpretación con criterios alternativos: un provecho para la persona jurídica pero también el hecho que la infracción es el resultado de la organización de ésta... De todas maneras, los jueces no se plantearon problemas con esta exigencia y consideraron que la infracción había sido cometida por cuenta de la persona jurídica en caso de provecho directo o indirecto. Puede reconocerse la responsabilidad de la persona jurídica por el simple hecho que la infracción ha sido cometida en el marco de su actividad, que haya o no sacado algún provecho. No será el caso si el autor de la infracción la ha cometido para su interés exclusivo aunque fuese en el marco de sus funciones.

Una responsabilidad que no excluye la de la persona jurídica

La infracción cometida por un órgano o un representante de una persona jurídica y por la cuenta de esta última puede ser imputada a ésta. Según los términos legales, no es la persona jurídica que comete personalmente la infracción pero constituye el marco jurídico en el que se ejercen actividades humanas. Las personas jurídicas pueden ser procesadas como autor de una infracción o como autor de una tentativa o finalmente como cómplice. En este último caso, debe de haber un autor principal que puede ser otra persona jurídica o una persona física.

Sin embargo, la infracción también puede ser imputada a las personas físicas. El artículo 121-2-3 del Código penal menciona que: «... *la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos*». Para facilitar la aplicación de estas disposiciones, una circular del ministerio de justicia de 13 de febrero de 2006 incita a los jueces a perseguir en caso de falta intencional, a la vez a la persona física, autor y cómplice de los hechos, y a la persona jurídica cuando los hechos han sido cometidos por su cuenta, por uno de sus órganos o por sus representantes. Era necesario precisar que la responsabilidad de las personas jurídicas no suprimía las responsabilidades personales y que estas responsabilidades se pueden acumular en caso, por ejemplo, de incumplimiento, por el representante legal, de normas en materia de higiene y seguridad²² o de obras sin que el gerente de una sociedad haya solicitado una autorización²³.

Esta responsabilidad acumulativa es en la práctica, poco utilizada. En la mayoría de los casos, la responsabilidad penal de la persona jurídica elimina la de los jefes de empresa. Por ejemplo, en caso de las infracciones no intencionales se puede concebir una imputación directa de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esto facilita la tarea del Fiscal que no tiene que demostrar la responsabilidad penal de una persona física ya que la prueba del incumplimiento de la obligación legal basta para condenar a la persona jurídica²⁴.

22. Cour de cassation, ch. crim, 13 de marzo 2001, n° 99-86.256.

23. Cour de cassation, ch. crim., 13 de noviembre 2007, n° 07-81.279.

24. La persona jurídica es penalmente responsable del delito de homicidio involuntario debido a la muerte de un obrero que se cayó porque la persona jurídica no había respetado las reglas de seguridad en el trabajo, Cour de cass. Ch. crim., 1 de diciembre 1998.

3.2. Las infracciones o delitos

La solución adoptada por el legislador francés limitaba en un primer tiempo esta nueva responsabilidad a las infracciones que lo preveían especialmente, según el principio de especialidad de las infracciones imputables a las personas jurídicas. Este método tenía el mérito de la simplicidad. Existían disposiciones especiales que indicaban que tal infracción era imputable a las personas jurídicas y cuales eran las penas aplicables. El legislador hizo la selección dentro del Código penal y la ley de adaptación contenía artículos que mencionaban qué infracciones exteriores al Código penal podían activar la responsabilidad de las personas jurídicas²⁵. Pero, poco a poco, el legislador aumentó el número de infracciones que se pueden reprochar a las personas jurídicas, principalmente en materia de seguros, de protección del medioambiente, de salud pública y en el marco del sector financiero. Así pues, más de 200 infracciones podían resultar de la acción de personas jurídicas antes de la ley n°204-2004 del 9 de marzo de 2004.

Efectivamente, esta opción demostró muy rápidamente sus límites: algunas infracciones muy importantes no activaban la punibilidad de las personas jurídicas, por ejemplo, las del derecho penal, del urbanismo, del consumo, de la higiene y seguridad en el trabajo, cuando de manera ilógica, una ley de 2001 sobre las sectas reconocía su responsabilidad por abandono de familia o agresión sexual. Por parte de las personas jurídicas existía una gran inseguridad y a partir de 2003, la Corte de casación empezó a reconocer la responsabilidad de las personas jurídicas en circunstancias en las cuales no existía un texto específico.

La ley del 9 de marzo de 2004 suprime las disposiciones del artículo 121-2 CP que reconocen la responsabilidad «*en los casos previstos por la ley o el reglamento*» y se aplica para los hechos posteriores al 31 de diciembre de 2005. Las personas jurídicas son ahora susceptibles de ser perseguidas por cualquiera infracción salvo cuando un texto lo excluye expresamente, como en materia de prensa escrita y de comunicación al público por vía audiovisual o electrónica.

Los delitos más numerosos son los ataques al orden financiero, económico y social (60%). El trabajo ilegal constituía en 2005, una de cada tres condenas, luego venían las infracciones a la legislación sobre la competencia y los precios (15%). 25 % de las condenas sancionaban los ataques a la persona humana, principalmente lesiones u homicidios involuntarios que eran provocados uno de cada tres en el marco de un accidente laboral. Un poco menos del 10 % de las sentencias conciernen infracciones contra el medioambiente (contaminación de las aguas y de los suelos, infracción a la ley sobre las instalaciones clasificadas).

4. LAS PENAS

Los artículos 131-37 a 131-49 del Código penal instauran un régimen especial de penas criminales²⁶ y correccionales aplicables a las personas jurídicas, en la

25. Era el caso de los crímenes contra la humanidad, homicidios involuntarios y ataque voluntario a la integridad de la persona; los crímenes y delitos contra bienes como el robo, el chantaje, la estafa, el abuso de confianza...

26. En Francia, este calificativo determina en el derecho penal español las penas de más de 3 años de prisión.

lista de las cuales la multa aparece como pena principal. Dictada en más de 92% de los casos²⁷, la multa puede ascender al quintuplo de la señalada por la persona física autora del crimen o delito. Es decir que para las infracciones más graves, la multa puede ser muy importante como por ejemplo para sancionar una estafa (3,75 millones de euros), un robo (225 000 euros) o un tráfico de drogas (37,5 millones de euros). Hasta la adopción de la ley del 9 de marzo 2004, la multa, como las otras penas, no se podía pronunciar si no era prevista para las personas físicas. El legislador añadió en el artículo 131-38 CP la posibilidad de pronunciar una multa de 1 millón de euros en contra de la persona jurídica en caso de crimen para el cual ninguna multa ha sido prevista para la persona física. Esta hipótesis solo vale para las infracciones cometidas después del 31 de diciembre de 2005 y, como para toda persona jurídica, el porcentaje de la multa puede ser atenuado por el juez que examina las circunstancias de la infracción, la personalidad de su autor, sus recursos económicos y sus cargas.

La multa no es, sin embargo, exclusiva. La ley ha previsto otras penas relativas a las personas jurídicas: la disolución, pero no vale para las personas jurídicas de derecho público, partido político, sindicato profesional ni instituciones representantes del personal; la prohibición definitiva o provisional durante cinco años como máximo de ejercer determinadas actividades; el sometimiento a vigilancia de la autoridad judicial durante un máximo de cinco años²⁸; el cierre de uno o varios establecimientos de la empresa que hayan servido para realizar los hechos incriminados de manera definitiva o por un periodo máximo de cinco años; la exclusión de mercados públicos a título definitivo o por un periodo máximo de cinco años; la prohibición a título definitivo o provisional de hacer captaciones públicas de inversores; la prohibición durante cinco años como máximo de emitir cheques que permitan la retirada de fondos o de librar certificaciones o de utilizar pagarés; la confiscación de los instrumentos y efectos del delito, incluyendo los beneficios que hubiera reportado y la publicación y difusión de la sentencia dictada a través de los medios de comunicación escritos o audiovisuales o por vía electrónica.

En lo que concierne las infracciones para las cuales la responsabilidad de las personas jurídicas ya estaban previstas antes de la ley de 2004, las penas aplicables no han cambiado. Se trata de la multa y/o de las penas llamadas complementarias previstas por el artículo 131-39 CP (disolución, prohibición de apelación al ahorro público, cierre del establecimiento, colocación bajo vigilancia judicial...).

En definitiva, coexisten dos regímenes de penas, que solo tienen como lógica la de la fecha. Dos propuestas han sido consideradas para remediar a este régimen. La primera consideraría la multa como la única pena aplicable a las personas jurídicas, lo que implicaría la supresión del artículo 131-39 CP así como de todos los textos que se refieren a esta disposición. La segunda consistiría en revisar el régimen de las penas del artículo 131-39 CP limitando por una parte la variedad de las penas para

27. R. BERNARDINI, «Personne morale», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz 2010.

28. Esta pena no vale para las personas jurídicas de derecho público, los partidos políticos, los sindicatos profesionales.

conservar solamente las que serían las menos incompatibles con la vida económica²⁹ y, por otra reservando la aplicación de este nuevo artículo 131-39 CP a las infracciones que presentan una verdadera gravedad³⁰.

5. LAS REGLAS PROCESALES

El reconocimiento por el derecho penal de la responsabilidad de las personas jurídicas necesitaba una ordenación del Código procesal penal en el ámbito de la persecución, de la instrucción y del enjuiciamiento, y la introducción de reglas específicas en los artículos 706-41 a 706-46 del Código procesal penal.

La competencia territorial del Fiscal y de la jurisdicción depende del lugar de comisión de la infracción y de la situación de la sede de la persona jurídica, bajo reserva de las reglas propias de competencia aplicables cuando una persona física fuera sospechosa o procesada y de las reglas particulares en materia de terrorismo o de infracciones económicas.

La acción pública es ejercida en contra de la persona jurídica tomada en la persona de su representante legal “en el momento de las infracciones penales” y no, como en otros sistemas legislativos, en la época de los hechos. Este último representará a la persona jurídica en todos los actos del procedimiento. Sin embargo, cuando las acciones penales por los mismos hechos o por hechos conexos son dirigidas contra el representante legal, éste puede invocar al presidente del tribunal de gran instancia a fin de que designe un representante judicial para la persona jurídica. El cambio del representante legal en el transcurso del procedimiento, la nueva persona encargada debe dar a conocer su identidad al órgano jurisdiccional encargado, por carta certificada con acuse de recibo. El representante legal también puede ser un apoderado judicial designado por el presidente del tribunal de gran instancia, a petición del Ministerio público, del juez de instrucción o de la parte civil, en caso de ausencia de cualquier persona habilitada para representar a la persona jurídica. Podría ser el caso cuando el representante legal fuera procesado para los mismos hechos³¹. El representante de la persona jurídica encausada debe de ser sustraído a toda presión que pudiera debilitar la defensa de ésta. La ley prevé que no puede, con esta cualidad de representante, ser objeto de ninguna medida de coacción distinta a la aplicable al testigo, lo que excluye tanto la puesta bajo control judicial como la prisión provisional.

En cambio, el juez puede poner a la persona jurídica bajo control judicial con las obligaciones adaptadas a su situación: depósito de fianza, constitución en un plazo por un periodo y un importe determinados por el juez de instrucción, de garantías

29. Se suprimiría a la contratación durante un periodo de 5 años o más bajo vigilancia judicial; la exclusión de los mercados públicos de manera definitiva o por un periodo de 5 años que puede paralizar la actividad de ciertas empresas; la prohibición durante 5 años de solicitud de ahorro público... Solo se conservaría la prohibición definitiva o temporal de una actividad profesional; el cierre definitivo o temporario del establecimiento, la confiscación, la publicación de la sentencia y en caso extremo la disolución de la persona jurídica.

30. Por ejemplo solo cuando por esa infracción una persona física se expone a una pena de más de 5 años de cárcel.

31. B. BOULOC, La responsabilité pénale des entreprises en droit français, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1994, n°2, p. 669.

personales, prohibición de emitir cheques distintos a los que permitieran la retirada de fondos por el librador ante el librado o de ejercer ciertas actividades profesionales.

CONCLUSIÓN

El régimen de la responsabilidad penal de la persona jurídica presenta sus insuficiencias y la necesidad de refundir los textos aplicables en este ámbito. Esta necesidad se impone todavía más ahora que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está ya reconocida en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea y que hay que tener en cuenta que se debe realizar una cierta armonización de las diferentes legislaciones. Ésta garantizaría los imperativos de represión y también de seguridad jurídica y la previsibilidad de la ley penal para todas las personas jurídicas que desarrollan sus actividades fuera del territorio de su Estado de origen.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
125-144

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL CASO PORTUGUÉS*

Nuno BRANDÃO

*Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra*

Solange JESUS

Advogada

Resumen: Al igual que sucedió en otras jurisdicciones europeas, hasta los años 80, el Derecho Penal portugués no consideró a las personas jurídicas penalmente responsables. En la actualidad dicho modelo de responsabilidad se recoge en los artículos 11º y 90º de dicho cuerpo legal. En este trabajo se muestra cuál ha sido la evolución histórica de dicha regulación, cómo se produce dicha aplicación, así como los problemas derivados de la misma.

Laburpena: Europako beste hainbat jurisdikziotan gertatu den bezala, 80. Hamarkadara arte, Portugaleko Zuzenbide Penalak ez zuen pertsona juridikoen erantzukizun penala onartu. Gaur egungo arauketari jarraituz, eredu zehatza hau Zigor Kode portuguesaren 11. eta 90. artikuluetan barnebilduta dago. Lan honetan erregulazioaren nondik norakoa eta praktikak planteaturiko arazoak agertzen zaizkigu.

Résumé : De la même façon que dans d'autres pays européens, jusqu'aux années 1980, le Droit pénal portugais n'a pas considéré les personnes morales pénalement responsables. Aujourd'hui, ce modèle de responsabilité est recueilli aux articles 11 et 90 du Code pénal portugais. Ce travail montre l'évolution historique de cette réglementation, comment elle s'est produite, ainsi que les problèmes découlant d'elle.

Summary: As well as in some European jurisdictions, till the 80 it was not considered criminal responsibility for legal persons, which nowadays is regulated in Articles 11 ° and 90 ° of the Portuguese Penal Code. In this work the author shows how has been the historical development of such regulation, how it is applied and the practical application problems it creates.

Palabras clave: Responsabilidad penal, personas jurídicas, regulación.

Hitz gakoak: Erantzukizun penala, pertsona juridikoak, erregulazioa.

Mots clés : Responsabilité pénale, personnes morales, règlement.

Keywords: Criminal liability, legal persons, regulation.

*. Texto originariamente en portugués, remitido en junio de 2013 y traducido por la alumna de Criminología Leire BERSALUCE BEREZIARTUA (UPV/EHU) y la Profesora Titular de Derecho Penal Ana I. PÉREZ MACHÍO (UPV/EHU). El presente trabajo se enmarca en el ámbito del Grupo de Investigación en Ciencias Criminales - GICCAS (2013-2018) Código: IT585-13; y en la Unidad de Formación e Investigación UFI 11/05.

1. INTRODUCCIÓN: UNA BREVE HISTORIA

Durante siglos, en Portugal, como en las diversas jurisdicciones en Europa, sólo se aceptaba la responsabilidad penal de las personas físicas, partiendo del aforismo *societas delinquere non potest*. Desde los años 80, sin embargo, se ha ido produciendo el abandono de ese principio en el sistema penal portugués, con una considerable apertura hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este ajuste político-criminal surgió en una lógica de evolución y cambio, estimulada por la ingente cantidad de textos e instrumentos existentes en el ámbito de la Unión Europea¹, que, sin imponer a los Estados miembros la obligación de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la adopción de medidas de sanción de esa naturaleza inducirían a optar por esta solución, al mismo tiempo o, de forma alternativa, a otros modelos que parecían inadecuados para las nuevas exigencias de la política criminal e insuficientes en la lucha contra los nuevos fenómenos criminológicos.

Fue justo en 1982, con el nuevo Código Penal (en adelante CP), cuando se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas legalmente especificada: el art. 11.º CP 1982 declara que “a menos que se especifique lo contrario, sólo las personas físicas están sujetas a responsabilidad penal”. La regla general establecía, en principio, que sólo las personas físicas podían cometer delitos, fijando, en todo caso, la posibilidad de crear regímenes jurídicos específicos, previstos en distintas disposiciones, que permitían la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tras esta implícita autorización, en 1984, un importante régimen legal de derecho penal de naturaleza secundaria (*Nebenstrafrecht*), relativa a los delitos anti-económicos y los delitos contra la salud pública (Decreto - Ley n.º 28/ 84, 20 / 1), estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos tipificados en la misma (art. 3.º). Este ejemplo fue seguido en otras muchas materias².

En 2007, se produjo una profunda reforma del Código Penal (Ley n.º 59/2007, 4/9), a través de la que se modificó significativamente el art. 11.º, precisamente, en lo relativo a la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, respecto de una amplia gama de delitos del Derecho Penal clásico³. La reforma del Código Penal por la Ley núm. 59/2007 tuvo como principal y llamativa novedad

1. Para una noción integral de los principales instrumentos jurídicos internacionales convencionales y la comunidad, ver BRAVO, Jorge dos Reis, *Derecho Penal de las Personas Jurídicas. Ensayo sobre el castigo de las personas jurídicas y entidades equivalentes*, Coimbra Editora, 2008, p. 128 y ss.

2. A saber, los delitos fiscales (régimen legal del Impuesto sobre infracciones aduaneras más adelante RJI/FNA; Régimen General del Impuesto sobre delitos RGIT), los delitos de terrorismo (Ley N.º 52/2003.), Los delitos de Trabajo (Ley N.º 99 / . 2003), etc.

3. Artículo 11: Responsabilidad de las personas físicas y jurídicas:

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente y en los casos previstos por la ley, sólo las personas físicas están sujetas a responsabilidad penal.

2. Las personas jurídicas y entidades equivalentes, a excepción de los Estados u otros organismos públicos y organizaciones internacionales de derecho público, son los responsables de los crímenes previstos en los artículos 152 -A y 152- B, en los artículos 159... y 160.º, de los artículos 163.º y 166.º, con el menor víctima, y de los artículos. 168, 169., 171.º y 176.º, 217.º y 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º y 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º..... - .. a y 372.º a 374.º, cuando se cometan:

...

la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta vez, en la redacción del Código Penal. La misma, no era exactamente una novedad en el sistema penal portugués; puesto que hace 20 años que se admitió la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal secundario. Pero más allá del simbolismo asociado a la regulación de esta materia en el texto del Código Penal, lo cierto es que la extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a áreas clásicas del Derecho Penal, tuvo un gran significado⁴.

Se trataba, en definitiva, de un paso natural en un sistema que, a diferencia de otros, había adquirido, desde hacía mucho tiempo, la capacidad de actuar sobre el hecho, la culpa y el castigo de las personas jurídicas, el cual adoptó plena conciencia de las necesidades político-criminales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la sociedad actual y futura. Un paso recomendado por la doctrina más

...

a) En su nombre y en el interés colectivo de ellos por las personas que ocupan una posición de liderazgo, o

b) que actúe bajo la autoridad de las personas mencionadas en el párrafo anterior a causa de una violación de los deberes de supervisión o control de sus obligaciones.

3. A los efectos de la ley penal, el término se aplica a los poderes públicos:

a) las personas jurídicas de derecho público, que incluyen entidades comerciales;

b) Entidades de servicios públicos, con independencia de la titularidad;

c) Otras personas jurídicas ejercer potestades públicas.

4. De quien ocupa una posición de liderazgo en los órganos y los representantes de la persona jurídica se entiende que es quién tiene la autoridad para ejercer el control de su negocio.

5. Para los efectos de la responsabilidad penal se consideran personas jurídicas entidades tratadas como sociedades civiles y las asociaciones de facto.

6. La responsabilidad de las personas jurídicas y entidades similares se excluye cuando el agente actuó en contra de las órdenes expresas o instrucciones de los elegibles.

7. La responsabilidad de las personas jurídicas y entidades similares no excluye la responsabilidad individual de sus agentes, ni depende de la responsabilidad de estas.

8. La fisión y la fusión no determinan la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica o entidad relacionada, lo que representa el delito:

a) La persona jurídica o entidad equiparada en la fusión de haberlo efectuado, y

b) Las personas jurídicas o entidades similares que surgieron de la ruptura.

9. Sin perjuicio del derecho de retorno, las personas que ocupan una posición de liderazgo son solidariamente responsables por el pago de multas e indemnizaciones cuando se condena a la entidad jurídica o persona equivalente, por los delitos:

a) consumado durante el ejercicio de su cargo, sin su oposición expresa;

b) Consumados anteriormente cuando haya sido culpa suya que el patrimonio de la persona jurídica o entidad equiparada fuera insuficiente para el respectivo pago; o,

c) Consumados anteriormente, cuando la decisión definitiva sea aplicada y notificada durante un periodo de ejercicio de su cargo y les sea imputable por la falta de pago.

10. Siendo varias las personas responsables en el número anterior, será responsabilidad conjunta.

11. Si las multas o indemnizaciones fuesen aplicadas a una entidad sin responsabilidad jurídica, responde por ellas el patrimonio común, y en falta de esta, o insuficiencia, se hará cargo el patrimonio de cada uno.

4. BRANDÃO, Nuno, "Las sanciones para las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", *Revista de la CEJ*, VIII, p. 41.

autorizada⁵ que tenía tras de sí el trabajo legislativo, doctrinal y jurisprudencial de dos décadas anteriores^{6/7}. El nuevo modelo jurídico se encuentra actualmente en el art. 11. y los artículos 90.º 90-A a 90.º-M del Código Penal⁸.

2. EL MODELO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ART. 11. CÓDIGO PENAL PORTUGUÉS

2.1. Presupuestos formales

Asumida la posibilidad de que las personas jurídicas respondan penalmente en el ordenamiento jurídico portugués, es importante identificar el modelo de imputación específico adoptado por el Código Penal, el cual requiere el conocimiento de las condiciones y los presupuestos que se deben tener en cuenta para poder atribuir los hechos a la persona jurídica.

En esencia, como se ha señalado, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra regulada en el art. 11. del Código Penal portugués. Antes de seguir con el desarrollo, está claro que, a pesar de la polémica redacción del núm. 1.º de la mencionada normativa (“salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente y en los casos previstos por la ley, sólo las personas físicas están sujetas a responsabilidad penal”) entendemos con JORGE BRAVO DOS REIS, que la ley n.º 59/2007, de 04/09, definitivamente rechaza la regla de la responsabilidad penal física, introduciendo un nuevo “paradigma de la doble responsabilidad penal de las personas físicas y los entes colectivos”⁹ aunque con aspectos especiales, basados en la redacción de la norma¹⁰.

5. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Derecho Penal. Parte General*, I, 2. Ed. Coimbra Editora, 2007 11.º Cap., § 27 y ss.

6. En la doctrina, con especial interés, cf. SOUSA, Juan Castro, *Las personas jurídicas en la faz de la Ley Penal y el llamado “Derecho de Mero Orden Social”*, Coimbra Editora, 1985, passim; ROCK, Manuel António Lopes, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas - Nuevas Perspectivas” (1985), en: *Derecho Económico y Penal Europeo: Textos doctrinales*, I, Coimbra Editora, 1998, p. 431 y siguientes; COSTA, José de Faria, “La responsabilidad jurídica y penal de la empresa y de sus órganos (una reflexión sobre la alteridad en las personas jurídicas, a la luz del derecho penal)”, *Revista Portuguesa de Ciencias Penales*, 4/1992, p. 537 y siguientes; Costa, José de Faria, *Derecho Penal Económico*, Cuarteto, 2003, p. 45 ss; Torrão, Fernando, “Los nuevos campos de aplicación de la ley penal y el paradigma de intervención mínima (enfoque multidisciplinario)”, en: Manuel da Costa Andrade et. al. (Ed.), *Liber Discipulorum a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 352 y siguientes; BRAVO, Jorge dos Reis, “Criterios de imputación jurídico-penal de las entidades colectivas (elementos para una alternativa a la responsabilidad penal dogmática de entidades colectivas)”, *Revista Internacional de Ciencias Penales*, 2/2003, p. 207 y siguientes, y Meireles, Mario Pedro Seixas, *Las personas jurídicas y las sanciones penales: Sentencias de Adecuación*, Coimbra Editora, 2006, passim.

7. En cuanto a la fundamentación dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 122 e ss.; DIAS, Figueiredo, (nota 5), 11.º Cap., § 27 e ss.; y SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Verbo Editorial, 2009, p. 132 e ss.

8. BRANDÃO, Nuno, (nota 4), p. 42.

9. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 189.

10. En sentido opuesto, BRITO, Teresa Quintela de, “Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos. Algumas Questões em torno da Interpretação do Art. 11.º do Código Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1/2010, p. 43.

Fundamentalmente, hay dos modelos teóricos de imputación para hacer valer la responsabilidad penal de la persona jurídica: el estándar de responsabilidad por representación o hetero-responsabilidad (que analiza la solución de identificación y la solución vicarial) y el modelo de responsabilidad directa o auto-responsabilidad. En nuestra opinión, ninguna de ellas ofrece soluciones óptimas o totalmente ausentes de problemas, siendo algunos de ellos, tal vez incluso insuperables, por lo que la tendencia legislativa ha tratado, precisamente, de combinar las características de ambos modelos, aprovechando lo mejor que cada uno ofrece. Reflejo de ello es la fórmula adoptada por el legislador en el portugués art. 11.º - 2 del CP que incorpora un modelo atributivo mixto, siendo, en ambos casos, es decir, en cualquiera de las modalidades de imputación previstas en las letras a) y b) del n.º 2 del art. 11.º del CP, las entidades colectivas siempre responsables de sus propios actos.

El primer modo de imputación definido por el art. 11.º - 2, a), del CP refleja la elección del legislador por un modelo de hetero-responsabilidad o vicarial: “las personas jurídicas (...) son responsables de los delitos (...) cuando se cometan: a) en su nombre y en interés colectivo por personas que ocupan una posición de liderazgo en la misma.”

Entonces serán imputados a la persona jurídica todos los actos delictivos cometidos por una cierta categoría de personas, vinculadas a la misma (según la normativa, los que ocupan una “posición de liderazgo” en la misma), que intervengan en su nombre e interés, así como en el ejercicio de sus funciones. Teniendo en cuenta la particular definición prevista en el n.º 4 del art. 11.º del CP, tendrán relevancia, a efectos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no sólo los actos cometidos por sus órganos y representantes¹¹, sino también todos aquellos que son practicados por aquellos sujetos que, aunque sin poder de representación externo, tengan la autoridad para ejercer el control de la actividad. En este segmento se incluye, en particular, los llamados administradores de hecho¹² y todas las personas a las que se les confían poderes de las estructuras de gestión con autonomía organizativa, en relación al cuerpo principal de la persona jurídica (por ejemplo, agencias confiadas, sucursales u oficinas).

Parece que debe entenderse que la comisión del hecho por parte de la persona física vinculada a la persona jurídica puede adoptar la forma de acción o de omisión, y concretarse en cualquier tipo de modalidad de contribución –ya sea en forma de autoría (en cuyo caso la empresa puede responder como autor), ya sea en forma de complicidad, que puede causar responsabilidad de la empresa a título de complicidad. Respecto a la autoría, será válida también cualquiera de sus formas: la autoría inmediata, coautoría, autoría mediada y la inducción¹³.

11. El concepto de liderazgo establecido en el n.º 4, art. 11.º del CP define y limita las categorías de personas cuya acción depende de la responsabilidad penal de las entidades colectivas. Según Silva, Marques da (nota 7), p. 228 y ss., Se aplican en conceptos de derecho penal de los órganos y representantes de la ley civil.

12. En cuanto a la ampliación del concepto de representantes para integrar a los administradores de hecho, cf. Ac. Tribunal Constitucional (TC) n. 128/2010 www.tribunalconstitucional.pt.

13. La inducción como forma de autoría, DIAS, Figueiredo, (nota 5), 31.º cap., § 43 e ss., e BRANDÃO, Nuno, “Pacto para Matar: Autoria e Início de Execução”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 4/2008, p. 531 e ss.

La letra b) del n.º 2 del art. 11.º del CP parece incluso contemplar una solución de hetero-responsabilidad, pero con una gran aproximación a las teorías de la auto-responsabilidad: “las personas jurídicas (...) son responsables de los delitos (...) cuando se cometan: b) por quien actúa bajo la autoridad de las personas mencionadas en el párrafo anterior, debido a una omisión de los deberes de vigilancia o control que se les impone”.

También, en este caso, la responsabilidad de las personas jurídicas depende de la comisión de un hecho ilícito-típico por parte de una persona física que actúa en su ámbito y en su interés, eliminándose, sin embargo, los poderes de liderazgo –a los que se refiere el anterior precepto mencionado– paradigmáticamente, los trabajadores de los niveles más bajos de la jerarquía corporativa.

Por lo tanto no es suficiente para responsabilizar penalmente a una persona jurídica con la concurrencia de un hecho típico dentro del ámbito de actuación empresarial (contra lo que, en general, defienden de los promotores del modelo de auto-responsabilidad, basándose en la concepción del riesgo potencial de la actividad empresarial¹⁴), siendo siempre imprescindible que este resultado pueda ser imputado personalmente, en forma de acción u omisión, a una persona física que actúe en su nombre y en su interés¹⁵. Por lo tanto, la solución de la letra b) del n.º 2 del art. 11.º es una alternativa de hetero-responsabilidad¹⁶. Desde la perspectiva del modelo de autorresponsabilidad, para que el acto cometido por el mero agente de la persona jurídica (distinto del órgano o representante o persona que ejerce poderes de liderazgo en la misma) se pueda imputar a ésta es necesario que concurren estas condiciones: esto es, que el motivo fundamental de la comisión del hecho sea debido al incumplimiento de las funciones de supervisión o control que se requieran, en vista de los riesgos empresariales inherentes en el desarrollo de sus actividades.

De esta forma se entiende que no ha habido culpa de la organización y que la persona jurídica no responde por el hecho delictivo, aunque el mismo se produjo en el ámbito de la actividad empresarial. La exención de responsabilidad de la persona jurídica tanto en el caso de la letra b), como en el caso de la letra a), demuestra que el autor del hecho, aun ocupando una posición de liderazgo, actuó contra las órdenes expresas o instrucciones establecidas por la organización, en contra de las directrices de los órganos de representantes de la sociedad (art. 11. - 6.º)¹⁷. En otros casos, “en tanto que el hecho se imputa objetivamente a aquellas personas [todas aquellas que se

14. Para mayor desarrollo, SILVA, Marques da, (nota 7), p. 184 e ss.

15. Como determina expresamente el n.º 7 del art. 11.º del CP, “la responsabilidad de las personas jurídicas y entidades similares no excluye la responsabilidad individual de sus agentes, ni depende de la rendición de cuentas de estos”, así que con Silva, Marques (nota 7), p. 275, “creemos que este artículo de la ley debe ser interpretada en el sentido de que, aunque la responsabilidad de la persona jurídica no depende necesariamente que el acto les sea imputado a las personas habilitadas contempladas el n.º 4, puede suceder que por cualquier motivo irrelevante en relación al agente individual, este no sea responsabilizado, pudiendo serlo la persona jurídica, porque responde por sí misma y por culpa propia (...)”.

16. En contra, BRITO, Teresa Quintela de, (nota 10), p. 58 e ss.

17. BRITO, Teresa Quintela de, (nota 10), p. 63, pidiendo aquí las “medidas de organización, gestión y supervisión necesarias y adecuadas para evitar el hecho punible.”

identifican como los integrados en el ámbito de las letras a) y b) del n.º 2 del art. 11.º del CP] la normativa también lo considera como un hecho de la sociedad”¹⁸.

2.2. Presupuestos Materiales

Más allá de los presupuestos formales ya mencionados, la imputación de las personas jurídicas se somete al cumplimiento de ciertos requerimientos materiales, con especial referencia en la existencia del hecho propio y de la culpabilidad de la persona jurídica. Al margen de la exigencia de la dependencia de la actuación de personas físicas integradas en la esfera de la persona jurídica, es condición indispensable para la responsabilidad penal de la persona jurídica que el hecho delictivo sea imputado a la entidad como resultado de su propia voluntad y su libre albedrío. Desde esta perspectiva, se concibe a la persona jurídica como un centro autónomo de imputación de derecho y deberes (art. 12.º- 2 de la Constitución de Portugal)¹⁹, de modo que, a pesar de carecer de la dinámica física de los sujetos que actúen en su nombre e interés tiene reconocida capacidad de acción y de culpabilidad²⁰, debiendo apreciarse su conducta criminal desde el punto de vista de la particular realidad/estructura empresarial en la que se manifiesta. Tal y como dispone GERMAN MARQUES DA SILVA, es propio del sistema jurídico “definir cuáles son los procesos que emanan de estas personas [jurídicas] que constituyen acciones, determinar sus respectivas normas, en particular, por analogía con las personas físicas, y cómo se configura su capacidad intelectual y volitiva”²¹. Nada debe impedir que el “Estado democrático de Derecho, el

18. SILVA, Marques da, (nota 7), p. 255

19. En palabras de COSTA, José de Faria, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do Direito Penal”, in: *Direito Penal Económico e Europeu*, Vol. I, Coimbra Editora, 1998, p. 506, “si la empresa adquiere una entidad jurídica y (...) aparece en el ordenamiento jurídico, como persona jurídica (...), entonces lo que era tan sólo un tono de ‘unidad organizativa’ esencialmente económica, ahora será una ‘persona jurídica’ (...) un centro autónomo de imputación jurídica”.

20. Para un mayor desarrollo, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3714, p. 263 e ss.; SILVA, Marques da, (nota 7), pp. 161 e ss., 198 e ss., 277 e ss; BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 67 e ss. En la Jurisprudencia, siguiendo esencialmente el pensamiento Figueiredo Dias Ac. do TC n.º 213/1995. Vale, en el ordenamiento jurídico portugués, el principio de la concurrencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las personas físicas (cf. art. 11.º-7.º CP), por lo que la afirmación, en particular, de la responsabilidad penal de una persona jurídica no impide, ni interfiere en la responsabilidad que se reconozca a la persona física que actuó en su nombre y representación. Pero aquí se concreta la problemática de la responsabilidad concurrente, acumulativa o paralela (Silva Marques da (nota 7), p. 196), que no depende del concreto modelo de imputación, sino de la concret culpabilidad de la sociedad “construidoa en base a la voluntad manifestada por los titulares de sus órganos”(p. 198). Respondiendo a algunas de las inquietudes que se plantean en torno a esa norma en la sentencia N.º 212 /95, el Tribunal Constitucional se pronunció de la siguiente manera: “el principio de *non bis in idem* en el num. 5.º del artículo 29.º de la Constitución no impide que por el mismo objeto delictivo dos entidades jurídicas diferentes sean perseguidas, siendo también objetos de diversas sanciones”, y “el reconocimiento legal de la responsabilidad de las personas físicas, junto con la responsabilidad de la persona jurídica, ya que no implica un doble enjuiciamiento de la misma persona por el mismo acto, no violando el art. 29., No. # 5 de la Constitución. “

21. SILVA, Marques, (nota 7), p. 163. En ese particular agregamos el concepto de *culpa analógica* defendida por DIAS, Jorge de Figueiredo, «Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilícitude e a Culpa», *Jornadas de Direito Criminal –O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*; CEJ, 1983, p. 51 e ss.

cual es responsable no solamente de “respetar” los derechos y libertades fundamentales, sino también de “garantizar su efectividad”, pueda, en un marco jurídico penal claramente definido, ampliar la responsabilidad penal a las personas jurídicas, con el fin de proteger los bienes jurídicos de relevancia social y cuya defensa es una condición indispensable, para el libre desarrollo de la personalidad del ser humano”²².

Al mismo tiempo, la ley exige que el acto delictivo sea cometido en nombre y en representación de la persona jurídica, así como en su particular interés. Ha de tratarse de un acto funcional, intrínsecamente relacionado con las concretas funciones del agente dentro de la estructura empresarial, que se proyecte e imponga inequívocamente como un acto en representación de la propia empresa. Por otra parte, los actos serán necesariamente cometidos “para garantizar la organización, el funcionamiento, o los fines de la sociedad, aunque no impliquen ganancias”²³.

Sólo se le podrá imputar a la persona jurídica, como acto propio, aquel delito en el que concurran todos los presupuestos formales y materiales mencionados, afirmándose, como consecuencia, su responsabilidad jurídico-penal.

2.3. Las personas jurídicas susceptibles de responsabilidad penal

A pesar de su aparente extensión (“las personas jurídicas y entidades similares (...) son responsables de los delitos previstos en los artículos (...)”), siendo entidades similares a las personas jurídicas a efectos de responsabilidad penal “, las sociedades civiles y las asociaciones de hecho”), el ámbito de aplicación material del art. 11-2.º del CP sufre una limitación importante, al excluir, de forma expresa, de la responsabilidad penal al Estado, a las demás personas jurídicas públicas y organizaciones²⁴ internacionales de derecho público. La nueva redacción introducida por la Reforma Penal del año 2007 introdujo en este ámbito la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin ningún régimen de excepción. No obstante, su exigua duración, ha suscitado muchas críticas por parte de la doctrina. Cabe destacar, entre otros, GERMAN MARQUES DA SILVA que cuestiona, por ejemplo, el hecho de que los concesionarios de servicios públicos, “no respondan por los delitos en los que el Código contempla responsabilidad penal de las personas jurídicas”²⁵. También TERESA SIERRA considera “increíble” que la responsabilidad por la comisión de estos delitos no esté, apenas, prevista para las empresas y algunas empresas privadas. La autora añade que “en un país donde el poder del Estado y del sector público tienen un peso considerado, la solución se vierte ahora en el artículo 11.º del Código Penal que tiene la facultad de excluir la responsabilidad penal a miles de autoridades públicas y empresas

22. Ac. TC n.º 213/1995.

23. SILVA, Marques da, (nota 7), p. 263.

24. En el párrafo 3.º del mismo artículo, el legislador define qué entidades además del Estado están exentas del castigo. Ellos son: a) *las personas jurídicas de derecho público, que se incluyen como entidades de negocios*, b) *entidades de servicios públicos, con independencia de la titularidad*; c) *otras personas jurídicas que ejerzan poderes públicos*. Para una perspectiva crítica y una mejor comprensión de los conceptos, BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 166 y ss.

25. SILVA, Marques, (nota 7), p. 214.

de propiedad privada, estas últimas en la medida que son servicios públicos o reciben prerrogativas de poder público”²⁶.

Este régimen de excepción es también contrario al régimen jurisdiccional vigente en otros Ordenamientos jurídicos, que al igual que el portugués, reconocen ahora, el principio de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin perjuicio de tales consideraciones, la verdad es que la norma del n.º 2 del art. 11.º, cuando se combina con los párrafos 3.º y 5.º del presente artículo, sólo permite concluir que serán susceptibles de responsabilidad penal por el catálogo de delitos, las personas jurídicas privadas²⁷ (definidas como “entidades formalmente constituidas –de acuerdo con reglas prefijadas, en el ámbito de derecho civil, mercantil, administrativo o religioso–, que asumen la personalidad jurídica distinta y autónoma de la de sus fundadores, directores, socios, asociados o representantes”), las sociedades civiles y las asociaciones de hecho²⁸.

2.4. Catálogo de delitos

En el Derecho Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas se limita a delitos específicos, cuyo catálogo, expresamente recogido por el legislador en el art. 11.º-2 del CP, integra los siguientes delitos: malos tratos (art. 152.º-A); violación de las normas de seguridad (art. 152.º-B); esclavitud (Artículo 159.º.); la trata de personas (artículo 160.º); algunos delitos contra la libertad sexual (artículos 163.º a 166.º, siendo víctima menor, y los artículos 168.º, 169.º, y 171.º a 176.º); delitos de fraude (artículo 217.º a 222.º), discriminación racial, religiosa o sexual (art. 240.º); falsificación de documentos (art. 256.º); falsificación de informes técnicos (art. 258.º); delitos de falsificación de dinero y algunos delitos de peligro común (art. 262.º a 283.º y 285.º), asociación criminal (art. 299.º); tráfico de influencias (art. 335.º.); desobediencia (art. 348.º); violación de imposiciones, prohibiciones o interdicciones (art. 353.º); soborno (art. 363.º); favorecimiento personal (art. 367.º); blanqueo de dinero (art. 368.º-A) y la corrupción (art. 372.º a 374.º).

Sin embargo aunque *aparentemente*²⁹ se trate de un catálogo amplio, ha sido objeto de numerosas críticas por la doctrina portuguesa³⁰, no tanto debido a su

26. En: Expreso 29 de septiembre 2007. Sobre el tema ver también BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 160 y ss. El autor, al tiempo que reconoce la amplitud excesiva de las exenciones previstas en la norma de art. 11.º del CP, en particular, con respecto a determinadas entidades públicas, se pronuncia a favor de la irresponsabilidad penal del Estado y otras personas jurídicas.

27. Para una mejor comprensión de la variedad de personas jurídicas sujetas a responsabilidad penal, véase BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 161 y ss.

28. Estos, aunque carecen de personalidad jurídica, deberán ser tratados como personas jurídicas de derecho privado para la responsabilidad penal (cf. art. 11.º-5.º CP), siempre dentro del catálogo de delitos.

29. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 206.

30. BRITO, Teresa Quintela, (nota 10), 2010, p. 44, que califica como “cruda e inexplicable” la ausencia del delito de homicidio, “a menudo cometida a través de las organizaciones (...)”. Así también MEIRELES, Mário Pedro “La responsabilidad penal de las personas jurídicas o equivalente en la reciente modificación del Código Penal dictado por la Ley 59/2007, de 04 de septiembre: algunas notas”, *Juez*, núm. 5, 2008, p. 128 y ss.

extensión, sino sobre todo a causa de los criterios que rigen la elección de los delitos que lo componen: es demasiado heterogénea, difícilmente se comprende la inclusión de ciertos delitos y la exclusión de otros. Por ejemplo, ¿por qué el legislador incluyó en el catálogo los delitos contra la libertad y la autodeterminación sexual, pero excluyó el asesinato o las lesiones?

También ha criticado la ausencia de homicidio por imprudencia, TERESA QUINTELA DE BRITO que aprecia un criterio en la elección legislativa, “muy probablemente en la selección, los delitos revelan (inevitables) consideraciones de prudencia. Éstas aconsejan no ampliar injustificadamente los hechos ilícitos imputables a los entes colectivos, sin antes comprobar cómo se ha adaptado la praxis a la nueva realidad jurídica y cómo se aplica, previendo criterios legales amplios para la imputación de la responsabilidad. De ahí que el legislador haya optado por delitos que: (a) de alguna manera presuponen una organización, o (b) a menudo son cometidos a través de organizaciones, o (c) cuando se cometen través de una organización, implican una dañosidad social tan insoportable que requiere la evidencia o el merecimiento de la necesidad de pena a las propias colectividades”³¹.

2.5. El sistema sancionador³²

El nuevo sistema de sanciones aplicables a las personas jurídicas se define en los art. 90.º-A a 90.º-M del Código Penal³³. En el sentido contemplado respecto del sistema de sanciones establecido para las personas físicas³⁴, también el art. 90.º a y ss. del Código Penal, prevé tres categorías de penas aplicables a las personas jurídicas, como principales, accesorias y de sustitución. Las penas principales son, por definición, las aplicadas por el Tribunal en la sentencia condenatoria independientemente de cualesquiera otras, estando, por ley, tipificadas en el propio delito. En el sistema de sanciones a las personas jurídicas, el legislador, sin embargo, optó por la introducción de una cláusula general del art. 90.º-A, núm. 1, según la cual “para los delitos definidos en el núm. 2 del artículo 11.º, en el caso de personas jurídicas y entidades son consideradas como penas principales las multas y la disolución”.

Están previstas como penas alternativas/sustitutivas³⁵, incluida la pena de multa, i) la amonestación (art. 90.º-C), que consiste básicamente en un reproche dirigido a

31. BRITO, Teresa Quintela de, (nota 10), p. 45.

32. Siguiendo a BRANDÃO, Nuno, (nota 4), p. 43 y ss.

33. Las sanciones previstas y reguladas en los arts. 90.º-A a 90.º-M del CP no sólo se aplican a los delitos del “listado”, indicados en el núm. 2 del art. 11.º del CP, sino también por la extensión determinada por los art. 4.º a 7.º de la Ley 59/2007, de 09/04, a los delitos tipificados en el Código del Trabajo y las leyes sobre el tráfico de drogas, la reproducción asistida médicamente, el terrorismo y las armas y municiones.

34. Y en el sentido de las normas contenidas en la Ley n.º 28/1984, de 20/01. Esto, en palabras de BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 258, constituye “un resultado excelente y exitoso de una de las primeras experiencias de desarrollo dogmático, como consagración positiva en la legislación nacional.”

35. BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 232 y s., Habla de *penas alternativas*. Según el autor, “como relativamente a las personas jurídicas y entidades similares no es factible formular una justificación de la preferencia político-criminal en la elección de la pena no privativa de libertad (...), sin embargo, es posible

pagar, que no tiene, prácticamente, ninguna eficacia preventiva; *ii*) garantía de buena conducta (art. 90.^o-D), que es una especie de suspensión de la ejecución de la pena de multa, que busca asegurar el buen comportamiento futuro de la persona jurídica, a través de la prestación de una garantía, o caución (que se determinará entre mil euros y un millón de euros, y por un período comprendido entre uno y cinco años). Si en el período de “prueba” establecido a la empresa no comete ningún delito, se puede producir el levantamiento de la fianza; si por el contrario comete algún delito, la fianza revertirá a favor del Estado; *iii*) y la supervisión judicial (art. 90.^o-E).

Por último, están consagradas en los artículos 90.^o-G al 90.^o-M del CP las penas accesorias siguientes: *i*) orden judicial (90.^o-G); *ii*) la prohibición de contratar (90.^o-H); *iii*) la privación del derecho a obtener subvenciones, subsidios o incentivos (90.^o-I); *iv*) la prohibición de cierta actividad (90.^o-J); *v*) el cierre de los establecimientos (90.^o-L); *vi*) publicar la sentencia condenatoria (90.^o-M).

2.5.1. Sanciones principales: la multa

Entre las penas principales, la pena de una multa es aquella que tiene, y sin duda continuará teniendo, una mayor importancia práctica. La pena de multa impuesta a las personas jurídicas ha sido objeto, a menudo, de numerosas críticas: desde la posibilidad de tomar en consideración como factor a ponderar, en la eventual decisión delictiva, la suma pecuniaria potencialmente aplicable para la comisión del delito, esto es, el costo razonamiento/ beneficio (por lo tanto se recomienda la aplicación simultánea de una sanción accesoria que mejor se adapte a la situación específica), hasta sus posibles efectos sobre terceros ajenos a la comisión del delito, como, por ejemplo, los empleados o clientes de los condenados. Sin embargo, tal y como pasa con la pena de prisión aplicada a las personas físicas, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aún no se ha encontrado una solución que pueda superar la pena de multa, y responda a la finalidad de cumplir con la finalidad de la sanción. Precisamente por esta razón, la multa se considera la pena por excelencia en este ámbito.

Como no podía ser de otra forma, la ley, en virtud del principio de legalidad, define los límites de la pena de multa y los respectivos criterios para su determinación (art. 90.^o-B del CP- B), siendo los mismos fijados de acuerdo con el sistema de los días multa.

Por lo que respecta a la determinación de los días de multa, la ley es muy clara, en cuanto a cómo se debe concretar el marco legal abstracto. En primer lugar, el juez debe verificar si el delito prevé la aplicación de una multa, de forma aislada o como una alternativa a la pena de prisión. En caso afirmativo, esto es, si el tipo penal impone una pena de multa como pena principal aplicable, el núm. 3 del art. 90.^o-B

...

hacer un juicio de prioridad punitiva en la determinación de una pena que no sea el cobro de una suma de dinero, en que consiste la pena de multa, la cual ha adquirido la condición de pena referencial en el régimen disciplinario de las entidades colectivas “(p. 233). Serán pues los criterios de necesidad y conveniencia los que deben guiar al aplicador de ellas en la elección siempre que sea permisible bajo la ley, una alternatividad entre la multa y las sanciones alternativas (Art. 90.^o-C, 90.^o-D y 90.^o-E del CP) previstas en el régimen sancionador general.

establece que a la persona jurídica se le aplicará la pena de multa señalada en el mismo. Si, por el contrario, el delito sólo prevé penas de prisión, el núm. 1 del art. 90.^o-B dispone que los días-multa correspondientes al marco legal abstracto serán determinados, tomando como referencia la pena de prisión prevista para las personas físicas³⁶. La cantidad real de pena será fijada en días, de acuerdo con los criterios establecidos en el núm. 1 del art. 71.^o (*ex vi* art. 90.^o-B, n.^o 4 CP), es decir, en función de la culpa y los requisitos de prevención general y especial³⁷.

En cuanto a la cantidad diaria, el núm. 5 del art. 90.^o-B indica que “ cada día de multa corresponde a una cantidad de entre 100 € y 10 000 €, que el tribunal establece según la situación económica y financiera de los condenados y sus cargos con los trabajadores”. Como bien es sabido, tanto en el Derecho Penal, como en el Derecho de contravenciones, los montantes asociados a sanciones de naturaleza pecuniaria son, por regla general, más elevados para las personas jurídicas, que para las personas físicas. En el régimen sancionador del Código Penal, los límites definidos para la tasa diaria de pena de multa son 20 veces superiores a las definidas para las personas físicas –esta circunstancia se sustenta en la convicción de que las personas jurídicas poseen un mayor poder económico, creyendo, en este sentido, que sólo con límites amplios en el tiempo se permitirá adecuar el importe diario de la multa a la situación económica y financiera del condenado y responder así a los fines de la pena³⁸.

Ese límite máximo de multa le da una amplitud que, en la mayoría de los casos, permite responder, de forma suficientemente capaz, a las necesidades preventivas suscitadas como consecuencia de la comisión del delito. Si la definición de la cantidad real de la cuantía es exhaustiva y determinada con escrupuloso respeto al criterio legal establecido en el art. 90.^o-B, núm. 5 del CP, que exige tomar en consideración la situación económica y financiera del condenado, así como las cargas existentes respecto de los trabajadores, la pena de multa no será *asfixiante* para la entidad, ni tampoco pondrá en entredicho la supervivencia de su organización empresarial³⁹. Teniendo en cuenta el poder económico de un gran número de grupos empresariales, que registran lucros netos anuales de decenas e incluso cientos de millones de euros,

36. BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 214, para identificar lo que cree que son los problemas del régimen disciplinario de las personas jurídicas, habla de “ausencia de los preceptos incriminatorios, una disposición expresa de la pena que debe ajustarse a la persona jurídica y entidades relacionadas, lo cual se hará en función de un criterio de “conversión” que se refiere el art. 90.^o-B del CPES, como la pena de una multa (...) “y se queja de que la determinación de los días de multa se producen en función de los criterios de determinación de prisión. Según el art. 90.^o-2 del CP, un mes de prisión corresponde a las personas jurídicas equivalente a 10 días de multa.

37. Por lo tanto, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas / Ed. Notícias, 1993, §301 e ss., e depois (nota 5), 4.^o Cap., §83 e ss. Cf. ainda RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade*, Coimbra Editora, 1995, *passim*.

38. Cómo alerta DÍAS, Figueiredo, (nota 37), p. 119, la pena de multa no puede significar una “forma encubierta de absolución o un sucedáneo de una exención de la pena.”

39. Tengase en cuenta que el valor de 10.000 € corresponde únicamente a un límite hasta el cual podrá ser fijada la tasa diaria de pena de multa. En cualquier caso, si observamos el poder económico de un gran número de grupos empresariales, que registran lucros netos anuales de decenas e incluso cientos de millones de euros, dicho límite ha de considerarse desajustado y sólo puede ser predeterminado por defecto y no por exceso.

el valor de 10.000,00 € es el tope máximo en el que, en abstracto, puede ser fijada la tasa diaria de pena de multa que podrá, como mucho, considerarse inadecuada por defecto. Será pues en el valor mínimo, correspondiente a una cantidad diaria de 100,00 €, en el que el régimen sancionatorio de las personas jurídicas podrá pecar por exceso, dada la típica estructura empresarial portuguesa⁴⁰.

También en el marco del procedimiento para la determinación de la pena de multa se deben abordar los casos *especiales* de determinación de la pena, previstos en la parte general del Código Penal, para concluir de inmediato, teniendo por referencia los respectivos fundamentos y presupuestos, con la inaplicabilidad a las personas jurídicas de los regímenes de reincidencia (75.º y 76.º), con la pena relativamente indeterminada (83.º y ss.) y con el descuento de medidas procesales (80.º). A pesar de que existe la intención de crear un registro de antecedentes penales de las personas jurídicas, no se ha consagrado ningún mecanismo de agravación de los límites del marco legal, fundamentado en la reiteración delictiva de la persona jurídica. Lo que no significa, como ha sido puesto de relieve por los que cuestionan la figura de la reincidencia⁴¹, que esa reiteración no deba ser tomada, debidamente, en consideración en la fijación de la concreta sanción, atendiendo a sus efectos sobre los distintos criterios de determinación de la pena, en el sentido de agravación de su *quantum* concreto.

La determinación de la pena de la persona jurídica en caso de concurso de delitos o de conocimiento sobrevenido del concurso no había sido objeto de regulación especial alguna⁴², correspondiendo, en este momento, a la doctrina presentar soluciones para la resolución de dos problemas surgidos en este contexto, en particular, lo que respecta a la determinación del límite máximo de la pena conjunta en los casos en que uno de los delitos del concurso es punible con una multa de límite máximo superior a 900 días.

En los mismos términos previstos para las personas físicas, la ley prevé la posibilidad de aplazar o dividir el pago de una multa impuesta a las personas jurídicas (art. 47.º, núm. 3 a 5, *ex vi* art. 90.º-B, núm. 5), no siendo posible la suspensión de su ejecución⁴³. En caso de incumplimiento, es decir, en caso de falta de pago de una

40. En Portugal dominan las pequeñas y medianas empresas, muchas de ellas con un volumen anual poco amplio, por lo que posiblemente puede estar cuestionada la constitucionalidad de la configuración legal de un umbral tan alto, por la violación de los principios constitucionales de igualdad y la prohibición de exceso.

41. V. g., ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime. Notas Complementares para a cadeira de Direito e Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2006-2007, p. 44.

42. Para un mayor desarrollo de los problemas planteados por dicha omisión, BRANDÃO, Nuno, (nota 4), p. 48 y ss.

43. En ausencia de una norma especial expresa, no habrá ninguna razón para apartarse del principio general de la imposibilidad de suspender la aplicación de una multa. En este sentido, BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 228. Sobre el tema, véase también ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, "A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas", *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, II, p. 646. Como alternativa a la suspensión, y la manera de reemplazar la pena, la nueva ley prevé la garantía de buena conducta (artículo 90.º D-CP), que funciona prácticamente en los mismos términos, a pesar de que sea una verdadera carga para la persona jurídica, que debe proporcionar un valor monetario, independientemente de la modalidad elegida por el Tribunal (de uno a cinco años).

multa, o de cualquiera de sus prestaciones, dentro del plazo establecido al efecto, se procederá, en los términos del artículo 90.^o- B, núm. 6 del CP, a la ejecución de los bienes de la persona jurídica o entidad correspondiente (sin que se pueda coaccionar a la persona jurídica, por la propia naturaleza de las cosas, a la sustitución de la multa no pagada ni voluntaria, ni coercitivamente, de forma subsidiaria, por la pena de prisión, art. 90.^o- B, núm. 7).

El régimen sancionador de las personas jurídicas, en lo que concierne, especialmente a la multa en cuanto pena principal, se aleja del sistema mecánico típico de las personas físicas, debido principalmente a la controvertida cuestión del núm. 9 del art. 11.^o del CP. Para aumentar la probabilidad de éxito en el cobro de la multa, se establece que “ sin perjuicio del derecho de regreso, las personas que ocupen una posición de liderazgo son subsidiariamente responsables para el pago de multas e indemnizaciones a las que se condene a una persona jurídica o entidad, en relación a los delitos a) cometidos en el período del ejercicio de su cargo, sin su oposición expresa; b) cometidos anteriormente, cuando la insuficiencia del patrimonio de la persona jurídica o entidad relacionada para el respectivo pago se pueda imputar a título de culpa a la persona física; c) cometidos anteriormente, cuando una decisión definitiva de aplicación se haya notificado durante el ejercicio de su cargo o es imputable a la falta de pago”.

Este régimen de comunicabilidad de responsabilidad por el pago de la pena de multa, que constituía una regla en el Derecho Penal secundaria y adquiere ahora trascendencia en el ámbito del Derecho Penal, a pesar de resultar contraria a la *naturaleza personalísima*⁴⁴ de la pena de multa y al principio de intransmisibilidad de las penas, ha llevado a algunos autores a establecer una distinción entre la responsabilidad por la comisión del delito y la responsabilidad del pago de la multa⁴⁵.

Se intuye fácilmente, que la preocupación que motiva estas disposiciones legales es la percepción, en efectivo, de los importes de la multa, y no la de conferir ningún tipo de efectividad, puesto que los efectos de su incumplimiento, y consecuente cumplimiento coercitivo, no llegan a sufrirse por la persona jurídica, sino, más bien, por un tercero, produciéndose la degradación de su naturaleza sancionatoria hacia otra naturaleza crediticia. Desde esta perspectiva, da la sensación de que cuando las penas de multa se aplican a personas jurídicas, éstas dejan de ser consideradas como sanciones en sí mismas, pasando, en realidad, a convertirse en auténticos derechos de crédito⁴⁶.

44. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 227.

45. Crítico, observando problemas constitucionales, BRANDÃO, Nuno, (nota 4), p. 51. Aparentemente en dirección divergente, BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 228.

46. En cuanto a las sanciones previstas en el derecho administrativo, el TC portugués ha tomado posiciones divergentes sobre el tema: sobre la constitucionalidad de las letras a) y b) del núm. 1 del artículo 8.^o de RGIT, que también prevé la responsabilidad subsidiaria, caso n. ^{os} 129/2009 y 35/2011; sobre la inconstitucional, la sentencia n. ^o 481/2010, 24/2011 y 26/2011. La disputa jurisprudencial fue resuelta en el sentido de la constitucionalidad, a través de los acuerdos uniformizadores de las sentencias TC núms 437/2011 y 561/2011. Una jurisprudencia que se extendió posteriormente a multa penal: Ac. N Tc. 249/2012. Recientemente, en su Ac. n 1/2013 del Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma n. ^o 7 del art. 8. RGIT del.

2.5.2 Las penas principales: la disolución

La pena de disolución se describe, comúnmente, como la pena capital aplicable a las personas jurídicas⁴⁷, aunque es radicalmente diferente y ni siquiera comparable a la pena de muerte para un individuo. Dada su especial gravedad, y dado que la disolución conduce a la propia extinción de la persona jurídica, depende de la verificación de estrictos factores, pudiendo ser aplicada respecto a la totalidad de delitos que figuran en el listado del art. 11. 2.º del Código Penal (arts. 90.º-A, núm. 1 y 90.º-F). En cualquier caso, es una pena reservada para situaciones extremas en las que se instrumentaliza la entidad, *ab initio*, o en un momento posterior a la comisión de este tipo de delitos por parte de las personas que ejercen el liderazgo en el mismo. En efecto, según el art. 90.º-F, “la pena de disolución se decreta por el tribunal, cuando la persona jurídica o entidad relacionada se ha creado para el propósito único o con el objetivo principal de cometer los delitos especificados en el núm. 2 del artículo 11.º o cuando la práctica repetida de tales delitos demuestra que la persona jurídica o entidad relacionada se está utilizando, exclusivamente, o de manera predominante, para este fin, por quien tiene una posición de liderazgo”. El texto legal contempla, preferentemente, la pena de disolución, en detrimento de la pena de multa, en las situaciones en las que la entidad se transforma en instrumento de los delitos en manos de aquellos que tienen una posición de liderazgo en ella, siendo inadmisibles, en el régimen general del Código Penal, la aplicación acumulativa de una multa y pena de disolución⁴⁸. En este sentido, el juez se verá obligado a optar entre una u otra sanción, teniendo en cuenta los presupuestos definidos para la pena de disolución y el criterio de la elección del castigo que lleva implícito⁴⁹.

2.5.3 Penas accesorias

A nuestro modo de ver, las penas accesorias realmente responden a las necesidades político-criminales que plantea la actividad delictiva de las personas jurídicas, en mayor medida que las penas principales o las de sustitución. Después de todo, no es del todo extraño, apreciar la escasa influencia de los efectos preventivos resultantes de la aplicación de una pena de multa, incluso en los supuestos en los que la cuota queda fijada en el límite máximo legalmente previsto o muy próximo a él (10.000,00 €/día), especialmente, en las estructuras empresariales económicamente fuertes. Las penas accesorias, desempeñan, por su naturaleza, “una función preventiva complementaria a la que se confiere a la pena principal”⁵⁰.

47. V.g. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico”, (1985), in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, I, Coimbra Editora, 1998, p. 382.

48. En la ley que regula los delitos contra la economía y la salud pública (DL n.º 28/1984, de 20 a 01) se limita la aplicación de la pena de disolución a delitos especialmente graves tipificados en (art. 36., 37.º y 38.º), y permite la acumulación de ésta con una multa (que también se da en RGIT).

49. El régimen sancionador general contra las personas jurídicas omite referencia alguna al procedimiento de disolución de las mismas, imponiendo un mayor compromiso al intérprete y ejecutor de la ley. Es una tarea que se prevé compleja, dada la gravedad de sus efectos, directos e indirectos, sobre todo en la esfera jurídica de terceros. Para más información, BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 276.

50. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 238.

La Reforma Penal 2007 dotó al sistema sancionador general de una serie de sanciones accesorias, algunas de las cuales ya habían sido anteriormente previstas en la legislación para específicas áreas de criminalidad. Parece, siguiendo con la dinámica de las personas físicas, que las penas accesorias refuerzan el efecto punitivo impuesto por la pena principal, tomando en cuenta la particularidad del caso, favoreciendo “una adecuación futura del comportamiento de la persona jurídica”⁵¹ y disuadiendo de la reiteración de la conducta delictiva. Sin perjuicio de la falta de disposición legal expresa, se cree que las sanciones accesorias sólo se combinarán con la pena principal de multa y con penas de sustitución, y no con la pena de disolución⁵².

Dejando a un lado las reservas que surgen de forma natural en cuanto a su amplitud y concreta configuración, el sistema sancionador del Código Penal portugués es lo suficientemente amplio como para cumplir con los requisitos de la política criminal, en la generalidad de los casos. Con esta finalidad, y recordando el principio de la cooperación y la división del trabajo entre el legislador y el juez FIGUEIREDO DIAS⁵³ dispone que es esencial la apertura de espíritu de la jurisprudencia para recurrir a la totalidad del catálogo de penas que tiene a su disposición, propiciando su efectiva aplicación.

3. MODELO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPECIAL

Incluso después de la entrada en vigor de la Ley núm. 59 /2007, de 09/04, y la afirmación en el Derecho Penal común, de la existencia del doble paradigma de la responsabilidad penal, tanto de las personas físicas, como de las jurídicas, siguen existiendo algunas zonas con plena (o relativa autonomía) para el establecimiento de los criterios de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas y la definición de las respectivas sanciones. Este es el caso del Derecho Penal de la economía y la salud pública (Decreto Nº 28 /1984, 20 / 01), Área de la Propiedad Industrial (Decreto 36/2003 05/ 03.) y el derecho de los delitos fiscales (Ley 15/ 2001, de 05/06, modificada por el Decreto-Ley n. 229/2002, de 31 /10)⁵⁴.

La criminalidad relativa al tráfico y consumo de estupefacientes (Decreto n.º 15/1993, de 22 / 01, modificada la Ley n.º 30/2000, 29/ 11), a la asistencia médica (Ley n.º 32/2006, 26 / 07), al terrorismo (Ley n.º 52/2003 de 22 / 08), a

51. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 239.

52. Siguiendo a BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 246, creemos que, a pesar de la aparente apertura de la norma del art. 90.º-M, núm. 1 del CP, no se acumulará la pena accesoria de publicidad de la sentencia condenatoria junto a la pena principal de disolución, puesto que esto implica la disolución de la propia persona jurídica. En sentido aparentemente divergente ALBUQUERQUE, Paulo Pinto *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da república e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2008, p. 273. Véanse también las críticas hechas por el autor acerca de las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de actividades (artículo 90.º-J) y de cierre de establecimiento (artículo 90.º-L), *op. cit.*, p. 242 y ss.

53. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, II: As Consequências Jurídicas do Crime*, § 245.

54. La persona jurídica será responsable de los delitos previstos en la normativa cuando son cometidos por sus órganos o representantes en su nombre e interés. Así ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, (nota 52), p. 78. Para más información, BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 247 y ss.

las armas y municiones (Ley núm. 5/2006, 23 / 02) y relaciones laborales (Ley núm. 7/2009, 29 / 02), al tiempo que se conserva su independencia formal, se regula, ahora, por la disciplina general del Código Penal, como consecuencia de la convergencia de los criterios de imputación y de su respectivo régimen sancionador operado por los arts. 4.º a 7.º de la Ley n.º 59 /2007, de 09/04. Asimismo, la Ley n.º 50/2007 de 31 / 08, que regula la conducta contra la verdad, la lealtad y corrección en el deporte, la Ley n.º 20/2008, de 21 / 04, que regula la corrupción en el sector de comercio internacional y privado, la Ley n.º 23/2007, 24 / 07, que regula la entrada, permanencia, salida y la exclusión de extranjeros del país, Ley n.º 109 /2009, de 15 / 09, que establece las disposiciones penales materiales y de procedimiento relativas a los cibercrimitos, aprovechando la disciplina del Código penal, determinaban que las personas jurídicas debían ser sancionadas por los respectivos delitos, bajo las reglas generales de la responsabilidad penal de las personas colectivas. Se trataba, en todos los casos, de criterios que si bien pretendían “estandarizar y proporcionar un sistema intrínsecamente coherente de responsabilidad penal de personas jurídicas”⁵⁵, suscitaron, en el ámbito de la legislación penal especial regímenes sancionadores distintos y autónomos⁵⁶ al régimen general consagrado en el Código Penal.

4. EL RÉGIMEN PROCESAL APLICABLE A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Contrariamente a todas las expectativas, la Reforma Penal de 2007 no introdujo ninguna novedad en el derecho procesal aplicable a las personas jurídicas, por lo que el proceso penal de matriz originalmente *antropocéntrico*⁵⁷, se aleja, sobremanera de la nueva realidad criminológica asociada a las personas jurídicas⁵⁸. Después de todo, parece que el legislador no se dio cuenta de que la evolución del paradigma de la responsabilidad penal (en un doble sistema de responsabilidad penal, tanto de las personas físicas como de las jurídicas) reclamaba, junto a las novedades legislativas de naturaleza sustantiva, una reestructuración de la legislación procesal penal, que permitiera una respuesta rápida, capaz y apropiada a los problemas específicos que se fueran surgiendo en este ámbito.

55. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 276.

56. Como aclara BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 281, no se trata de “sistemas alternativos penales, sino de sistemas penales especiales”, con una dinámica propia, adecuada a la concreta criminalidad que definen y regulan (o originalmente regulaban), mediante la consagración de las sanciones presentan una relativa autonomía e individualidad. Para mayor información sobre las reacciones penales en la legislación extravagante, *op. cit.*, p. 280 y ss.

57. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 292.

58. Ver BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 293, “ninguna norma de derecho procesal penal vigente tiene como destinatarios exclusivos a las personas jurídicas o entidades relacionadas”. Para mayor profundización sobre este tema, para una clara comprensión de las implicaciones procesales específicos en la consagración de la responsabilidad penal de las entidades colectivas, *op.*, 307 y ss. Crítico, ANDRADE, Manuel da Costa, “«Bruscamente no verão passado». A reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3950, ano 137, p. 273 e ss.

Habida cuenta de la inactividad en este ámbito, corresponde a los Tribunales la difícil tarea de definir y seleccionar el concreto sistema a aplicar en el caso de imputación de personas jurídicas, ajustando los principios y las normas procesales que, por naturaleza, son exclusivamente aplicables a la persona física. Una tarea que inequívocamente crea una gran incertidumbre en el sistema jurídico penal y se espera que sea suprimida brevemente por los reglamentos que regulan de manera específica los procesos penales aplicados a las personas jurídicas.

5. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Por último, hay que definir el momento en el que se debe dar por extinguida la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁹. Tarea que resulta compleja y nada inmediata, dada la omisión legislativa, la falta de unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia que ya se ha declarado incapaz de aplicar directamente las normas que, en el Código Penal, están previstas para las personas físicas. En virtud del art. 127.º -1 del CP, la responsabilidad penal se extingue, entre otras causas, por la muerte del sujeto, aspecto éste que se produce, en relación a las personas jurídicas, con su disolución, momento en que se verifica el cese de funcionamiento de las actividades típicas de la existencia colectiva⁶⁰. Cabe precisar que, en el caso particular de las sociedades mercantiles, la personalidad jurídica se conserva pendiente de la disolución⁶¹, manteniendo las acciones en que sean parte (art. 162.º CSC) y “siéndoles aplicables, como adaptaciones necesarias, las disposiciones que rigen las sociedades no disueltas” (art. 146.º-2 CSC). Asumen especial importancia, en esta materia, las soluciones legales especialmente definidas para las operaciones jurídico comerciales de que son objeto las personas jurídicas (en especial las sociedades comerciales) a lo largo de su *vida*, y que implican, en la mayoría de los casos, transformaciones estructurales susceptibles de influir, en abstracto, em su responsabilidad penal. En palabras de JORGE BRAVO DOS REIS, “ el problema está relacionado esencialmente con el significado y el alcance del estado sucesivo de las sociedades que sufren un proceso de transformación, fusión o escisión, y la eventual analogía de su extinción a una *muerte ficticia* de las sociedades como causa de extinción de la responsabilidad penal”⁶².

Creemos, junto a este autor, que las referidas operaciones societarias son auténticas “manifestaciones de prolongación de la vida de las personas jurídicas, *máxime*,

59. Materia que es de particular importancia en el contexto de las sociedades comerciales, por su dinámica y reiteración de actos ilícitos en el *giro* económico que integran, por lo que básicamente nos limitaremos esencialmente a ellas.

60. Los artículos 1007.º, 1008. del Código Civil (en adelante CC), 141.º y 142. Del Código de las entidades comerciales (en adelante CSC) definen las causas de disolución de las sociedades.

61. En cuanto a CORDEIRO, Menezes, el Código de Empresas portugués comentado de 2009, p. 477, sobre la disolución de la empresa: “El acuerdo se rige por los siguientes principios: (a) mantenimiento de la personalidad jurídica, (b) la publicidad, (c) la autonomía privada, (d) la rendición de cuentas y responsabilidad, (e) la satisfacción de los acreedores, (f) acciones a los accionistas.

62. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 259 e ss.

de las sociedades”⁶³, por lo tanto, sin virtualidad para excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas implicadas, quedando afirmada en virtud de los principios generales. Esta es también la razón que nos lleva a la conclusión de que la extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se produce de forma automática e inmediata con su *muerte* (disolución en el caso de las sociedades mercantiles), sino sólo con el registro de la disolución, lo que implica la extinción de su personalidad jurídica⁶⁴.

Como la declaración de insolvencia –en la actualidad la principal causa de *muerte* de las personas jurídicas– no implica la extinción inmediata de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puede suceder que, incluso, sin actividad, su patrimonio, en liquidación, pueda responder por las sanciones penales aplicables. También las operaciones de transformación, fusión y escisión, pudiendo implicar la extinción de la sociedad o de las sociedades primitivas, no impongan la de la responsabilidad, estando, de hecho, salvaguardada para su subsistencia, de forma expresa, en el núm. 8 del art. 11.º del CP⁶⁵.

La transformación, tal como se concibe en el actual art. 130.º -1 de CSC, consiste en una modificación de tipo societario que no implica, por regla general⁶⁶, la disolución de la sociedad en sí –que continúa existiendo–, pero ahora bajo una nueva apariencia.

La fusión de sociedades, prevista y regulada en el art. 97.º -1 del CSC, implica la reunión de dos o más empresas en una sola, ya sea mediante la cesión global de las acciones de una o más empresas a otro (de fusión por incorporación, art. 97.º-4, a), del CSC), ya sea por la formación de una nueva empresa (fusión por creación de una nueva empresa, art. 97.º -4, b) del CSC). Así entendida, la extinción de sociedades incorporadas fusionadas inscritas en el Registro Mercantil, mantienen su responsabilidad penal, respondiendo por la comisión de delitos la persona jurídica surgida a partir de la fusión (art. 11.º -8 del CP y art 112.º al. a) CSC⁶⁷).

63. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 361.

64. Así, BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 377 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, (nota 52), p. 84 e s.

65. Ver Acc. TC n.º 160/2004, en cuestión paralela de las sanciones previstas en el derecho administrativo.

66. “ Existen entonces, en el CSC dos especies o formas de procesamiento, conforme a su estructura jurídica: una modalidad –que la redacción del núm. 3 muestra haber sido considerada normal– la transformación no causa la disolución (extinción) de la sociedad y, por lo tanto, la empresa es la misma antes y después de la transformación; otra modalidad –excepcional, ya que no resulta directamente de la ley, al igual que la primera, dependiendo de la resolución de los socios– la sociedad sujeta a transformación se disuelve, naciendo una nueva sociedad y operando entre ambos un fenómeno de sucesión universal”, cit. VENTURA, Raúl, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, 1990, p. 417. Fenómeno que creemos también implica la asunción de la responsabilidad penal que pueda haber sido declarados o constituidos en el tiempo antes de su procesamiento (art. 130 -5 ° CSC), sin embargo, uno debe hablar de una transmisión de la responsabilidad penal y / o de las penas - BRAVO, Jorge dos Reis (nota 1), p. 360.

67. Aunque siempre bajo el ámbito del derecho administrativo sancionador, el TC ya se pronunció por la constitucionalidad de la norma del art. 112.º al. a) del CSC, interpretada en el sentido de que la responsabilidad de contra-ordenación de la sociedad incorporada, extinguida a la fuerza y después fusionada en virtud de la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil, se transmite a la sociedad absorbente: sentencias TC N.º 153/2004, párrafo 160/2004 y n.º 161/2004, www.tribunalconstitucional.pt. véase también La fijación de la Jurisprudencia de la STJ. N.º 5/2004.

Aunque implica un proceso mucho más complejo, y puede incluso dar lugar a una multiplicación del sustrato de la persona jurídica escindida, la división también observa la regulación del artículo 11. -8.º CP, en relación con el mantenimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En los casos de art. 118.º - 1, a) (escisión) y / o al. c) CSC (la 1.ª hipótesis de este trabajo, cuando no hay lugar para la disolución), en el que la escisión se produce por vía de la pérdida de una parte del patrimonio de la sociedad escindida, con la finalidad de configurar una nueva sociedad, o fundirse con otras, el mayor problema que se plantea es el relacionado con la “supervivencia” de la de la sociedad primitiva, aunque de manera diferente.

En los restantes casos del art. 118.º de la CSC, donde el fenómeno de la escisión consiste en la disolución de la sociedad primitiva, la solución legal podría plantear mayores dudas o cuestiones, ya que implica una transferencia de la responsabilidad penal a las empresas resultantes de la división, aprovechando los bienes de la sociedad disuelta. Esto acontece, puesto que cualquier otra alternativa que admitiera la extinción automática de la responsabilidad penal o de la pena impuesta a las sociedades escindidas acabaría por traducirse en una impunidad intolerable de la persona jurídica infractora, incentivando el recurso ilegal a la escisión; simplemente como expediente para excluir la responsabilidad penal y sus consecuencias en la comisión de actos ilícitos. Creemos, en todo caso, que en ninguna de las operaciones se asiste a una verdadera derogación del principio implícito en el art. 30.º -3 del CRP, puesto que nos encontramos ante verdaderos fenómenos de sucesión o continuidad empresarial, voluntariamente decididos, por los órganos de gobierno, la mayor parte de las veces como estrategia para una “mejor y más sostenida continuidad económica”⁶⁸.

68. BRAVO, Jorge dos Reis, (nota 1), p. 366. Acerca del art. 30.º-3 da CRP, *vide* CANOTILHO, J. J. GOMES y MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Ed., Coimbra Editora, p. 197 e s. Cf. ainda, Ac. Tc. n.º 160/2004.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
145-165

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL CASO RUMANO¹

Mircea DAMASCHIN

Ph.D., Associate Professor
Criminal Sciences Department
Faculty of Law
Nicolae Titulescu University, Bucharest

Mirela GORUNESCU

Ph.D., Associate Professor
Criminal Sciences Department
Faculty of Law
Nicolae Titulescu University, Bucharest

Resumen: Hasta el año 2006, el Ordenamiento Jurídico rumano no reconoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este trabajo se muestra cómo es dicha responsabilidad, cuáles son sus características, los delitos objeto de comisión y las consecuencias jurídicas aplicables a las mismas.

Laburpena: 2006 arte Ordenamendu Juridiko errumaniarrak ez zuen Pertsona juridikoen erantzukizun penala aurreikusi. Ondorengo lanean, erantzukizun horren ezaugarriak azaltzen dira, pertsona juridikoeak burutu ditzaketen delituak eta hauen erantzunak.

Résumé : Jusqu'à l'année 2006, le système judiciaire roumain n'a pas reconnu la responsabilité pénale des personnes morales. Ce travail montre comment est la responsabilité, quelles sont ses caractéristiques, les crimes et les conséquences juridiques qui leur sont applicables.

Summary: the criminal responsibility of legal persons was not declared until 2006 in the Romanian legal system. This work shows how is this responsibility, what are their characteristics, offenses and consequent punishment.

Palabras clave: Responsabilidad penal, personas jurídicas, personas físicas.

Hitz gakoak: Erantzukizun penala, pertsona juridikoak, pertsona fisikoak.

Mots clés : Responsabilité pénale, personnes morales, personnes physiques.

Keywords: Criminal liability, legal persons, individuals.

1. Texto originariamente en inglés, remitido por los autores en diciembre de 2013 y traducido por la Profesora Titular de Derecho Penal e investigadora del IVAC/KREI Ana I. PÉREZ MACHÍO (UPV/EHU) y por la alumna de Criminología Leire BERASALUCE BEREZIARTUA (UPV/EHU). El presente trabajo se enmarca en el ámbito del Grupo de Investigación en Ciencias Criminales - GICCAS (2013-2018) Código: IT585-13; y en la Unidad de Formación e Investigación UFI 11/05.

0. ¿RECONOCE SU SISTEMA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

La responsabilidad penal de la persona jurídica surge en el año 2006. A partir de este momento, de acuerdo con la Ley 278/2006, el Código Penal vigente introdujo un conjunto de normas jurídicas que establecen el régimen jurídico que se aplica a esta institución. La persona jurídica es directamente responsable y esta responsabilidad puede funcionar independientemente de la responsabilidad penal de la persona física (es decir, la persona jurídica pueda ser considerada penalmente responsable, aun cuando la persona física no lo sea –por ejemplo, si la persona física murió). Desde esta perspectiva, el legislador rumano decidió no imponer el principio de especialidad en la materia, pudiendo ser la persona jurídica responsable por cualquier delito, siempre y cuando se cumplieran las disposiciones generales establecidas en el artículo 19 del Código Penal.

0-A) En caso afirmativo, describa brevemente el modelo de responsabilidad penal

- 1. Responsabilidad penal accesoria de la persona jurídica**
- 2. Responsabilidad penal directa y coprincipal de la persona jurídica**
- 3. ¿Dependiente o independiente de la responsabilidad penal de las personas físicas?**
- 4. Exigible por todo tipo de delitos? Aplicable sólo a algunas figuras delictivas definidas en el Código Penal?**

El Código Penal no define las entidades que pueden ser consideradas penalmente responsables. En realidad, se limita a señalar a aquellas que están exentas de este tipo de responsabilidad: “las personas jurídicas, –al margen del Estado y de la autoridades e instituciones públicas que ejercen una actividad que queda fuera del ámbito privado–, son penalmente responsables...” (artículo 19 del Código Penal). De esta forma, las entidades, directamente mencionadas en el precepto, no son responsables penalmente. La definición de las mismas no se ubica en el Derecho Penal, por lo que es necesario acudir al Derecho Civil, al Administrativo y al Constitucional, para su concreción.

En Rumania, para que una entidad sea considerada penalmente responsable es necesario que tenga personalidad jurídica, no pudiendo exigirse dicha responsabilidad a una entidad que carece de dicha condición.

1. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL:

1-A) Comisión de un hecho delictivo. ¿Qué delitos? ¿Del Código Penal? ¿De las leyes penales especiales? Incluir listados

Como ya hemos señalado anteriormente, el legislador rumano ha optado por no aplicar el principio de especialidad en la materia, pero ha decidido delimitar las condiciones generales en las que la persona jurídica puede ser considerada penalmente

responsable, por lo que, cumplidas las mismas, al margen del origen de la concreta norma, se podrá imputar a la persona jurídica este tipo de responsabilidad. La persona jurídica puede ser considerada penalmente responsable, tanto por los delitos definidos en el Código Penal, como por los delitos previstos por leyes especiales. En la práctica, se ha observado que los delitos por los que la persona jurídica ha respondido penalmente han sido, hasta ahora, básicamente, los económicos.

1-B) 2. Un hecho cometido por una persona física

- *¿típico?*
- *¿típico y antijurídico?*
- *¿típico, antijurídico y culpable?*
- *¿típico, antijurídico, culpable y punible?*

De acuerdo con la legislación penal rumana, el delito es el fundamento de la responsabilidad penal que, de conformidad con el artículo 17 del Código Penal (anterior al que entró en vigor en febrero de 2014), es el hecho que representa una amenaza social y se comete dolosamente. La cuestión que se plantea en el presente epígrafe (es decir, la concreta naturaleza del hecho que da lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas) se relaciona directamente con el Código Penal rumano que entró en vigor el 1 de febrero 2014, conforme al cual, es delito “*el hecho previsto en el Código Penal, que perpetrado dolosamente, hace responsable penalmente a la persona que lo cometió*”.

1-C) ¿Por una persona vinculada a la empresa?

De conformidad con el artículo 19 del Código Penal, la persona jurídica puede ser considerada penalmente responsable “*por los delitos cometidos por una persona física que pretende lograr el objetivo de la actividad de la persona jurídica o que actúa en interés o en nombre de la misma*”. Por lo tanto, cualquier persona que actúe en estas circunstancias, al margen de la posición que ocupe en el ámbito de la persona jurídica, puede hacerla responsable penalmente.

Se comete un delito con la intención de alcanzar **el objetivo de la actividad de la persona jurídica, cuando alguien** –el gerente– o un representante de la persona jurídica, lleva a cabo un ilícito, durante el ejercicio de su actividad, que, de acuerdo con la ley, puede ser imputado a la persona jurídica.

Tomando como punto de partida **el principio de capacidad**, el legislador sólo se refiere a las actividades que son específicas o esenciales para el logro del objeto de la persona jurídica.

El gerente es la persona designada para defender los intereses de la persona jurídica y favorecerá la imputación penal de la persona jurídica, si el hecho, por él cometido, está vinculado a las funciones que se le confiaron.

Se entiende que el delito se ha cometido **en interés de la persona jurídica**, cuando se lleva a cabo en beneficio de la misma –ya sea un beneficio material o moral– ya sea un beneficio parcial o total, al margen de que el objetivo del delito no sea lograr el objeto de la actividad de la empresa.

De acuerdo con el Derecho Penal, se comete un delito en **nombre de la persona jurídica**, cuando la persona física que, ejerce materialmente el hecho, es un representante de hecho o de derecho de la misma, tiene asignado oficialmente dicho cargo y cuando el hecho se ha llevado a cabo con la finalidad de alcanzar el objeto de la actividad de la persona jurídica o para beneficiarla.

A la vista de estas circunstancias, cualquier persona física puede hacer penalmente responsable a una persona jurídica, cuando se cumplan cualquiera de las condiciones enumeradas, independientemente de la concreta posición que ocupe la misma dentro de la organización de la entidad en el momento de comisión de los hechos.

1-D) ¿Por la propia persona jurídica?

1-D) 1. ¿En qué supuestos? (P.e. decisiones delictivas de los órganos colegiados de dirección). Especificar

1-D) 2. ¿Criterios (legales, jurisprudenciales y/o doctrinales) de imputación específicos para la persona jurídica? (p.e. defecto de organización...). Especificar.

1-D) 3. ¿Culpabilidad de la persona jurídica? En caso afirmativo, fundamentación y criterios (legales, jurisprudenciales y/o doctrinales) de determinación.

Para que una persona jurídica sea considerada penalmente responsable, según el artículo 19 ya mencionado, el hecho debe haber sido “cometido dolosamente”.

En general, se considera que la culpabilidad de la persona jurídica está relacionada con los órganos y la organización de la misma. De tal forma que, según la doctrina, la culpabilidad de las personas físicas que integran los órganos de la jurídica, se identifica con la culpabilidad de la persona jurídica.

Cuando el hecho no se ha cometido por los órganos de la persona jurídica, sino por sus representantes de hecho o de derecho, la culpabilidad de la misma depende de la actitud de dichos órganos, es decir, se determina en relación a la dimensión objetiva del procedimiento a través del cual adoptan decisiones los órganos de dirección o, en función de las prácticas habituales, que conocidas, aceptadas y toleradas, son ejercidas en el ámbito de la actividad de la persona jurídica.

Con el fin de determinar la concreta culpabilidad de la persona jurídica, los órganos judiciales identifican las normas y reglas utilizadas en la organización y funcionamiento interno de la persona jurídica, para concluir, de acuerdo con las pruebas obtenidas, si los órganos de la persona jurídica decidieron, conocían y no impidieron la comisión de ciertos delitos, o si pudiendo, no utilizaron mecanismos de prevención de los mismos. De esta forma, los órganos judiciales pueden concluir si la persona jurídica puede o no ser declarada penalmente responsable.

En el supuesto de hechos cometidos dolosamente, es necesario probar que la persona jurídica previamente había decidido cometer el ilícito penal. Para los casos de ilícitos cometidos por imprudencia, la culpabilidad de la persona jurídica se establece mediante la verificación de las obligaciones de la persona jurídica (por ejemplo, si el

delito fue debido a una mala organización). Una persona jurídica puede ser considerada penalmente responsable de un delito cometido por negligencia, al margen de que se determine o no la culpabilidad de la persona física, puesto que la culpabilidad de la primera se vincula a la actitud de sus órganos de representación de la entidad colectiva.

Los delitos cometidos por personas físicas que no sean miembros de los órganos de la persona jurídica también pueden ser imputados a éstas. En estos casos, es necesario que la persona jurídica tenga conocimiento de la infracción que la persona física tiene la intención de cometer. En otro orden de cosas, la persona jurídica estará exenta de responsabilidad penal cuando el delito se cometa fortuitamente por uno de sus representantes o cuando la infracción cometida se ubique al margen de las prácticas que habitualmente son toleradas por la persona jurídica, interpretándose, en estos supuestos, que la persona jurídica dispone de un adecuado mecanismo de vigilancia y control, capaz de evitar la comisión de delitos.

La doctrina ha destacado que la culpabilidad de la persona jurídica es diferente a la de la persona física –siendo éstas analizadas por separado–, de tal forma que, la culpa de las dos personas puede ser similar o diferente.

2. ¿RÉGIMEN ESPECÍFICO DE RESPONSABILIDAD PENAL?

2-A) ¿Causas de justificación específicas para las personas jurídicas? Especificar

2-B) ¿Causas específicas de inculpabilidad? Especificar

2-C) ¿Circunstancias agravantes específicas? Especificar

2-D) ¿Circunstancias atenuantes específicas? Especificar

2-E) ¿Circunstancias específicas de no punibilidad? Especificar

La legislación rumana no prevé causas especiales que eliminen la responsabilidad penal del hecho cometido por la persona jurídica (la legislación rumana en vigor no diferencia entre causas justificación y de exención de la responsabilidad –sin embargo esta distinción está prevista en el Nuevo Código Penal). En el supuesto de concurrencia de tales circunstancias, se aplicarán a las personas jurídicas las disposiciones establecidas para la persona física, también, incluso, en aquellos supuestos en las que las mismas no sean compatibles con las características de la persona jurídica (por ejemplo, la minoría de edad, la embriaguez).

En materia de circunstancias agravantes, no se prevén reglas especiales; únicamente a efecto de las mismas. Así, el artículo 78 del Código Penal establece que: *“En caso de concurrencia de circunstancias agravantes, la persona jurídica será sancionada con la pena de multa, pudiendo extenderse el límite de la misma al máximo previsto legalmente; no siendo suficiente dicho límite máximo, podrá extenderse el mismo a su cuádruple, en caso de no ser suficiente”*.

En cuanto a las circunstancias atenuantes, la ley contempla efectos similares a la concurrencia de circunstancias agravantes respecto de la responsabilidad penal de

la persona jurídica. El artículo 76 § 4 del Código Penal establece que: “*si concurren circunstancias atenuantes, la multa de la persona jurídica será atenuada de la siguiente manera: a) cuando el límite mínimo de la multa es de “LEI 10.000” o más, la misma será inferior a este mínimo, pero superior a su cuarta parte, b) cuando su límite mínimo sea de “LEI 5.000” o superior a esta suma, la multa será inferior a este mínimo, pero superior a un tercio de la misma*”.

La normativa jurídico-penal rumana no contempla circunstancias específicas y propias de las personas jurídicas que hayan cometido un delito, siendo aplicables, en estos supuestos, las mismas que para las personas físicas. Por lo tanto, la persona jurídica se beneficiará de las causas generales existentes como: retirada de la denuncia previa, la ausencia de la reclamación previa, etc.

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

3-A) Penas aplicables a las personas jurídicas:

3-A) 1. Listado de penas

3-A) 2.1. ¿Penas concretas para cada supuesto delictivo o simplemente listado general?

3-A) 2.2. Individualización legal. Criterios

3-A) 2.3. Determinación judicial. Criterios

3-A) 2. Posibles previsiones de compatibilización o coordinación de las penas impuestas a las personas físicas y jurídicas (p.e. para respetar non bis in idem). Especificar

3-B) Medidas de seguridad. Listado y criterios

3-C) Otras consecuencias. Especificar

3-D) Consecuencias, en su caso aplicables a las entidades sin personalidad jurídica,

3-D) 1. ¿Cuáles? ¿Naturaleza penal, administrativa, civil, otra?(especificar)

3-D) 2. Criterios de aplicación

3-D) 3. ¿Criterios específicos de determinación de la pena?

De acuerdo con el artículo 53 del Código Penal, a las personas jurídicas se les puede aplicar tanto penas principales, como complementarias.

La pena principal aplicable a la persona jurídica es la multa: de 2.500 LEI a LEI 2.000.000.

Las sanciones complementarias son: a) disolución de la persona jurídica, b) la suspensión de la actividad de la persona jurídica, por un período comprendido entre 3 meses y un año o la suspensión de una de las actividades de la persona jurídica

cuyo ejercicio se vincule a la comisión del delito, por un período de 3 meses a 3 años, como máximo, c) la clausura de locales o establecimientos de la persona jurídica, por un período no inferior a 3 meses, ni superior a 3 años, d) la prohibición impuesta a la persona jurídica de acceder a subvenciones públicas entre 1 y 3 años, e) la publicación de la sentencia condenatoria.

En cuanto a la individualización de la pena aplicada a la persona jurídica, el artículo 72 § 3 del Código Penal dispone que: “*para la determinación de la pena de las personas jurídicas, se aplicarán las disposiciones establecidas en la parte general del código, mientras que los límites de la sanción, previstos en la parte especial, y vinculados a la gravedad del hecho delictivo y a las circunstancias agravantes y atenuantes serán tenidos en consideración, respecto de la responsabilidad penal de las personas físicas*”. Por otra parte, el artículo 80 § 4 del Código Penal establece que “*si concurren en las personas jurídicas las circunstancias agravantes –de reincidencia y de comisión simultánea de varios delitos– la multa prevista para cada uno de los tipos penales podrá aumentarse hasta el límite máximo general.*”

4. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

4-A) ¿Reglas generales o reglas específicas?

4-B) ¿Previsiones particulares para el caso de disolución, fusión, transformación de entidades

De acuerdo a la ley penal rumana, la responsabilidad penal se extingue básicamente, en caso de que no pueda darse inicio a la acción penal o, no pudiendo ejercerse la misma, una vez que ésta ha sido iniciada. Es el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal el precepto que recoge esta norma y que contempla ambas situaciones: esto es, que la acción penal no puede iniciarse, o que la acción penal, una vez iniciada, no pueda ejercerse. A continuación, nos referiremos a estos supuestos que determinan, por un lado, la inexistencia de la infracción, como causa de responsabilidad penal y por otro lado, aquellas en las que no es posible delimitar la existencia de responsabilidad penal, como consecuencia de la desaparición del objeto de la acción penal².

Según el Código de Procedimiento penal rumano son 6 las hipótesis en las que una persona no puede ser considerada penalmente responsable, al carecer de fundamento jurídico alguno.

Inexistencia de infracción [Artículo 10 § (1) por a) el Código de Procedimiento Penal]. No se puede admitir la existencia de un delito al margen del hecho cometido. Así, desde el punto de vista material, no existe delito alguno, en tanto que el hecho no esté previsto en la ley, puesto que la tipificación de los hechos

2. El objeto de la acción penal implica la responsabilidad penal de la persona que cometió el delito. La dimensión sustancial del objeto de la acción penal implica el uso de la acción penal, a través de la cual el conflicto con el Derecho Penal se presenta ante los órganos judiciales, para que el acto cometido por el delincuente y su culpabilidad puedan ser resueltos (Mircea Damaschin, *Drept penal procesual. Partea generală*, Editura Universul Juridică, Bucarest, 2013, p. 137-138).

es la base de la responsabilidad penal. En estos supuestos el hecho no existirá en su objetividad material; no pudiendo, por lo tanto, ser identificado con ninguno de los elementos esenciales del delito, ni hacerse referencia alguna al respecto³.

El hecho no está previsto por el Derecho Penal [artículo 10) del Código Procesal Penal]. Desde un punto de vista material, el hecho existe y fue cometido, pero no está previsto en el Derecho Penal. Esta situación se relaciona directamente con el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*), puesto que sólo los hechos previstos por la ley penal adquieren la categoría de ilícito penal. En estos supuestos, el hecho cometido no es ni siquiera fundamento suficiente para serle exigida responsabilidad penal alguna, incluso, en aquellos supuestos en los que el mismo represente una amenaza social y haya sido cometido dolosamente. Si el Código Penal no lo tipifica como delito y no le proporciona una sanción, en forma de una pena, ese hecho no será considerado delito. En estos casos, la acción penal deja de existir y el hecho cometido se inscribe en otra categoría de ilícitos: disciplinario, contraven- ción, civil etc.

El hecho no contiene la amenaza social que el delito requiere [artículo 10, b1) Código Procesal Penal]. De acuerdo con el artículo 18 del Código Penal, el hecho previsto por el Derecho Penal no adquirirá la condición de delito si, por un lado, no alcanza el mínimo de gravedad requerido por la normativa y, por otro, no implica la amenaza social que un delito requiere. Así, si uno de los elementos constitutivos del delito es, precisamente, la amenaza social que conlleva, la ausencia de dicho elemento implica la inexistencia misma de delito, al carecerse de fundamento alguno para que se dé inicio a acción penal.

El hecho no fue cometido por el acusado o el imputado [artículo 10 c) del Código Procesal Penal]. La acción penal debe ser ejercida *in personam*, es decir, contra una persona, contra el acusado o el imputado. Al margen de que materialmente exista un hecho constitutivo de delito, la acción penal no puede ejercerse contra el demandado, o de haberse iniciado, carece de capacidad funcional para ejercerse contra el mismo, puesto que ésta debe dirigirse contra el verdadero culpable, siempre y cuando el hecho no haya prescrito o no concurra causa alguna de exención de la responsabilidad penal⁴.

El hecho carece de uno de los elementos fundamentales del delito [artículo 10 d) del Código de Procedimiento Penal]. De acuerdo con el artículo 17 del Código Penal se entiende por delito el hecho que, previsto en el ámbito del Código penal, representa una amenaza social y se comete dolosa o imprudentemente. Habida cuenta de que la concurrencia de un delito representa el único fundamento para la determinación de la responsabilidad penal, *a sensu contrario*, la ausencia de cualquiera de estos elementos fundamentales (hecho, previsto en Código

3. Ion Neagu, *Tratat de drept procesual penal. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 283.

4. Ion Gorgăneanu, *Acțiunea penală*, Editura Lumina Lex, București, 2007, p. 107.

Penal y cometido con dolo o culpa), implicará la inexistencia de la responsabilidad penal, pudiendo, en estos supuestos, el concreto hecho acaecido adquirir otra forma de responsabilidad: disciplinaria, contravención, civil etc.

Concurrencia de una circunstancia que determina la exención de la responsabilidad penal [artículo 10 e) del Código de Procedimiento Penal]. El Código Penal –Título II, Capítulo V– enumera las causas que dan lugar a la exención de la responsabilidad penal, es decir, las situaciones en las que no es posible la concurrencia de la responsabilidad penal, debido a la existencia de ciertas condiciones que eliminan alguna de las características principales de la infracción (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad). Dichas causas son las siguientes: la legítima defensa (artículo 44), el estado de necesidad (artículo 45), la coacción física y moral (artículo 46), la fuerza mayor (artículo 47), la inimputabilidad (artículo 48), estado involuntario de absoluta embriaguez (artículo 49), la minoría de edad (artículo 50) y error de hecho (artículo 51).

Además de estas situaciones, la ley prevé causas de naturaleza especial que anulan la naturaleza criminal del acto; estas causas están previstas sólo para ciertos delitos como: ofrecer el soborno bajo coacción [Artículo 255 § (2) del Código Penal].

Igualmente se habla de inexistencia de responsabilidad penal, en los supuestos que, a continuación se enumeran, al carecerse de objeto de acción penal.

1. Inexistencia denuncia previa de la persona agraviada; carecer el órgano competente de autorización; ausencia de notificación; o incumplimiento de cualquier otra condición establecida por la ley para iniciar la acción penal [artículo 10 f) del Código Procesal Penal]. Aquí se contemplan distintas situaciones que impiden el inicio de la acción penal:

- La ausencia de la denuncia previa está contemplada en el artículo 131 § (1) del Código Penal, que dispone que, en aquellos delitos en los que el inicio de la acción penal dependa de la denuncia previa de la persona agraviada, la ausencia de la misma, implica la inexistencia de responsabilidad penal.
- El requisito de autorización del órgano competente se refiere a alguna de las excepciones previstas en el procedimiento oficial. Por un lado, los delitos contemplados en el artículo 5 del Código Penal, en los que la iniciación de la acción penal sólo es posible con autorización previa de la Fiscalía General de la Oficina del Ministerio Público adscrito a la Alta Corte de Casación y Justicia, y, por otro, las inmunidades contempladas en la Constitución (El Presidente de Rumania, miembros del Gobierno, etc.).
- La notificación del órgano competente es una condición que la ley establece para determinados delitos, tales como los respectivos a la seguridad de los ferrocarriles [Artículo 273 § (1), artículo 274 § (1) y el artículo 275 § (1) y (2) del Código Penal]; los delitos cometidos por el personal militar: ausencia inmotivada (artículo 331 del Código Penal), deserción (artículo 332 del Código Penal), incumplimiento de los servicios de guardia, de seguridad y e intervención (artículo 333 del Código Penal), la insubordinación (artículo 334 del

Código Penal), abandono del servicio militar (artículo 348 del Código Penal), abandono del servicio militar obligatorio (artículo 353 del Código Penal) y la ausencia de reclutamiento (artículo 354 de la Código Penal). De acuerdo con los artículos 337, 348 y 355 del Código Penal, en estos casos, sólo se puede iniciar la acción penal tras la notificación del órgano competente.

- El último caso, se refiere a cualquier otra condición que, prevista por la ley, sea necesaria para iniciar la acción penal. Un ejemplo es el artículo 171 del Código Penal –delitos contra el representante de un Estado extranjero– donde el inicio de la acción penal se efectuará únicamente a petición del gobierno extranjero.

2. El caso de amnistía, prescripción, muerte del autor o, el caso de la persona jurídica infractora dada de baja en el registro [artículo 10 g) del Código de Procedimiento Penal]. Al igual que en el caso anterior, hay varias situaciones que conducen a la exención de la responsabilidad criminal.

La amnistía es un acto de clemencia del poder del Estado, que se concede de acuerdo con el artículo 73 § (3) i) de la Constitución. La amnistía conduce a la exención de la responsabilidad penal por la comisión del delito y, concedida tras la condena, también implica la exención de la ejecución de la sentencia, así como la cancelación de las demás consecuencias que la condena implicó (artículo 119 del Código Penal).

De acuerdo con el artículo 121 del Código Penal, la prescripción anula el efecto de la responsabilidad penal, excepto en delitos contra la paz y humanidad, y en los casos de homicidio de los artículos 174 a 176 del Código Penal, así como en los delitos cometidos con premeditación y alevosía con resultado de muerte.

El tercer supuesto es la muerte del delincuente. Según el Derecho Penal, la responsabilidad penal es estrictamente personal e intransferible; si el acusado muere, la acción penal no podrá ser iniciada o si estaba iniciada, no podrá ser ejercida, como consecuencia de la desaparición del sujeto activo. En otras palabras, si el sujeto que cometió el acto muere, nadie podrá responsabilizarse de los hechos cometidos.

En cuarto lugar, se ubica la cancelación del registro de la persona jurídica, en los supuestos en los que es autora del delito. Esta situación se asemeja a la anterior, de tal forma que, la desaparición del sujeto activo hace imposible la exigencia de responsabilidad penal por los hechos cometidos.

3. Retirada de la denuncia previa; acuerdo de mediación o acuerdo de conciliación en relación a supuestos de retirada de denuncia previa –situaciones, todas ellas, conducentes a exención de la responsabilidad penal [artículo 10 h) del Código Procesal Penal].

Esta causa de exención de responsabilidad penal implica tres situaciones: la retirada de la denuncia previa, de conciliación de las partes y la conclusión de un acuerdo de mediación.

La primera situación se refiere a las situaciones en las que el inicio de la acción penal está condicionado por la denuncia previa interpuesta por la víctima. De acuerdo

con el artículo 131 § (2) del Código Penal, la retirada de la denuncia por estos delitos lleva a la exención de la responsabilidad criminal.

La segunda situación se refiere a las disposiciones del artículo 132 del Código Penal, que establece que la conciliación de las partes, en los casos previstos por la ley, implica la exención de la responsabilidad penal y la anulación de la acción civil. La conciliación es personal y produce efectos, sólo si se interviene antes de la decisión definitiva.

En cuanto al acuerdo de mediación, el legislador otorga relevancia a las normas procesales penales previstas por la Ley 192/16 de mayo del 2006, sobre la mediación y la organización de la profesión del mediador⁵, que es aplicable en los casos penales de delitos, en los que, la retirada de la denuncia previa o la conciliación de las partes conduzca a la exención de la responsabilidad penal. En este sentido, la conclusión del procedimiento de mediación es un obstáculo para el inicio / o el ejercicio de la acción penal, a través de la conciliación entre las partes, con posterioridad a la resolución del conflicto.

4. Sustitución de la responsabilidad penal [artículo 10 i) del Código de Procedimiento Penal]. De acuerdo con el artículo 90 § (1) del Código Penal, el tribunal puede decidir reemplazar la responsabilidad penal por una sanción administrativa. La sección (2) y la sección (3) de ese mismo artículo disponen las condiciones en que se sustituye dicha responsabilidad penal.

5. El Código penal establece una excusa absolutoria [artículo 10 i), del Código Procesal Penal]. Hay casos en los que, a pesar de haberse cometido un hecho doloso o imprudente, que representa una amenaza social, su autor no será considerado penalmente responsable, al concurrir una circunstancia que lo impide. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 255 § (3) del Código Penal, el “sobornador” no será sancionado penalmente, si confiesa la infracción a las autoridades, antes de que le sea notificado el delito. Del mismo modo, de acuerdo con el artículo 262 § (2) del Código Penal, a pesar de existir la obligación general de denunciar a las autoridades la *noticia criminis*, el hecho de no denunciar un delito no será objeto de sanción, si la persona que no procede a la delación es el cónyuge o un pariente cercano al autor del delito.

6. El principio de ‘cosa juzgada [artículo 10 j) del Código de Procedimiento Penal]. Con el fin de garantizar el prestigio y la estabilidad necesarias para el desarrollo de la actividad jurisdiccional, las sentencias firmes tienen la condición de *cosa juzgada*, representando la solución más justa para cada caso concreto. Estas sentencias firmes sólo pueden ser objeto de revisión a través de los medios extraordinarios de apelación.

De la totalidad de circunstancias que impiden la exigencia de responsabilidad penal a los autores y partícipes, sólo la cancelación de la persona jurídica en el

5. Ley núm. 192 del 16 de mayo de 2006 sobre mediación y organización de la profesión de mediador que se publicó en el Boletín Oficial de Rumanía no. 441/22 de mayo 2006.

registro, se refiere en particular a la misma, el resto, se trata de causas que se pueden aplicar indistintamente a personas físicas y a jurídicas.

5. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* DE LA PERSONA JURÍDICA

En Rumania, la responsabilidad “*ex delicto*” de una persona jurídica incluye la responsabilidad civil y la responsabilidad de contravención. La responsabilidad civil, (daños, agravios) se puede ejercer en el juicio penal (en su parte civil), o por separado, en un juicio civil. La responsabilidad de contravención implica los hechos definidos como infracciones por el derecho administrativo.

6. ASPECTOS PROCESALES

6-A) ¿Reconocimiento de derechos procesales fundamentales a la persona jurídica?

De acuerdo con el Derecho Penal rumano, no existen garantías procesales específicas para personas jurídicas, de tal forma que, también será de aplicación para las personas jurídicas, idéntico régimen de procedimiento previsto para el acusado persona física.

Enumeramos, a continuación una serie de derechos fundamentales procesales que pueden ser ejercidos en el juicio, tanto por personas físicas, como por las jurídicas: el derecho a negar la competencia de los órganos jurisdiccionales penales; el derecho a solicitar la subrogación del juicio de un tribunal a otro tribunal de justicia; el derecho a impugnar las medidas cautelares ordenadas por el tribunal⁶; el derecho a criticar los actos de investigación penal; el derecho a tener conocimiento de las evidencias de la investigación criminal antes de que el archivo se envíe a los tribunales; el derecho a presentar propuestas, el derecho a tener la última palabra en el juicio; el derecho a hacer uso de los medios ordinarios o extraordinarios de apelación de conformidad con la ley, etc.

Ahora bien, a pesar de la inexistencia de diferentes garantías procesales, el Código de Procedimiento Penal puede incluir supuestos en los que se regulen ciertos derechos procesales referidos únicamente al demandado o culpable persona física. En el derecho a la defensa del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, se contemplan una serie de requisitos entre los que se destaca que el asesoramiento jurídico es obligatorio⁷. Durante el proceso de investigación penal, la asistencia jurídica ofrecida a la parte demandada o al culpable es obligatoria, tal y como dispone el artículo 171 § (2) del Código de Procedimiento Penal, que se

6. Las medidas cautelares ordenadas por el tribunal tienen un carácter procesal, real, se adoptan durante el juicio por el fiscal o el órgano jurisdiccional y consisten en limitar el acceso a determinados bienes muebles e inmuebles, a través del embargo, con el fin de reparar el daño causado por el delito, así como de garantizar la aplicación de la multa. (M. Damaschin, op. cit., P. 388).

7. De acuerdo con la ley procesal rumana, la asistencia legal concedida a las partes por el abogado es facultativa, sin embargo, hay casos en los que la asistencia letrada es obligatoria.

refiere a la situación en la que el acusado o el culpable es un menor de edad que está en un centro de rehabilitación o en un centro médico o educativo, o cuando el acusado detenido tiene pendiente otra causa, o cuando el acusado debe ser enviado a un hospital o está obligado a someterse a tratamiento médico o cuando el órgano de investigación penal o el tribunal considera que el acusado o el culpable no puede defenderse a sí mismo. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 171 § (3) del Código de Procedimiento Penal, durante el juicio, el culpable debe ser asistido por un abogado por los delitos para los que la ley prevé la cadena perpetua o pena de prisión de más de 5 años, o cuando el tribunal considera que el culpable no puede defenderse a sí mismo.

De las disposiciones establecidas hasta el momento, se puede concluir que, durante el proceso de investigación criminal la asistencia legal es obligatoria para el demandado o el culpable persona física. Los supuestos descritos que con más frecuencia se producen son: prisión preventiva, el tratamiento médico y la ley del menor. La asistencia jurídica es obligatoria para la persona jurídica, en cuanto parte demandada o culpable de un caso, si el objeto del juicio es un delito para el que la ley prevé la cadena perpetua o pena de prisión de más de 5 años o cuando el tribunal considera que el culpable no podía defenderse así mismo.

En conclusión, al margen de los derechos procesales designados a la persona física, el Derecho Penal de Rumanía no prevé provisiones especiales, en esta materia, para la persona jurídica.

6-B) Reglas procesales específicas

El Código Procesal Penal contiene normas de procedimiento específicas para la persona jurídica en materia de medidas cautelares que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.795 § (1) del Código de Procedimiento Penal, son las siguientes:

- 1 la suspensión del procedimiento de disolución;
2. la suspensión de la fusión, la escisión o la mitigación de las acciones de la persona jurídica;
3. la prohibición de realizar operaciones patrimoniales específicas, que podrían conducir a la reducción significativa de los bienes patrimoniales o a la insolvencia de la persona jurídica;
4. la prohibición de concluir determinados actos jurídicos que son establecidos por el órgano judicial;
5. la prohibición de realizar actividades que son similares o relacionados con los que estaban siendo ejercidas cuando se cometió el crimen.

Dichas medidas cautelares podrán ser adoptadas por un juez, durante el procedimiento de investigación criminal (mediante la decisión motivada adoptada en la cámara del consejo), a petición del fiscal o del tribunal durante el juicio, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Existan graves motivos que justifiquen la presunción razonable de que la persona jurídica cometió el delito
- b) Se garantiza el ejercicio de la prueba.

La existencia de motivos graves que justifiquen la presunción razonable de que la persona jurídica ha cometido el delito, se relaciona con el hecho de la acusación a la persona jurídica, y también con su posición dentro de la taxonomía delictiva, así como con las condiciones previstas en el artículo 191 § (1) del Código Penal, que dispone que las personas jurídicas serán responsables penalmente de los delitos cometidos, en su nombre, o en interés de la misma, con la finalidad de lograr el objetivo de su actividad.

Las medidas cautelares pueden adoptarse por un período de 60 días como máximo; este período, sin embargo, puede prolongarse si persisten los motivos que han conducido a la adopción de estas mismas. Cada prolongación del período no podrá exceder de 60 días.

La persona jurídica puede ser obligada a depositar una fianza, cuyo importe no podrá ser inferior a LEI 5.000, con el fin de garantizar el cumplimiento de las medidas cautelares establecidas.

En el sentido mencionado anteriormente y, de conformidad con el artículo 53 del Código Penal⁸, hay dos categorías de sanciones aplicables a las personas jurídicas, esto es, las principales y las complementarias.

La pena principal aplicable a la persona jurídica es la multa: de 2.500 LEI a LEI 2.000.000.

Las sanciones complementarias son: a) disolución de la persona jurídica, b) la suspensión de la actividad de la persona jurídica, por un período comprendido entre 3 meses y un año o la suspensión de una de las actividades de la persona jurídica cuyo ejercicio se vincule a la comisión del delito, por un período de 3 meses a 3 años, como máximo, c) la clausura de locales o establecimientos de la persona jurídica, por un período no inferior a 3 meses, ni superior a 3 años, d) la prohibición impuesta a la persona jurídica de acceder a subvenciones públicas entre 1 y 3 años, e) la publicación de la sentencia condenatoria.

El tribunal podrá aplicar una o más sanciones complementarias, siempre que sean necesarias, en atención a la naturaleza y a la gravedad del delito.

La ejecución de las sanciones complementarias comienza, una vez que sea adoptada la sentencia firme.

El inicio de la ejecución de la pena principal - la multa (artículo 479 del Código de Procedimiento Penal). Tal y como se ha venido destacando, la única pena principal que se puede aplicar a una persona jurídica es la multa por importe de LEI 2.500 a LEI 2.000.000. Con el fin de iniciar la ejecución de la misma, después de que se dicte la sentencia condenatoria firme, el tribunal le entregará una copia de la sentencia a:

- El órgano que autorizó la constitución de la persona jurídica;
- El órgano que registró a la persona jurídica

8. El artículo 53 del Código Penal dispone lo contemplado en el artículo I § 16 de la Ley no. 278/2006.

La multa se ejecutará mediante la presentación del recibo del pago integral de la misma, dentro de los 3 meses después de que se dicte la sentencia condenatoria firme.

En la ejecución de la pena de multa, el órgano jurisdiccional puede aceptar el pago fraccionado de la misma, durante un período máximo de 2 años. El impago de la multa, genera la declaración de impago, que se envía a los órganos competentes para que apliquen las disposiciones legales que contemplan la ejecución forzosa de las cuentas.

El inicio de la ejecución de las penas complementarias de la persona jurídica. *El inicio de la ejecución de la pena complementaria de disolución de la persona jurídica (artículo 479 del Código de Procedimiento Penal).* La pena complementaria de la disolución de la persona jurídica es la sanción más grave que se puede aplicar sobre las personas jurídicas y que se adopta cuando la persona jurídica surge con la finalidad de cometer delitos o, cuando se desvía su actividad para tal fin (artículo 71 del Código Penal).

Para la ejecución de la pena de disolución de la persona jurídica, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de enviar una copia de la notificación de la misma en la fecha de la sentencia condenatoria firme a los siguientes órganos:

- Al tribunal competente civil, que inicia el procedimiento de disolución y nombra al síndico de entre los profesionales autorizados;
- El órgano que autorizó la constitución de la persona jurídica;
- Al órgano que registró a la persona jurídica

Se puede optar también por la disolución de la persona jurídica si la misma fue condenada a una de las penas complementarias previstas en el artículo 53 § 3 letras b-d y si se comprueba que la persona jurídica no cumple deliberadamente con sus obligaciones.

De igual forma, se puede adoptar la disolución de la persona jurídica, si no se ha procedido a la publicación de la sentencia condenatoria, o si se comprueba que la persona jurídica no cumplía deliberadamente con sus obligaciones o si, tras 3 meses de suspensión de la actividad de la persona jurídica, ésta sigue sin cumplir con la obligación de dar publicidad a la sentencia condenatoria. En este último supuesto, la pena de disolución adquiere la condición de tercera pena complementaria impuesta a la persona jurídica.

En este caso, la disolución de la persona jurídica está en manos de un órgano jurisdiccional que es notificada de oficio por el fiscal o por los organismos que revisaron la copia de la sentencia. Cuando la pena establecida es la disolución, la persona jurídica dispondrá de un escrito de demanda. La presencia del fiscal en el tribunal es obligatoria. Tras la presentación de las conclusiones por parte del Ministerio Fiscal y la persona jurídica condenada es escuchada, el Tribunal dicta sentencia. El principal efecto de esta pena complementaria es el inicio del procedimiento de disolución, conforme a derecho.

La pena complementaria de disolución no puede aplicarse a los partidos políticos, sindicatos, asociaciones, organizaciones religiosas, organizaciones de minorías

nacionales, organizaciones de trabajadores, ni a personas jurídicas que realizan su actividad en los medios de comunicación.

El inicio de la ejecución de la pena de suspensión temporal de una o de todas las actividades llevadas a cabo por la persona jurídica (artículo 479 del Código de Procedimiento Penal). La pena complementaria que contiene la suspensión de una o de todas las actividades de la persona jurídica implica la prohibición de ejercer la actividad o las actividades que estaban directamente relacionadas con la perpetración del delito (artículo 71 del Código Penal).

El supuesto principal en el que se aplica esta pena complementaria se produce cuando la sentencia condenatoria parte de la evidencia de que la persona jurídica ha perpetrado un delito relacionado con el objeto de su actividad.

Para la aplicación de esta pena complementaria, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de enviar una copia de esta notificación en la fecha de la sentencia condenatoria a los siguientes órganos:

- El órgano que autorizó la constitución de la persona jurídica;
- El que registró a la persona jurídica.

También puede recurrirse a la pena de suspensión de la actividad/es de la persona jurídica, en caso de inejecución de la pena de publicidad de la sentencia condenatoria previa, o tal y como hemos recogido anteriormente, en los supuestos en los que la persona jurídica no cumple deliberadamente con sus obligaciones. En tales circunstancias, el órgano jurisdiccional –que es notificado de oficio por el fiscal– debe decidir si la pena de suspensión debe ser aplicada por el fiscal o por los órganos que fueron notificados para ello. Del mismo modo, esta pena complementaria se aplica durante un período de 3 meses en los que la persona jurídica declarada culpable tiene derecho a demostrar que cumple con las obligaciones impuestas a través, por ejemplo, del cumplimiento de la pena de dar publicidad a la sentencia por la que ha sido condenada.

Antes de proceder a la suspensión de la actividad, la persona jurídica dispone de un escrito de demanda. La presencia del Ministerio Fiscal en el tribunal es obligatoria. Tras la presentación de las conclusiones del Ministerio Fiscal y la persona jurídica condenada es escuchada, el Tribunal dicta sentencia.

La pena complementaria de suspensión de actividades de la persona jurídica no puede aplicarse a los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones religiosas, organizaciones de minorías nacionales, las organizaciones de trabajadores, ni a las personas jurídicas que realizan su actividad en los medios de comunicación.

El inicio de la ejecución de la pena complementaria de prohibición de acceso a subvenciones públicas (Artículo 479 del Código de Procedimiento Penal). La pena complementaria que prohíbe a la persona jurídica directamente / indirectamente participar en los procedimientos de acceso a subvenciones públicas se contempla en el artículo 71 del Código Penal.

El órgano jurisdiccional –con el fin de hacer cumplir esta pena complementaria– tiene la obligación de enviar una copia de la sentencia en la fecha de la sentencia condenatoria firme a los siguientes órganos:

- La Oficina del Registro de Comercio; con el fin de iniciar los procedimientos de publicidad en el registro de comercio;
- Ministerio de Justicia; con el fin de iniciar el anuncio estatal de las personas jurídicas que carecen de un ámbito patrimonial;
- Otras autoridades que mantienen el registro de las personas jurídicas para que los procedimientos de anuncio puedan ser implementadas;
- El órgano que autorizó la constitución de la persona jurídica;
- El órgano que registró a la persona jurídica, para que adopte las medidas necesarias.

El incumplimiento por parte de la persona jurídica de la decisión que le prohíbe la participación en los procedimientos de acceso a subvenciones públicas, puede dar lugar a la aplicación de la pena complementaria de disolución de la misma.

El inicio de la ejecución de la pena complementaria de clausurar locales o establecimientos de la persona jurídica (artículo 479 del Código de Procedimiento Penal). Esta pena complementaria implica la clausura de uno o varios locales o establecimientos pertenecientes a la persona jurídica para que las actividades realizadas en el ámbito de los mismos, en cuanto relacionadas con la comisión del delito, no continúen ejerciéndose (artículo 71 del Código Penal).

Para la aplicación de esta pena, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de enviar una copia de la notificación en la fecha de aprobación de la sentencia condenatoria firme a:

- El órgano que autorizó la constitución de la persona jurídica;
- El órgano que registró a la persona jurídica, para que adopte las medidas necesarias.

La infracción de dicha pena complementaria podrá dar lugar a la disolución de la persona jurídica.

Esta pena complementaria no se puede aplicar a las personas jurídicas que ejerzan su actividad en los medios de comunicación.

El inicio de la ejecución de la pena complementaria de publicación de la sentencia condenatoria de la persona jurídica (artículo 479 del Código de Procedimiento Penal). Para la ejecución de esta pena complementaria, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de enviar una copia de la notificación en la fecha de la sentencia condenatoria firme a:

- A la persona jurídica condenada que, según el caso, podría estar obligada, tanto a mostrar la copia de la notificación en la forma, lugar y durante el plazo de tiempo establecido por el órgano jurisdiccional (entre 1 y 3 meses), como a garantizar la aplicación de la decisión, en la forma prevista por el órgano jurisdiccional –en la prensa o en la radio / TV o a través de cualquier otro medio de comunicación, según lo indicado por el tribunal–. En estos casos, la visualización o difusión de la sentencia no podrá exceder de 10 meses, pero si

la misma se transmite a través de otros medios de comunicación la duración máxima de su difusión no excederá de 3 meses;

- Al órgano que autorizó la constitución de la persona jurídica;
- Al órgano que registró a la persona jurídica, para que adopte las medidas necesarias.

La publicación de la sentencia condenatoria se lleva a cabo en detrimento de la persona jurídica, de tal forma, que la misma no puede revelar la identidad de la víctima, salvo que la misma o su representante legal accedan a ello.

El incumplimiento deliberado de dar publicidad a la sentencia condenatoria puede implicar:

1. la aplicación temporal de la pena de suspensión de la actividad por un máximo de 3 meses;
2. la aplicación de la pena de disolución, si transcurridos 3 meses, el órgano jurisdiccional determina que la persona jurídica, persistentemente, omitió exhibir o publicitar dicha sentencia.

7. BIBLIOGRAFÍA SOBRE EL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL EN LAS PERSONAS JURÍDICAS EN SU PAÍS

Monografías

- Florin Streteanu, Radu Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Editura Rosetti, București, 2002.
- Andra Roxana Ilie, *Angajarea răspunderii penale a persoanei juridice*, teză de doctorat, Universitatea din București, Facultatea de Drept, 2011.
- Cătălin Marinescu, *Răspunderea penală a persoanei juridice. De la teorie la practică*, Editura Universul Juridic, București, 2011.
- Laura Maria Stănilă, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Editura Hamangiu, București, 2012.

Estudios publicados en revistas especializadas

- Constantin Butiuc, *Despre o eventuală răspundere penală a persoanelor juridice*, Revista Dreptul nr. 10-11/1994, pp. 87-89.
- George Antoniu, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Revista de drept penal, nr.1/1996.
- Dan Adrian Brudariu, *Răspundere penală a persoanei juridice*, Revista de drept comercial, nr. 9/1996.
- Florin Streteanu, *Răspunderea penală a persoanei juridice în legislație și doctrină. Examen de drept comparat*, în Revista de drept comercial nr. 3/1997.
- Ramiro Virgil Mancaș, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Revista de drept penal, nr. 3/1998.

- Anca Jurma, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Revista de drept penal, nr.1/2003.
- Ilie Pascu, Mirela Gorunescu, *Răspunderea penală a persoanei juridice în perspectiva adoptării unui nou Cod Penal Român, Pro Lege nr. 2/2004*, p. 25.
- Mioara Ketty Guiu, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, în Revista Dreptul nr. 8/2005.
- George Dimofte, Ciprian Rus, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Revista de drept penal, nr. 1/2005.
- Valerică Dabu, Remus Borza, *Unele considerații referitoare la instituirea răspunderii penale a persoanei juridice. Constituționalitate*, Academia Română. Institutul de Cercetări Juridice, “Studii de Drept Românesc”, Editura Academiei Române.
- Mariana Cîrstocea, Oana Cătălina Ghiță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Comunicări științifice “Noul cod penal. Reformă în legislație”, Universitatea din Craiova, Editura Universitaria, 2006.
- Elisabeta Drăguț, Gheorghe Vintilă, *Sanctiunile aplicabile persoanei juridice în lumina noului Cod penal*, Comunicări științifice “Noul cod penal. Reformă în legislație”, Universitatea din Craiova, Editura Universitaria, 2006.
- Cristina-Maria Dumitru, *Recidiva mare postcondamnatorie în cazul persoanelor juridice*, Revista Dreptul, nr. 1/2008.

8. REFERENCIAS LEGISLATIVAS (COPIA UNIDA / REFERENCIA DE INTERNET)

On-line literature

- Dorin Ciuncan, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, conform <http://dorin.ciuncan.com/documentare/raspunderea-penala-a-persoanei-juridice>
- Radu Chiriță, *Răspunderea penală a persoanelor juridice în dreptul belgian*, conform www.raduchirita.ro

9. DECISIONES JUDICIALES MÁS RELEVANTES SOBRE EL TEMA EN SU PAÍS

Teniendo en cuenta que la responsabilidad penal fue tardía, llegando en 2006 y sabiendo el período de tiempo que es necesario para que se celebre un juicio, el número de sentencias firmes se recogen a continuación. En las siguientes líneas, vamos a presentar algunos extractos de la jurisprudencia rumana, que también está disponible en las páginas web de estos tribunales.

Las medidas cautelares que se pueden adoptar contra las personas jurídicas. No pueden adoptarse medidas cautelares contra la persona jurídica si, cuando se analiza la propuesta del fiscal, se comprueba que no se cumplen las condiciones para que la persona jurídica sea considerada responsable penalmente, según

lo dispuesto en el artículo 19¹ § (1) del Código Penal; estas condiciones se refieren a la comisión del delito, en relación con el objeto de la actividad de la persona jurídica, en interés o en nombre de la misma (el Alto Tribunal de Casación y Justicia, la Sección de lo Penal, decisión N ° 2550 / 13 de agosto 2012, según la página web del Tribunal Superior).

Extensión de las medidas cautelares contra las personas jurídicas.

En virtud del artículo 4.795 § 3-6 del Código de Procedimiento Penal, –a petición formulada por el Ministerio Público adscrito al Tribunal Superior de Casación y Justicia –Dirección Nacional contra la Corrupción– Sección de Lucha contra Delitos Relacionados con los Delitos de Corrupción, el tribunal sostuvo la extensión de las siguientes medidas preventivas contra la persona jurídica acusada: 1. Suspensión del procedimiento de liquidación de la persona jurídica; 2. Suspensión de la fusión, la escisión o la mitigación de las acciones de la persona jurídica; 3. Interdicción de todas las operaciones patrimoniales que pudieran conducir a una disminución significativa de los bienes patrimoniales o de la insolvencia de la persona jurídica; 4. Prohibición de celebrar acuerdos jurídicos onerosos o gratuitos que estuvieran destinados a mitigar los bienes patrimoniales en el plazo de 60 días a partir de 29 de abril de 2013 hasta el 27 de Junio 2013 incluyendo (Tribunal de Apelación de Bucarest, la Sección Criminal - 1) la cancelación de la actividad a partir del 25 de abril 2013 de acuerdo a:

http://portal.just.ro/2/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=200000000303893&id_inst=2).

Condena de la persona jurídica por evasión de impuestos. En virtud del artículo 6 de la Ley no. 241/2005, el P. C. persona jurídica C. fue condenada al pago de la multa penal de LEI 3.000. En virtud del artículo 6 de la Ley no. 241/2005⁹, el tribunal dictaminó que la persona jurídica SC GSS2010 SRL debía ser condenada al pago de una multa de 10.000 LEI. Sin embargo, la ejecución de la multa fue suspendida condicionalmente durante el período de prueba de 1 año. Los culpables fueron cada uno obligados a pagar la parte civil –la Agencia Nacional de Administración Fiscal– la suma de 187.497 LEI, a la que el tribunal añade las obligaciones fiscales accesorias, de acuerdo con el Código de Procedimiento Fiscal. En virtud del artículo 13 de la Ley no. 241/2005, cuando se dictaminó la sentencia condenatoria firme, se envió una copia a la Oficina Nacional de Registro de Comercio (Tribunal de Primera Instancia de Sinaia, sentencia dictada el 7 de noviembre de 2011) de acuerdo a:

http://portal.just.ro/310/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=31000000000010854&id_inst=310).

La condena de una persona jurídica por los delitos cometidos en contra de las disposiciones de la ley sobre el cheque. En virtud del artículo

9. Ley núm. 241/15 de julio 2005 sobre prevención y lucha contra la evasión fiscal, publicada en el Boletín Oficial de Rumania, Parte I, no. 672/27 de julio de 2005.

84 § 1 párrafos 2 y 3 de la Ley no. 59/1934¹⁰, el culpable, la persona física, fue condenado a pagar LEI 3.000 y también para 3 (seis) meses de prisión, por haber cometido el delito de emisión de un cheque, sin tener la suma necesaria en la cuenta (el banco), ni cumplir con todas las condiciones que estipula la ley. Conforme a los artículos 81, 82 del Código Penal, la pena aplicada a los culpables, fue suspendida condicionalmente, por el período de prisión de 2 años y 3 meses. En virtud del artículo 84 § 1 párrafos 2 y 3 de la Ley no. 59/1934, en relación con el artículo 19¹ del Código Penal, el artículo 53¹ y el artículo 63 del Código Penal, la Corte condena a la persona jurídica a pagar una multa de 5.000 LEI por la emisión de tres cheques no cubiertos y por no cumplir con todas las condiciones estipuladas por la ley (Tribunal de Primera Instancia de Sinaia, sentencia dictada el 10 de diciembre 2010) de acuerdo a:

http://portal.just.ro/310/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=31000000000008753&id_inst=310).

Condena de una persona jurídica por los delitos de inicio y constitución de un grupo delictivo organizado, adhesión o apoyo a un grupo de este tipo. En virtud del artículo 7 de la Ley no. 39/2003 sobre la prevención y la lucha contra el crimen organizado, la persona jurídica –SC TRANS Cojan COM SRL– fue condenada a pagar una multa de 700.000 LEI por perpetrar el delito de apoyar a un grupo delictivo organizado. En esta sentencia, el tribunal aplicó las disposiciones del artículo 71⁷ y el artículo 53¹ § 3 e) tesis I del Código Penal sobre la publicación de la sentencia condenatoria –la pena complementaria– exhibición que se debe incluir en la copia del estado de cuentas y en el escrito de entrada del tribunal durante un mes entero. De acuerdo con el artículo 2 § 1 y 2 de la Ley no. 143/2000 sobre prevención y disuasión del tráfico de drogas ilícitas, la misma persona jurídica, fue condenada a pagar una multa de 700.000 LEI por perpetrar el delito de tráfico ilícito de drogas de alto riesgo. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal, en relación con el artículo 13 § 1 de la Ley no. 143/2000, en relación con el artículo 3, § 1 y 2 de la Ley no. 143/2000, el mismo acusado fue condenado a pagar una multa de 300.000 LEI por cometer el delito de intento de tráfico ilícito de drogas de alto riesgo. Las sanciones fueron unificadas y la persona jurídica fue condenada a la pena más grave: una multa que asciende a 700.000 LEI, más una suma adicional de 300.000 LEI y por último, una multa de LEI 1.000 000, así como la publicación de la sentencia condenatoria (Bucarest Tribunal, Sentencia n^o 445/ 06 de junio 2011) de acuerdo con:

http://portal.just.ro/3/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=300000000344960&id_inst=3.

Esta sentencia es firme, según el Alto Tribunal de Casación y Justicia –véase la Sentencia emitida el 5 de junio de 2012.

10. Ley núm. 59/01 de mayo 1934 en el Cheque se publicó en el Boletín Oficial de Rumanía, no. 100/01 de mayo de 1934.

**LOS SIGNIFICADOS DE LA MEMORIA
EN VICTIMIZACIONES GRAVES**

***III Encuentro en Homenaje al
Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain****

* Encuentro celebrado en Donostia-San Sebastián, el 7 de noviembre de 2013, subvencionado por el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura, Dirección de Atención a las Víctimas del Terrorismo, Gobierno Vasco.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
169-176

MODULACIÓN EMOCIONAL DE LA MEMORIA: DE LAS VIVENCIAS TRAUMÁTICAS A LOS RECUERDOS BIOGRÁFICOS

Enrique ECHEBURÚA

*Catedrático de Psicología Clínica
Facultad de Psicología. Universidad del País Vasco UPV/EHU*

Resumen: La memoria es la capacidad de fijar, conservar y evocar las vivencias que una persona acumula en su vida. La codificación de la información no es casi nunca como una grabación fotográfica. La memoria no es una reconstrucción, sino una representación del pasado. Quiere ello decir que influye y está influida por la emociones y los sentimientos de la persona. Las imágenes de un suceso traumático se integran de una forma caótica y desestructurada en la *memoria emocional* e invaden la conciencia de la víctima. De este modo, pueden aparecer pensamientos repetitivos, pesadillas y alteraciones de la memoria, en forma de relatos fragmentados y desorganizados, o surgir inesperada e incluso inoportunamente los recuerdos parciales con una gran intensidad. Es decir, con mucha frecuencia las víctimas recuerdan lo que quieren olvidar y olvidan lo que quieren recordar. El proceso de recuperación de la víctima supone la transformación de las imágenes del trauma de la memoria emocional en sucesos ordenados espacio-temporalmente bajo el control de la memoria verbal. Hay algunas actitudes y conductas, como el perdón o el olvido activo, que facilitan el procesamiento emocional de las vivencias traumáticas; otras, por el contrario, como el odio o la venganza, lo dificultan. La sociedad debe prestar una ayuda activa a las víctimas para superar el dolor, como reparar lo reparable, aplicar la justicia y mantener vivo el recuerdo de lo sucedido.

Laburpena: Oroimena pertsona batek bere bizitzan barrena izandako bizipenak finkatzeko, gordetzeko eta gogoratzeko duen gaitasuna da. Informazioaren kodifikazioa ez da ia inoiz izaten argazki-grabaketa bat bezalakoa. Oroimenak ez du iragina berregiten, irudikatu baizik. Hortaz, eragina dauka emozioetan eta sentimenduetan, eta emozio eta sentimenduen eraginpean dago. Gertaera traumatiko baten irudiak modu kaotikoan eta desegituratuan sartzen dira *oroimen emozionalean*, eta biktimaren kontzientzia hartzen dute. Pentsamendu errepikakorak, amesgaiztoak eta oroimenaren asaldurak ager daitezke, istorio zatikatu eta nahasiak, edo oroitzapen partzialak ustekabeak eta une desegokian etor daitezke burura intentsitate handiz. Hau da, sarri, biktimek ahaztu nahi dutena gogoratzen dute, eta ahaztu egiten dute gogoratu nahi dutena. Biktimak sendatzeko, beharrezkoa da oroimen emozionaleko traumaren irudiak hitzezko oroimenaren kontrolpean espazioan eta denboran behar bezala antolatutako gertaera bilakatea. Zenbait jarrerak eta jokabideak, barkamenak edo ahazte aktiboak, besteak beste, erraztu egiten dute bizipen traumatikoen prozesamendu emozionala; aitzitik, gorrotoak, mendekuak eta antzeko beste jarrera batzuek oztopatu egiten dute. Gizarteak mina gainditzeko laguntza aktiboa eman behar die biktimei: konpon daitekeena konponduta, justizia aplikatuta eta gertatutakoa oroituta.

Résumé : La mémoire est la capacité de fixer, maintenir et évoquer les expériences qu'une personne accumule dans sa vie. Le codage de l'information n'est presque jamais comme un enregistrement photographique. La mémoire n'est pas une reconstruction mais une représentation du passé. C'est-à-dire

qu'elle influence et est influencée par les émotions et les sentiments de la personne. Ainsi, les images d'un événement traumatique sont intégrées dans une mémoire émotionnelle de façon chaotique et non structurée et envahissent la conscience de la victime. De cette façon, peuvent apparaître des troubles de mémoire, de cauchemars et de pensées répétitives sous la forme d'histoires fragmentées et désorganisées ou bien surgir de façon inattendue et même de manière inappropriée mais avec une grande intensité des souvenirs partiels. Par exemple, très souvent les victimes s'en souviennent de ce qu'ils veulent oublier et s'en oublient de ce qu'ils veulent se souvenir. Le processus de rétablissement de la victime suppose la transformation d'images du traumatisme de la mémoire émotionnelle dans des événements organisés espace-temporairement sous le contrôle de la mémoire verbale. Il existe des attitudes et comportements, tels que le pardon ou l'oubli actif, qui facilitent le traitement émotionnel des expériences traumatiques; d'autres, au contraire, tels que la haine ou la vengeance, l'entravent. La société doit apporter une aide active aux victimes pour surmonter la douleur. Par exemple, en réparant le réparable, en appliquant la justice et en gardant la mémoire vivante de ce qui s'est passé.

Summary: Memory is the ability to keep and remember the experiences people accumulate in life. Rarely is codifying information like a photographic recording. Memory is not a reconstruction but the representation of the past. This means that it influences and is influenced by the emotions and feelings of the person. The images of a traumatic event are integrated in the *emotional memory* in a chaotic and unstructured way and invade the person's consciousness. This can lead to the emergence of repetitive thoughts, nightmares and memory disturbances in the form of fragmented and disorganised stories or to the unexpected and even inappropriate appearance of partial recalls with great intensity. In other words, victims frequently remember what they want to forget, and forget what they want to remember. The victim's recovery process means the transformation of the trauma images from the emotional memory into time-space ordered events under the control of verbal memory. There are some attitudes and behaviours which facilitate the emotional processing of traumatic events, such as forgiveness and active forgetting; on the contrary, there are others such as hate and revenge, which complicate it. Society should support victims actively by repairing what can be repaired, applying justice and keeping alive the memory of what happened, in order for them to overcome the pain.

Palabras clave: Vivencias traumáticas, alteraciones de la memoria, venganza, perdón, victimismo.

Hitz gakoak: Bizipen traumatikoak, oroimenaren asaldurak, mendekua, barkamena, biktimismoa.

Mots-clés : Expériences traumatisantes, altérations de la mémoire, vengeance, pardon, victimisation

Keywords: Traumatic experiences, memory disturbances, revenge, forgiveness, alteraciones de la memoria, venganza, perdón, victimhood.

INTRODUCCIÓN

La memoria es la capacidad de fijar, conservar y evocar las vivencias que una persona acumula en su vida. La codificación de la información no es casi nunca como una grabación fotográfica o magnetofónica. La memoria no es una reconstrucción, sino una representación del pasado. ¿Qué quiere decir esto? Que la memoria forma parte del conjunto de la vida psíquica y de la biografía de la persona, a la cual influirá y la cual será influida por ella. Por ejemplo, si una persona está triste ahora puede distorsionar sus recuerdos y centrarse selectivamente en las experiencias negativas pasadas. A su vez, la evocación de recuerdos específicos negativos de la vida anterior, incluso muy antiguos, puede entristecer a una persona en el momento actual.

En realidad, la memoria es una pieza clave en la identidad personal. De hecho, en la adaptación del ser humano resulta imprescindible la ayuda de sus conocimientos y de sus experiencias pasadas para afrontar el presente y proyectar el futuro (Cardoner y Urretavizcaya, 2006).

A su vez, el olvido tiene una función adaptativa y permite despejar la memoria, entendida en este caso como depósito de recuerdos, para incorporar experiencias

nuevas y más recientes. El olvido se relaciona, por tanto, con el desvanecimiento de la huella mnésica con el paso del tiempo y con la interferencia que los nuevos aprendizajes o experiencias ejercen sobre los recuerdos anteriores porque la capacidad de recuerdo del ser humano, al margen de las diferencias individuales, es limitada. Hay, sin embargo, algunos recuerdos que no se borran jamás porque las experiencias vividas, a nivel personal o colectivo, tienen un colorido emocional intenso, bien sea positivo o negativo. Una persona recuerda con emoción y con detalle el primer encuentro con su pareja, por mucho tiempo que sea el que haya transcurrido, y no tiene dificultades para evocar dónde o con quién estaba cuando se anunciaron los atentados del 11 de septiembre de 2001 contra las torres gemelas en Nueva York o cuando se produjo el asesinato de Miguel Ángel Blanco el 13 de julio de 1997 en Lasarte. Y también hay olvidos que no se explican por el paso del tiempo, sino que están motivados emocionalmente. Es decir, hay algunas experiencias que se olvidan porque son de contenido amenazador y evocador de ansiedad, vergüenza o ira, por lo que son entonces reprimidas emocionalmente. En este caso las huellas no son borradas, sino que se vuelven inaccesibles a la conciencia (tabla 1).

Tabla 1. Componentes psicológicos del olvido

(Cardoner y Urretavizcaya, 2006)

1) Desvanecimiento de la huella mnésica

2) Interferencia de nuevas experiencias

3) Represión emocional de recuerdos ingratos

Por ello, la memoria no es una mera función cognitiva, sino que está sujeta a procesos emocionales diversos. Así, más allá del deterioro de la memoria asociado a la edad, a enfermedades neurológicas o a traumatismos cráneo-encefálicos, ciertas alteraciones de la memoria pueden estar relacionadas con las vivencias emocionales de la persona. Es el caso de las *amnesias psicógenas*, en las que una persona experimenta una pérdida parcial de la memoria respecto a ciertos sucesos biográficos que han supuesto un choque emocional intenso o han tenido un carácter traumático. Un ejemplo de esto son algunas personas adultas que han sufrido un abuso sexual en la infancia por parte de un familiar y que tienen dificultades para evocar esos sucesos (pero no otros que han ocurrido en el mismo período de tiempo) por la carga emocional negativa (de vergüenza, de culpa o de odio según los casos) asociada a ellos (Castilla del Pino, 2001).

En otros casos pueden surgir las *hipermnesias afectivas*, es decir, la capacidad excesiva de evocación de recuerdos, que se refiere a la desmedida persistencia en la mente de ciertas vivencias emocionales intensas y negativas, como ocurre en los acontecimientos traumáticos y en ciertos tipos de pérdidas afectivas, que, a modo de recuerdos parásitos, ejercen una tiranía sobre el campo de la conciencia e interfieren negativamente en la adaptación de la persona a la vida cotidiana (tabla 2).

Tabla 2. Alteraciones de la memoria en el trauma

(Echeburúa, 2004)

POR EXCESO	<ul style="list-style-type: none"> • Hipermnesias afectivas
POR DEFECTO	<ul style="list-style-type: none"> • Amnesias psicógenas

En resumen, la memoria y la afectividad están muy vinculadas. Así, una canción despierta el recuerdo de un amor del pasado y el olor de un bizcocho puede transportar a la infancia porque recuerda a los que preparaba la abuela. Sin embargo, la nostalgia (“*deseo doloroso del regreso*” etimológicamente) es un recuerdo agri dulce que nos puede anclar en un pasado idealizado. La nostalgia se compone de brochazos muy simples que nos impiden ver el pasado con exactitud. La nostalgia excesiva casi siempre aparece cuando el presente se percibe como desagradable y el futuro resulta amenazante. Si una persona se instala en el pasado, anula su presente e hipoteca su futuro (Trujillo, 2002).

La mayor o menor intensidad de los recuerdos no depende solo de un automatismo psicológico que escape al control de la persona. Hay personas que viven ancladas en el pasado, que se hacen preguntas sin respuesta (“*¿por qué me ha pasado esto a mí?*”), que intentan volver a lo que ya no existe y que realimentan emociones negativas (odio, venganza, culpa, resentimiento, etcétera). Otras, por el contrario, centran su atención en el presente, sin olvidar las desgracias ocurridas, y se proyectan hacia el futuro, apoyadas en emociones positivas, como la esperanza en el porvenir o el perdón al ofensor (Cyrułnik, 2013; Enright y Fitzgibbons, 2000).

VIVENCIAS TRAUMÁTICAS. DEL REVIVIR AL RECORDAR

Los sucesos traumáticos, que no son meras adversidades de la vida cotidiana, generan terror e indefensión, ponen en peligro la integridad física o psicológica de una persona y dejan con frecuencia a la víctima en tal situación emocional que es incapaz de afrontarla por sí misma. Cualquier acontecimiento traumático (una agresión sexual, un atentado terrorista, la violencia crónica en el hogar, el asesinato de un padre o de una madre, el suicidio de un ser querido, etcétera) supone una quiebra en el sentimiento de seguridad de una persona y una pérdida de confianza básica en las demás personas. El elemento especialmente perturbador es la violencia intencional e injustificada generada por otros seres humanos. Frente a los accidentes o las enfermedades las personas suelen resignarse, pero no indignarse (Rojas Marcos, 2002).

Las personas cuentan con recursos psicológicos suficientes y con una red de apoyo familiar y social que les permiten hacer frente a las contrariedades habituales en su vida. Pero la intensidad y gravedad del suceso traumático supone una especie de *empacho emocional* que la víctima es incapaz de digerir por sí misma. Las imágenes caóticas del suceso traumático se integran de una forma desestructurada en la *memoria emocional* e invaden la conciencia de la víctima. Al mismo tiempo, se crea como una especie de *red de miedo* en nuestra memoria, asociada a menudo a la soledad, a los ruidos inesperados, a los viajes o a las tormentas.

De este modo, las imágenes traumáticas se reproducen involuntaria y repetitivamente en forma de pesadillas y de pensamientos invasivos que escapan al control del sujeto meses y aun años después de haber ocurrido el suceso. Es decir, el pasado traumático ejerce una acción tiránica sobre el presente de la víctima, impidiéndole reanudar una vida cotidiana normalizada y disfrutar con el presente. Estas vivencias traumáticas, más allá de un mero recuerdo, suponen revivir el acontecimiento sufrido con pensamientos e imágenes (personas, luces, sonidos, olores, etcétera), como si estuviese ocurriendo *ahora mismo*. La intensidad de la vivencia y su carácter impredecible e inevitable generan en la víctima a menudo una sensación de terror (Echeburúa, 2004).

Al mismo tiempo pueden aparecer alteraciones de la memoria, en forma de relatos fragmentados y desorganizados, o surgir inesperada e incluso inoportunamente los recuerdos parciales con una gran intensidad. Es decir, con mucha frecuencia las víctimas recuerdan lo que quieren olvidar y olvidan lo que quieren recordar.

Estas vivencias se convierten en recuerdos solo cuando se desactiva la red de miedo y se produce la *digestión emocional* de las experiencias vividas. Al margen de la ansiedad y de la tristeza generadas, recordar y verbalizar lo sucedido en un ambiente de apoyo facilita el *reciclado*, es decir, la transformación de las imágenes caóticas del trauma, mantenidas en la *memoria emocional*, en sucesos ordenados espacio-temporalmente bajo el control de la *memoria verbal* y que tienden a formar parte de la biografía del sujeto. Se trata de que la víctima sea capaz de guardar los recuerdos en el archivador correspondiente y de poner orden en el caos. De este modo, la víctima puede llegar a controlar los recuerdos, en lugar de que los recuerdos le controlen a ella, y a no generalizar los estímulos de terror a todas las personas. No es lo mismo *revivir* que *recordar*, por desagradables que sean los recuerdos.

En cierto modo, se trata de *poner nombre a lo que uno ha vivido*. De esta manera, los recuerdos se reintegran, ya digeridos, en la biografía de una persona y en la visión de sí misma y del mundo que poseía con anterioridad al trauma.

A este proceso de convertir las vivencias en recuerdos (recuerdos dolorosos, pero solo recuerdos) ayuda el paso del tiempo, la reanudación de la vida cotidiana, la implicación en nuevos proyectos, el soporte familiar y el apoyo de la sociedad a las víctimas. En muchas ocasiones, dependiendo de la vulnerabilidad de la víctima y del daño psicológico causado, se requiere un tratamiento psicológico a lo largo de este proceso (Pérez Sales, Fernández-Liria y Rodríguez Vega, 2006).

CONDUCTAS FACILITADORAS Y EMOCIONES OBSTACULIZADORAS

Hay algunas emociones que facilitan la transición del revivir al recordar y otras, sin embargo, que la obstaculizan. Así, por ejemplo, el perdón al agresor es un acto de generosidad de la víctima y supone la cancelación voluntaria de una deuda. Perdonar no es olvidar, y mucho menos aceptar la conducta o actitud del otro: es, sobre todo, librarse del dolor. Otorgar el perdón es más fácil cuando el ofensor muestra arrepentimiento y presenta disculpas sinceras por el mal generado. Perdonar es colaborar conscientemente a que la herida se cicatrice, sin cerrar la herida en falso, y luego aprender a vivir con esa cicatriz. Nada puede modificar el pasado, pero el perdón puede cambiar el futuro. La memoria sin ira, sin afanes vengativos, proyecta una luz hacia el porvenir (Beristáin, 2004; Kalayjian y Paloutzian, 2009).

Implicarse en nuevas experiencias y en proyectos ilusionantes (es decir, diseñar el presente y el futuro) facilita el olvido de los recuerdos dolorosos porque las nuevas experiencias debilitan a las antiguas. No se trata de un *olvido pasivo o amnésico*, sino de un *olvido activo*, que olvida la deuda pero no los hechos, que no destapa la revancha sino que entierra aquella situación desde el reconocimiento expreso de su existencia. Por eso, una cosa es recordar y otra muy distinta vivir en el rencor de la amargura. Gracias al olvido –y al olvido de que se ha olvidado– se pueden pasar por alto numerosas amenazas y agresiones a la identidad personal (Villa, 2004).

Por el contrario, hay algunas emociones que interfieren en el proceso de recuperación de las víctimas. En el corazón del ser humano anida una tendencia natural a la venganza, que está basada en la memoria (el recuerdo de la agresión o de la afrenta), cuando se siente agraviado y humillado. Toda víctima, por el mero hecho de serlo, siente un deseo de venganza y no puede evitar el sentirlo. No se debe a una víctima impedir expresar su deseo de venganza. Los sentimientos de venganza son tan psicológicamente necesarios como socialmente inadmisibles. La venganza está excluida de la civilización, pero no está excluida de los corazones de las víctimas.

Sin embargo, la venganza, como el odio o el resentimiento, es siempre *excesiva* y resulta *insaciable*. Al margen de que el odio o el rencor puedan ser un motor para la acción humana, tienen un efecto destructivo porque absorben la atención, encadenan al pasado, impiden cicatrizar la herida y, en último término, dificultan la alegría de vivir. Estar anclado en el resentimiento produce una insatisfacción con la vida y un empobrecimiento de la vida personal y, en algunos casos, puede intensificar los síntomas de depresión y ansiedad preexistentes. El odio es un sentimiento negativo que solo hace daño a quien lo siente; a los ofensores no les llega nada de ese odio. El odio supone un reconocimiento doloroso de la impotencia ante la persona odiada e incluso genera culpa y autodesprecio, por lo que frecuentemente no se reconoce.

En último término, el odio o la venganza son un mecanismo adaptativo negativo, sobre todo cuando no son fruto de una mera reacción inicial, sino que se mantienen en el tiempo. La mordedura de la serpiente no mata; lo que mata es el veneno (odio) que deja dentro. Los odios se aprenden tempranamente y pueden transmitirse incluso de generación en generación. Es más, el círculo diabólico del odio y de la venganza puede llegar a implicar la venganza de sangre, que se puede transmitir generacionalmente, como ha ocurrido entre gitanos o entre familias en los pueblos rurales.

La renuncia al deseo de venganza es una obligación social inevitable en una sociedad civilizada, pero la negación social de su necesidad psicológica es una segunda agresión. No hay víctima que no quede desgarrada por el conflicto entre la necesidad psicológica de la venganza directa y el imperativo social de resignarse a la justicia (Mullet, 2012; Worthington, 2005).

EL PAPEL DE LA SOCIEDAD EN LA RECUPERACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

A su vez, la sociedad tiene una responsabilidad importante en la cicatrización emocional de las heridas de las víctimas. Lo que caracteriza a las víctimas de la violencia es su *inocencia*, es decir, padecer injustamente una violencia. Las víctimas son inocentes en la medida en que sufren una agresión inmerecida, pero eso no significa

que sean personas inmaculadas, ni que su sufrimiento les otorgue patente de corso o la cualidad de ejemplares.

No hay que buscar la significación de la víctima en la intencionalidad del verdugo, ni siquiera en la ideología de la víctima, sino en el hecho objetivo de la violencia injusta. Si la víctima es un ser humano al que se infiere un daño injusto, la memoria de la víctima solo puede significar hacer justicia (detener a los agresores, ponerles a disposición de la Justicia, etcétera).

La sociedad debe prestar atención a las necesidades de las víctimas: verdad, justicia y reparación. No hay mañana sin ayer ni un proyecto de futuro válido sin memoria histórica de lo ocurrido con las víctimas. El olvido no significa reconciliación ni la memoria significa necesariamente venganza. La convivencia no es amnesia del pasado, sino lectura crítica del mismo. Hay un *deber de memoria*. Como decía Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*, el deber de memoria es el deber de hacer justicia, mediante el recuerdo, a la persona que ha sido objeto de injusticia. Las víctimas deben recibir una reparación moral y obtener una indemnización económica justa. Pero lo más importante es restablecer la dignidad y la memoria de la persona afrentada.

CONCLUSIONES

Las personas no son marionetas en manos de sus recuerdos y deben aprender a modular emocionalmente los recuerdos. Las vivencias dramáticas insufribles pueden tiranizar a una persona, pero también pueden transformarse en recuerdos dolorosos tolerables que forman parte de su biografía, sin que interfieran negativamente en su vida cotidiana actual y futura. Es decir, se trata de convertir un *pasado traumático* en un *pasado biográfico*, de modo que las víctimas no queden atrapadas en el túnel del tiempo (Echeburúa, 2004).

Las víctimas deben dejar de ser víctimas lo antes posible, como el tuberculoso o el cardiópata deben dejar de serlo. La víctima es un *estado* transitorio que provoca un *rol* pasajero y se debe mantener el tiempo en que los mecanismos adaptativos del sujeto (o, en su caso, la ayuda profesional) reparan la situación sufrida. La identidad de víctima a perpetuidad (la instalación en el sufrimiento o en el victimismo), con un *estatus* permanente, es contraproducente porque prolonga el duelo de los afligidos y los lastra para comenzar un nuevo capítulo de su vida. No se es radicalmente víctima, sino persona, que es la suma de muchas vivencias. En caso contrario, las víctimas pueden realimentar los recuerdos dolorosos y respirar continuamente por la herida (Brooks y Goldstein, 2004).

No es función de las víctimas, en su condición de tales, participar ni en la política legislativa ni en la política criminal ni en la política penitenciaria. Sin embargo, las víctimas tienen una obligación moral de dar testimonio de memoria de lo que ocurrió para que no vuelva a suceder. Por eso, hay que avanzar en curar las heridas del pasado a través de más justicia, más verdad y más reparación. No se puede manchar la memoria de las víctimas, que deben dar fe de la deslegitimación social, moral y política del terrorismo y levantar acta de que no hubo, ni hay ni habrá justificación para el asesinato de nadie. La reinserción de los terroristas siempre debe ser individual y no colectiva, activa por parte del afectado y no pasiva o impuesta y debe tener como

ingrediente imprescindible el reconocimiento del daño infligido por parte del agresor. El fin reinsertador también exige una serie de obligaciones que impone la Justicia y que después de la excarcelación pueden incluir, por ejemplo, la reparación económica hacia la víctima y en su caso el alejamiento de la misma.

Hay algunos hechos sociales que contribuyen al debilitamiento de los recuerdos traumáticos. En el pasado las noticias de nuevos atentados o el apoyo social a los terroristas (en forma de homenajes, por ejemplo) han constituido una fuente adicional de victimización. En el caso de las víctimas del terrorismo etarra, el hecho de que hayan transcurrido 3,5 años desde el último atentado mortal, de que se perciba a ETA como derrotada (y prácticamente desaparecida) y de que la policía y la Justicia continúen con su labor deteniendo y juzgando, respectivamente, a las personas encausadas es un factor de alivio para las víctimas. No hay nada que cree más alivio que la desaparición del terror ni nada que genere más angustia que ver la huella del terror en nuevas víctimas y atentados. La justicia cura; en cambio, la impunidad aviva el dolor de las víctimas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERISTAIN, A. (2004). "Las víctimas y el perdón...: hacia la superación del trauma". En E. Echeburúa, *Superar un trauma. Tratamiento de las víctimas de sucesos violentos* (pp. 191-199). Madrid: Pirámide.
- BROOKS, R. y GOLDSTEIN, S. (2004). *El poder de la resiliencia. Cómo lograr el equilibrio, la seguridad y la fuerza interior necesarios para vivir en paz*. Barcelona: Paidós.
- CARDONER, N. y URRETAVIZCAYA, M. (2006). Psicopatología de la memoria. En J. Vallejo (Ed.), *Introducción a la psicopatología y la psiquiatría* (pp. 153-172). Barcelona: Elsevier.
- CASTILLA DEL PINO, C. (2001). *Teoría de los sentimientos*, Barcelona: Tusquets.
- CYRULNIK, B. (2013). *Sálvate, la vida te espera*. Madrid: Debate.
- ECHEBURÚA, E. (2004). *Superar un trauma. El tratamiento de las víctimas de sucesos violentos*. Madrid: Pirámide.
- ENRIGHT, R. D. y FITZGIBBONS, R. P. (2000). *Helping clients forgive: An empirical guide for resolving anger and restoring hope*. Washington: APA.
- KALAYJIAN, A. y PALOUTZIAN, R. F. (2009). *Forgiveness and reconciliation: Psychological pathways for conflict transformation and peace building*. New York: Springer.
- MULLET, E. (2012). Perdón y terapia. En F. J. Labrador y M. Crespo (Eds.), *Psicología clínica basada en la evidencia* (pp. 137-152). Madrid: Pirámide.
- PÉREZ SALES, P., Fernández-Liria, A. y Rodríguez Vega, A. (2006). *Trauma, culpa y duelo. Hacia una psicoterapia integradora*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- ROJAS MARCOS, L. (2002). *Más allá del 11 de septiembre. La superación del trauma*. Madrid: Espasa Calpe.
- TRUJILLO, M. (2002). *Psicología para después de una crisis*. Madrid: Aguilar.
- VILLA, I. (2004). *Saber que se puede. Recuerdos y reflexiones de una víctima de terrorismo*. Barcelona: Martínez Roca.
- WORTHINGTON, E. L. (Ed.) (2005). *Handbook of forgiveness*. Nueva York: Routledge.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
177-182

VÍCTIMAS, MEMORIA Y JUSTICIA (A propósito de la victimización terrorista)

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Magistrado. Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa
Doctor en Derecho. Universidad del País Vasco*

Resumen: La victimización terrorista tiene una significación específica: la derivada de la materialización de un proyecto de destrucción o aniquilación de las víctimas por lo que son o representan. Este significado hermenéutico introduce inequívocas exigencias para la justicia. La primera, vinculada al deber de memoria de lo ocurrido, tanto desde la perspectiva del conocimiento de lo ocurrido como desde la vertiente del significado específico de lo acontecido. La segunda, centrada en la pública manifestación de la específica injusticia de la victimización padecida. La tercera, ceñida a posibilitar la reparación del daño injusto causado en su dimensión personal –reparando lo reparable y guardando memoria de lo irreparable– y en su dimensión política –impidiendo que el proyecto de convivencia cívica se nutra de elementos que posibilitaron, favorecieron o facilitaron la victimización terrorista–.

Laburpena: Biktimizazio terroristak esanahi espezifiko bat dauka: biktimak direnagatik edo ordezkatzaren dutenagatik suntsitzeko proiektu baten emaitza da. Esanahi hermeneutiko horrek eskaera garbiak dakartzkie justiziarri. Lehenengo, gogoan eduki behar du gertatutakoa, bai gertaeren ezagutzaren ikuspuntutik, bai jazotakoaren esanahi espezifikoaren ikuspuntutik. Bigarren, jasandako biktimizazioaren berriazko bidegabekeria adierazi behar du publikoki. Hirugarren, ahalbidetu egin behar du pairatutako kalte bidegabearen ordaina, bai eremu pertsonalean (kalte-ordainak emanez eta atzera bueltarik ez duena oroimenean gordez), bai eremu politikoa (biktimizazio terrorista ahalbidetu, bultzatu edo erraztu zuten elementuak herritarren bizikidetzeta-proiektuan agertzea eragotzita).

Résumé : La victimisation terroriste a une signification particulière: celle découlant de la réalisation d'un projet de destruction ou d'annihilation des victimes pour ce qu'ils sont ou représentent. Cette signification herméneutique introduit des exigences sans équivoque pour la justice. La première, liée au devoir de mémoire de ce qui s'est passé, tant du point de vue de la connaissance de ce qui s'est produit que de la signification spécifique de ce qui s'est passé. La deuxième, axée sur la manifestation publique de l'injustice spécifique de la victimisation subie. Le troisième, serrée à faciliter la réparation des dégâts injustes causés dans sa dimension personnelle –en réparant le réparable et en gardant mémoire de l'irréparable– et sa dimension politique –en empêchant que le projet de coexistence se nourrisse des éléments qui ont permis, favorisé ou facilité la victimisation terroriste.

Summary: Terrorist victimization has a specific significance: the derivative of the materialization of a project based on the destruction or annihilation of the victims for what they are or what they represent. This hermeneutical significance introduces unequivocal demands for justice. The first demand is linked to the duty of the memory of what happened, both from the perspective of the knowledge of what has occurred and from the side of the specific meaning of what has befallen.

The second demand is focused on the public demonstration of the specific injustice of the victimization suffered. The third is closely connected to the repairing of the unfair damage caused in its personal dimension –repairing the repairable and remembering the unrepairable– and in its political dimension – preventing that the plan of civilized coexistence is supported by elements that made terrorist victimization possible, favored or facilitated.

Palabras clave: Victimization terrorista, memoria, justicia, ley, restauración.

Hitz gakoak: Biktimizazio terrorista, oroimena, justizia, legea, leheneratzea.

Mots clés : Victimization terroriste, mémoire, justice, loi, restauration.

Keywords: Terrorist victimization, memory, justice, law, reparation.

Lo que sigue son un conjunto de ideas, quizás inconexas, sobre tres conceptos nucleares en la justicia victimal para la victimización terrorista: las víctimas, la memoria y la justicia.

1. LAS VÍCTIMAS

1.1. En la victimizaciones terrorista las víctimas son quienes sufren una violencia que otros causan sin razón alguna para aniquilar o subyugar. Por eso, las víctimas son inocentes. El concepto de víctima es impensable sin el coetáneo de victimario: por eso no se es víctima por el hecho de sufrir. El sufrimiento del victimario y de su entorno existe, pero no les atribuye la condición de víctimas. Se es víctima porque el victimario, escudándose en “sin razones” (nunca hay razón para la aniquilación o la subyugación), ha decidido implementar una relación destructiva con la persona o personas victimizadas. Lo que crea víctimas es el específico sentido deletéreo que el victimario confiere a la victimización que provoca, promueve o facilita.

1.2. Las víctimas son en sí mismas significativas: su esencia, por lo tanto, hay que encontrarla en el hecho de ser víctimas. Lo elocuente es la evidencia del acto terrorista que victimiza: la destrucción o menoscabo significativo del proyecto vital de las personas damnificadas por ser lo que son o representar lo que representan. Aquí radica, en mi opinión, el derecho de las víctimas a la memoria de lo ocurrido y el correlativo deber de la sociedad de preservar la memoria de lo acontecido.

1.3. En el plano victimológico cabe diferenciar tres dimensiones en las víctimas del terrorismo:

- * La caracterizada por sus necesidades: la esfera personal, referida a las víctimas como seres humanos.
- * La identificada con sus intereses: la esfera social, vinculada a las víctimas como ciudadanos.
- * La vinculada a sus derechos: la esfera jurídica, atinente a las víctimas como titulares de prestaciones exigibles.

1.4. En todo victimización terrorista hay dos significados concurrentes: uno factual y otro hermenéutico. El factual se centra en la evidencia del hecho: ocurrió un suceso.

El hermenéutico se basa en el significado del hecho: qué sentido tiene el hecho y qué mensaje traslada el hecho. En este segundo plano tiene sentido la memoria pues, en muchas ocasiones, el victimario precisa invisibilizar a las víctimas. Es una estrategia para ocultar su condición de victimario. Para alcanzar tal objetivo sirve el olvido. NIETZSCHE narra con nitidez este planteamiento: “Quien no sepa asentarse en el umbral del instante, olvidándose de todo el pasado, ese tal jamás sabrá lo que es la felicidad”. Y continúa: “es sencillamente imposible vivir sin olvidar”. Al respecto, el derecho ha sido generoso con el olvido: amnistía, indulto, prescripción. Para la invisibilización de las víctimas también vale la retórica ambivalente que trata de privar a la victimización padecida del sentido específico que tiene.

2. LA MEMORIA

2.1. La memoria es la categoría que universaliza la importancia de la experiencia de la injusticia. Sin memoria desaparece el hecho mismo. Gracias a la memoria se hace presente el pasado ausente que, en muchas ocasiones, es el pasado de una injusticia. Por eso, decir memoria conlleva que todo discurso comience por el ausente, por el olvidado del presente. Desde esta perspectiva, recordar no es traer a la memoria un acontecimiento pasado, sino reconocer la actualidad de la injusticia pasada. Por eso memoria y justicia van juntas.

2.2. Las macrovictimaciones son evidentes para quien las comete y para quien las sufre. Pero, si éstos desaparecen, sólo será accesible a las generaciones siguientes si hay alguien que los recuerda. De ahí la importancia del relato. Sin la memoria, la injusticia no ha ocurrido nunca, se desvanecen los ausentes y los presentes pueden organizarse libremente como si la victimización no hubiera tenido lugar. El fundamento de este planteamiento es la legitimidad democrática que confiere el apoyo de la mayoría de los presentes, únicos, los presentes, que pueden definir lo venidero. La memoria, que es la forma de integrar en el presente a los ausentes, obliga, además, a que las injusticias pasadas que han generado las ausencias no se trasladen al presente. Las sinrazones arrojadas para justificar en el pasado la victimización aniquiladora o subyugante resultan deslegitimadas para diseñar en el presente los cimientos del edificio de la convivencia. El material que sirvió para destruir no puede utilizarse para construir. Es la única forma de integrar a los ausentes.

2.3. La memoria se orienta al conocimiento la victimización y la comprensión de su significación. El ocultamiento de lo ocurrido puede adoptar diversas modalidades: la creación de una versión oficial, la elaboración de una mentira institucionalizada, la implantación de un silencio general, o la elaboración del discurso de la indiferencia axiológica.

3. LA JUSTICIA

A. La justicia y la ley

3.1. La justicia es la respuesta a la experiencia de la injusticia. Por eso la justicia tiene que partir de la injusticia padecida por las víctimas. No hay campo para la

abstracción: sufren seres humanos, causan sufrimiento seres humanos y miran para otro lado seres humanos.

3.2. La legalidad penal precisa:

- Describir lo ocurrido.
- Calificar si lo sucedido es un hecho victimizante.
- Indicar quién o quiénes son los responsables de la referida victimización, designándolos como victimarios.
- Señalar quién o quiénes son los damnificados por lo sucedido, identificándolos como víctimas.
- Imponer a los victimarios una sanción proporcionada a la gravedad de la victimización producida y, consecuentemente, padecida.
- Especificar el daño causado por los victimarios y padecido por las víctimas y obligar a su reparación.
- Posibilitar que la ejecución de la sanción impuesta permita la reparación del daño causado a las víctimas y la reincorporación a la comunidad de los victimarios.

3.3. Una vez delimitada la culpa criminal conforme a la Ley, es factible abrir el espacio a la culpa moral donde se abordarán problemas relacionados con la conciencia, el dolor, el arrepentimiento y el perdón. El delito se mide por leyes que tabulan la gravedad de la acción y de las penas consecuentes. La culpa es un concepto moral que liga la conciencia del agente con el daño a la víctima.: por eso sobrevive al delito de suerte que sigue vigente aunque se haya cumplido el castigo previsto por la ley.

3.4. En la victimización destructiva –la que aniquila al ser humano– la Ley no satisface el máximo del valor Justicia. En estos casos, el carácter irreversible del daño y la imposibilidad de proceder a su reparación *in natura*, hacen que la legalidad sea ontológicamente insuficiente para reparar plenamente la injusticia padecida. Lo justo trasciende de lo legal, lo sobrepasa. Éste es un tema tremendamente problemático y complejo: nos ha acompañado en todo nuestro devenir histórico como seres humanos porque refleja nuestra condición de seres limitados y finitos. Pese a ello, o por ello, el cumplimiento de la Ley no equivale a impunidad aunque, por el carácter definitivo e irreversible del daño, no se pueda reparar íntegramente lo destruido. En este contexto encuentra cabida la lección del maestro ANTONIO BERISTAIN: “Es preciso diferenciar la dignidad general, inherente a toda persona, de la específica dignidad victimal. La primera resalta el valor final inherente al derecho a ser de toda persona. La segunda pone de manifiesto la mayor calidad altruista, ética que se anuda a un darse u ofrecerse”.

3.5. La victimización terrorista tiene como referente exclusivo y excluyente a las víctimas, no al Estado. Por eso, no cabe un discurso omnicomprensivo de las víctimas de ETA y del abuso de poder. Las víctimas del terrorismo de ETA y las víctimas del abuso de poder son todas ellas víctimas, pero no son víctimas de lo mismo. Las víctimas de ETA son víctimas de una organización que mediante el terror trata de

imponer un proyecto totalitario que les excluye de su condición de ciudadanos. Son víctimas, por lo tanto, de una idea criminal. El crimen está en el origen, en consecuencia. Las víctimas de abuso de poder no son víctimas de una idea criminal, dado que el Estado democrático, como estructura institucional, es un espacio sometido al Derecho. El crimen no está, por lo tanto, en el origen, está en el ejercicio, de ahí la mención al abuso como plasmación de lo arbitrario que, es, precisamente la negación del Derecho. Además ETA ha dirigido su terror a una parte significativa de la sociedad: gran parte de sus víctimas no representan al Estado. No hay lazo de unión entre unas y otras víctimas que permita la integración en un ámbito común de victimización.

B. La justicia restaurativa

3.1. Los mecanismos de justicia transicional se activan cuando se aborda un proceso de transición democrática tras un proceso autoritario o dictatorial o cuando se sale de un conflicto armado plagado de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos. El contexto en el que nos encontramos en Euskadi no es de tránsito de un orden no democrático a otro democrático o de conflicto violento entre bandos enfrentados. La actividad terrorista de ETA se ha desarrollado fundamentalmente en el seno de un Estado democrático que responde a los estándares internacionales de legitimación propios del Estado de Derecho. No hay un “déficit democrático” o padecemos el mismo déficit democrático que el resto de Estados integrantes de la Unión Europea o del Consejo de Europa. Tampoco se ha producido un conflicto caracterizado por un enfrentamiento violento a gran escala entre dos facciones políticas y sociales, donde todos son, recíprocamente, víctimas y victimarios. Aquí hay víctimas y hay victimarios. No hay espacio, a mi juicio, para la justicia transicional.

3.2. Si hay, en cambio, recorrido para la justicia restaurativa que se apoya en la solidaridad sincrónica (con los que están) y diacrónica (con los que no están, aquellos cuyas voces han sido silenciadas). La justa restauración precisa un tipo de procedimiento (mediación u otros procesos restaurativos), un específico resultado (la reparación) y un propósito definido (la reconstrucción).

3.3. En la justicia restaurativa la injusticia es vista como una acción que destruye una relación y que la justicia debe reconstruir. En la victimización aniquiladora, la justicia restaurativa se desenvuelve en los espacios profundos de los seres humanos, donde anidan sus necesidades vitales definitivas y definidoras, al margen de intereses ideológicos, políticos y públicos. Estas necesidades vitales surgen de dos interrogantes íntimos: en quien delinquiró: ¿en qué lugar interno se encuentra su responsabilidad?; en la víctima: ¿en qué lugar interno se encuentra su necesidad de conocer la verdad, de preguntar, de expresar, de reprochar y, en último lugar, de devolver la humanidad a quien le dañó?. Los movimientos energéticos que suscitan estos interrogantes íntimos cuando son promovidos, solicitados, o aceptados por las víctimas justifican encuentros restaurativos que no pueden ser cercenados por afirmadas razones de interés general o público. La justicia victimal lo impide. En palabras del maestro ANTONIO BERISTAIN: “La evolución exige al operador de la Justicia alejar la pretensión de infligir dolor punitivo a las personas victimarias y crear una nueva e innovadora sanción reparadora. El victimario ha de conocer y sentir que las víctimas son

de carne y hueso y que él es el sujeto activo capaz de destruir... Y también capaz de hacer, crear y recrear”.

3.4. La justicia restaurativa requiere, en la victimización aniquiladora o subyugante, actuaciones del victimario en el plano individual y social.

- En el plano individual, reparar el daño personal, reparando lo reparable y manteniendo viva la memoria de lo irreparable.
- En el plano social, reponer el daño político causado por la negación fáctica de la ciudadanía de la víctima.

La reintegración social del victimario precisa restaurar ambos planos:

- * En el plano individual, reconociendo el daño causado y realizando todo lo que está en su potencial de actuación para reparar hasta el máximo posible el daño causado. Aquí tendría cabida, entre otros, el perdón como acto voluntario, profundo, que libera al victimario de su atadura con el acto cometido. Su concesión, obviamente, es un acto de libertad de la víctima que nunca puede ser exigido ni impuesto.
- * En el plano social, efectuando todo lo que está en potencial de actuación para evitar que el orden político este imbuido de los presupuestos o contenidos ideológicos que posibilitaron, favorecieron o facilitaron la victimización terrorista. Es la forma de relacionar la política de los vivos con la justicia a los muertos. En la victimización terrorista la injusticia se presenta como una expulsión violenta de la polis de unos por otros, abocando a una situación de aislamiento que no es sino la negación de la humanidad por medio de la eliminación del irrenunciable elemento político de toda persona. Por ello, la justicia precisa el reconocimiento de esa identidad cívica orillada, de forma que el victimario y la sociedad reconozcan el protagonismo axiológico de las víctimas en la vida pública.

La justicia restaurativa no persigue reparar el daño causado y volver a la situación previa; pretende, más bien, reparar y construir un nuevo espacio donde ya no sea posible la comisión de la injusticia reparada o por reparar. En definitiva: la Justicia es la oportunidad que tienen las víctimas de rehacerse y ser algo más que víctimas.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
183-199

EL CONCEPTO DE MEMORIA DESDE LA VICTIMOLOGÍA: CINCO CONCLUSIONES PROVISIONALES SOBRE LAS RELACIONES ENTRE MEMORIA, JUSTICIA Y POLÍTICAS VICTIMALES EN LAS DINÁMICAS DE GRAVES VICTIMIZACIONES OCULTAS, DIRECTAS E INDIRECTAS¹

Gema VARONA MARTÍNEZ

*Investigadora doctora permanente
Instituto Vasco de Criminología. UPV/EHU*

Resumen: Se señalan las posibilidades de estudiar científicamente las prácticas y políticas de memoria desde el punto de vista de la Victimología. Quizá esta disciplina pueda servir como puente entre la Historia y la memoria, considerando algunos conceptos fundamentales desarrollados en Victimología, como son los de victimización oculta, revictimización, victimización secundaria, dimensión subjetiva de la victimización, transmisión intergeneracional de la violencia y los daños victimales, terapias de recuperación –en particular, el arte como forma de resistencia ante la deshumanización–, y el derecho a un trato institucional individualizado –humano y coordinado–. Al mismo tiempo conviene recordar la adecuación de los métodos de investigación propios de la Victimología como son las encuestas de victimización.

Laburpena: Oroimenari lotutako praktikak eta politikak biktimologiaren ikuspuntutik zientifikoki aztertzeo aukerak aipatzen dira. Agian, diziplina hori historiaren eta oroimenaren arteko zubia izan daiteke, biktimologiako oinarritzko kontzeptu batzuk aintzat hartuta, honako hauek, besteak beste: ezkutuko biktimizazioa, berbiktimizazioa, bigarren mailako biktimizazioa, biktimizazioaren alderdi subjektiboa, indarkeriaren eta biktimen kalteen belaunaldi arteko transmisioa, suspertzeo programak (zehazki, artea gizagabetzeari aurre egiteko bide gisa erabiltzea) eta erakundeen aldetik banan-banako tratua jasotzeo eskubidea (pertsonek arteko tratu koordinatua). Era berean, komeni da biktimizazio-inkesten eta biktimologiak berezkoak dituen beste ikerketa-metodo batzuen egokitasuna gogora ekartzea.

1. Ponencia presentada dentro de la Mesa “La pluralidad y el dinamismo de las voces de las víctimas ausentes, supervivientes y ocultas, en relación con la memoria y los daños intergeneracionales”, dentro del III Encuentro en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain: *Los significados de la memoria en victimizaciones graves*, 7 de noviembre de 2013.

Résumé : Ce travail identifie les possibilités d'étudier scientifiquement les pratiques et les politiques de la mémoire du point de vue de la Victimologie. Peut-être cette discipline peut servir comme un pont entre l'Histoire et la mémoire par le biais de certains concepts fondamentaux développés en Victimologie, telles que celles de la victimisation cachée, la double victimisation, la victimisation secondaire, la dimension subjective de la victimisation, la transmission intergénérationnelle de la violence et les dommages victimales, les thérapies de récupération –en particulier, l'art comme une forme de résistance contre la déshumanisation, et le droit à un traitement institutionnel individualisé coordonné et humain. Dans le même temps, il convient de rappeler la pertinence des méthodes de recherche propres de la Victimologie tels que les enquêtes sur la victimisation.

Summary: This paper deals with the possibilities of the scientific study of the politics and practices of memory or remembrance from the standpoint of Victimology. This branch of knowledge may act as a bridge between History and memory if we consider certain key concepts developed by Victimology, such as: hidden victimisation, repeat victimisation, secondary victimisation, the subjective dimension of victimisation, the intergenerational transmission of violence and damages, recovery therapies –in particular, artistic interventions as forms of resistance to face dehumanisation–, and the right to an institutional treatment defined by its individualised, humane and coordinated character. Simultaneously, victimisation surveys seem an adequate methodology to do research in this field.

Palabras clave: Investigación victimológica, memoria, violaciones graves de derechos humanos, terrorismo.

Hitz gakoak: Ikerketa biktimologikoa, oroimena, giza eskubideen urraketa larriak, terrorismoa.

Mots clés : Recherche victimologique, memoire, graves violations des droits de l'homme, terrorisme.

Keywords: Victimological research, memory, grave violations of human rights, terrorism.

*“La recompensa de relatar historias es poder dejar que se vayan:
‘Cuando el narrador es leal a la historia, entonces, al final, hablará
el silencio. Cuando se ha traicionado la historia, el silencio no es otra
cosa que vacío’”*
(Hannah Arendt, citando a Isak Dinesen, en *Hombres en tiempos de
oscuridad* [1965], 2001: 105).

SUMARIO

- I. Introducción: la memoria pública como objeto reciente de estudio victimológico.
- II. Las prácticas y las políticas de memoria.
- III. Cinco conclusiones provisionales sobre las relaciones entre memoria, justicia y políticas victimales:
 1. Existencia de una gran victimización oculta primaria y secundaria;
 2. Necesidad de espacio suficiente para formas individuales y colectivas de memoria privada y pública, así como para el relato histórico;
 3. Las formas privadas y públicas de memoria, como reconocimiento de la injusticia sufrida, constituyen una forma de justicia, de reparación simbólica, particularmente de lo irreparable;
 4. Relevancia para las víctimas de la memoria pública sobre la victimización primaria y secundaria, oculta o no, así como sobre las dificultades en los procesos de reparación individual y social;
 5. El conocimiento victimológico puede informar la toma de decisiones respecto de las políticas de memoria, para aminorar la victimización secundaria, asegurando el respeto de una serie de principios.
- IV. Recapitulación y propuesta de investigación-acción participativa en el campo de la Victimología.- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: LA MEMORIA PÚBLICA COMO OBJETO RECIENTE DE ESTUDIO VICTIMOLÓGICO

Desde finales del siglo XX nos encontramos ante un tratamiento de la memoria colectiva o social aparentemente distinto del de épocas pasadas, cuando se vinculaba a un patriotismo, no siempre democrático, en el que se perpetuaban los mitos sobre

héroes y enemigos. De esta manera, las políticas de la memoria eran –y aún lo son– principalmente políticas de identidad centradas en las figuras políticas o militares consideradas en cada tiempo y lugar como más relevantes.

A lo largo de 2013, en la CAPV se han celebrado múltiples seminarios, encuentros, conferencias y jornadas relacionados con la memoria no de los héroes militares o políticos, sino de las víctimas del terrorismo y otras victimizaciones graves. En noviembre de ese año, como el Encuentro sobre los significados de la memoria en homenaje a nuestro querido profesor Beristain, en el XI Seminario Fernando Buesa se abordaron las políticas de memoria mediante una serie de preguntas muy pertinentes: qué, cómo y para qué recordar.

Dice Joseba Arregi sobre el contexto del País Vasco: *“Una de las peores cosas que les ha podido suceder a las víctimas es que el problema que les afecta, el de la memoria digna y justa de sus familiares asesinados por ETA, esté siendo recubierta por palabras y más palabras, por circunloquios y discursos múltiples que crean una hojarasca bajo la que es difícil percibir la realidad de la víctima”* (2013a). Para este autor la memoria tiene que ver fundamentalmente con la democracia. En este mismo sentido, al obviar su dimensión política, cabe entender ciertas advertencias sobre el riesgo de privatizar estas cuestiones (Ruiz Soroa 2013; Rivera 2013).

Paradójicamente, la memoria pública y las políticas de memoria en relación con las victimizaciones graves no han sido suficientemente estudiadas desde la Victimología², como ciencia empírica interdisciplinar centrada en los procesos de victimización y desvictimización, si bien se percibe una incipiente línea de investigación sobre políticas de memoria alrededor de la denominada justicia transicional y, de forma más amplia, sobre los días estatales e internacionales conmemorativos de determinadas formas de victimización³.

Los numerosos estudios sobre la memoria de las víctimas, aparecidos desde los años setenta se ubican principalmente en el campo de la Historia, la Psicología, la Neurología, la Filosofía, la Sociología, la Antropología, las Ciencias Políticas, el Periodismo y el Arte, echándose en falta una mayor integración interdisciplinar (Radstone y Schwarz 2010). El abordaje de la memoria desde el Derecho ha sido posterior en la medida en que se iban incorporando a la normativa internacional y estatal las reivindicaciones de los movimientos de las víctimas y los activistas de derechos humanos (Gómez Isa 2006)⁴. En todo caso, en los diferentes estudios subyace la pregunta de por qué ahora esa emergencia de la memoria, explicable, entre otras

2. Entre los pioneros en el estudio de la memoria como función psicológica, vid. Bartlett (1932). Sobre la memoria privada y los recuerdos en el proceso de recuperación, vid. Echeburúa (2013). Actualmente cabe mencionar los estudios generales sobre estas cuestiones que señalan la naturaleza selectiva y reconstructiva de la memoria desde el campo de la Neurociencia. Cfr., entre otros, Bar (2011).

3. Así la producida por violencia de género, la violencia vial, la trata de personas, etcétera. Cabe destacar la publicación de la OMS de 2006 destinada a ser una guía para la organización de actividades en el día mundial de conmemoración de las víctimas de la violencia vial.

4. Vid. Wemmers (2014). La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 2005 los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Según el principio 22, la *satisfacción* de las víctimas incluye desde la adopción de medidas

...

razones, por el aparente protagonismo de las víctimas –cuyos testimonios cobran relevancia mediante la historia oral–, así como por la continua utilización de la memoria como instrumentos político o de poder.

En este texto se señalarán las posibilidades de estudiar científicamente las prácticas y políticas de memoria desde el punto de vista de la Victimología. Quizá esta disciplina pueda servir como puente entre la Historia y la memoria, considerando algunos conceptos fundamentales desarrollados en Victimología, como son los de victimización oculta, revictimización, victimización secundaria, dimensión subjetiva de la victimización, transmisión intergeneracional de la violencia y los daños victimales, terapias de recuperación –en particular, el arte como forma de resistencia ante la deshumanización–, y el derecho a un trato institucional individualizado –humano y coordinado–. Al mismo tiempo conviene recordar la adecuación de los métodos de investigación propios de la Victimología como son las encuestas de victimización y las entrevistas en profundidad.

Para perseguir este objetivo se acudirá a los resultados de algunas de las investigaciones empíricas desarrolladas desde el año 2007 por el Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua sobre las víctimas del terrorismo, fundamentalmente de ETA y particularmente en la CAPV⁵.

II. LAS PRÁCTICAS Y LAS POLÍTICAS DE MEMORIA

Para poder clarificar algunos conceptos, tal y como son utilizados actualmente, conviene partir de la definición de memoria del Diccionario de la Real Academia Española. Encontramos en él distintas acepciones, de las que, en el ámbito

...

para que cesen las violaciones hasta la revelación de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas, la recuperación de los cadáveres y su nueva inhumación, las disculpas públicas, las sanciones judiciales o administrativas, las conmemoraciones y la enseñanza de las normas de derechos humanos. Véase la interpretación de este principio en la jurisprudencia, entre otros organismos internacionales, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la normativa española sobre memoria de la Guerra Civil y el franquismo y la más reciente sobre víctimas del terrorismo (estatal y vasca) se incluye el derecho a la memoria, si bien se echa en falta una mayor elaboración teórica sobre su titularidad, carácter subjetivo, contenido y alcance. Anteriormente al surgimiento de dicha normativa internacional y estatal –y aún hoy–, en los tribunales se acudía al concepto de dignidad de las víctimas frente a los posibles abusos de otras personas o agencias en el ejercicio de la libertad de expresión o ideológica. Ello también debe relacionarse con la tipificación penal del negacionismo y los llamados delitos de incitación al odio.

5. Respecto de la metodología empleada en estas investigaciones (2007-2013), pueden precisarse las entrevistas personales a dieciséis personas amenazadas por ETA de distintos colectivos; el desarrollo de un grupo de discusión posterior con ellas; el análisis de fuentes secundarias sobre testimonios de víctimas indirectas de asesinatos e intentos de asesinato de ETA y otros grupos terroristas; las entrevistas a expertos (2007-2008); el análisis de contenido de noticias sobre víctimas del terrorismo durante los periodos estudiados; el análisis cuantitativo y cualitativo de 173 sentencias condenatorias de adultos y menores por terrorismo de ETA entre los años 2000 y 2007; un breve trabajo de campo en la Audiencia Nacional (2008); el desarrollo de tres grupos de discusión en Madrid y Donostia-San Sebastián con personas amenazadas y familiares de personas asesinadas (2011); seis entrevistas en profundidad a víctimas de ETA (2012); el análisis de contenido de los documentos escritos y audiovisuales de la Fundación de Víctimas del Terrorismo sobre impunidad en 2012; el análisis cuantitativo de 155 cuestionarios completados por víctimas indirectas, de asesinato por grupo terrorista, residentes en la CAPV; y el análisis cualitativo de dos grupos de discusión (2013). El conjunto de estas investigaciones se encuentra citado en Varona (2013). Para una perspectiva histórica de la memoria en Euskadi tras el terrorismo, vid. Ortiz y Pérez (2013).

victimológico, pueden destacarse tres: recuerdo del pasado; exposición de hechos, datos o motivos; y monumento.

Todas ellas tienen que ver con el surgimiento del interés académico sobre la memoria desde distintas disciplinas que, a su vez, se conecta con las reivindicaciones y el estudio de las “memorias subterráneas” de las minorías o de las personas olvidadas o consideradas como una categoría inferior o superflua por ciertas ideologías políticas, sociales o religiosas. Frente a las conmemoraciones de las victorias nacionales, surgen multitud de memorias más o menos fragmentadas. Ello conlleva la diferenciación entre políticas públicas de memoria y prácticas o proyectos de memoria.

Las **prácticas o proyectos** de memoria pueden surgir de agentes públicos o privados y pueden centrarse en la memoria de una víctima o de un colectivo de ellas (directas e indirectas). Dicho colectivo puede abarcar una o varias familias, grupos, o comunidades nacionales o supranacionales. Como ejemplos de prácticas de memoria individual, por parte de la propia víctima o de terceros, tenemos los diarios; las biografías; diversas expresiones artísticas (fotografías, música, poesía); condecoraciones; reconocimientos; ofrendas, etcétera.

Como ejemplos de proyectos de memoria colectiva contamos con listados de nombres y datos de las víctimas; registros de testimonios; webs monográficas; días, placas u obras artísticas conmemorativos; parques, bancos y calles con el nombre o en memoria de las víctimas; actos de homenaje; proyectos con o sobre víctimas en las aulas; museos; exposiciones, etcétera.

En contraste, las **políticas públicas** de memoria, como su nombre indica, proceden de agentes institucionales, aunque en ellas hayan participado las víctimas y la sociedad civil. Sin perjuicio de que a veces se dirijan a víctimas concretas, las políticas públicas se centran de forma directa o indirecta en la memoria colectiva, no individual. Como ejemplos recientes y cercanos de normas o planes e informes, reflejo de las políticas públicas de memoria y reparación, podemos citar los siguientes, diferenciando la escala estatal y vasca.

A escala estatal:

- a) En relación con la guerra civil y el franquismo: la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (se trata de la denominada, de forma contradictoria, ley de memoria histórica⁶).

6. Según su Exposición de Motivos: “la Ley sienta las bases para que los poderes públicos lleven a cabo políticas públicas dirigidas al conocimiento de nuestra historia y al fomento de la memoria democrática.

La presente Ley parte de la consideración de que los diversos aspectos relacionados con la memoria personal y familiar, especialmente cuando se han visto afectados por conflictos de carácter público, forman parte del estatuto jurídico de la ciudadanía democrática, y como tales son abordados en el texto. Se reconoce, en este sentido, un derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano, que encuentra su primera manifestación en la Ley en el reconocimiento general que en la misma se proclama en su artículo 2... No es tarea del legislador implantar una determinada memoria colectiva.

...

- b) En relación con la victimización terrorista en democracia: la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (arts. 2; 56-7; 60; 64).

A escala autonómica vasca:

- a) En relación con la guerra civil y el franquismo: las Leyes, Decretos y Órdenes “para paliar las consecuencias que la Guerra Civil y la dictadura franquista tuvieron sobre las personas que viven en Euskadi”⁷.
- b) En relación con la victimización terrorista: la Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo (art. 8);
- c) En relación con otras violaciones de derechos humanos durante el franquismo y la democracia: la Proposición no de Ley 61/2011, sobre víctimas de violaciones de derechos humanos y otros sufrimientos injustos producidos en un contexto de violencia de motivación política; y el Decreto 107/2012, de 12 de junio, de declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- d) En relación con todas ellas: los Planes de Paz y Convivencia del Gobierno Vasco⁸.

Como se mencionará más tarde, conviene advertir que la memoria no es Historia, aunque deba fundamentarse en ella. Los testimonios de las víctimas pueden constituir una fuente complementaria para la Historia que busca una contextualización rigurosa más amplia. La memoria desborda una disciplina académica o un conocimiento científico ya que no siempre es objetiva ni en su elaboración se sigue un estricto método científico. La memoria no puede ser totalmente objetiva si se da una relevancia particular a los testimonios individuales, asegurando así un tratamiento participativo de las víctimas, más como sujetos que como objetos de estudio, y de ahí la importancia de sus expresiones artísticas. Eso no significa en modo alguno que la memoria sea falsa, pero sí, como también ocurre en la Historia si se olvida el rigor científico, que existe un alto riesgo de ser falsificada o manipulada por los distintos grupos y generaciones que se acercan a ella, que suelen interpretarla a la luz de los intereses y conocimientos de su propio momento vital.

...

Pero sí es deber del legislador, y cometido de la ley, reparar a las víctimas, consagrar y proteger, con el máximo vigor normativo, el derecho a la memoria personal y familiar como expresión de plena ciudadanía democrática, fomentar los valores constitucionales y promover el conocimiento y la reflexión sobre nuestro pasado, para evitar que se repitan situaciones de intolerancia y violación de derechos humanos como las entonces vividas”. Mediante el art. 20 se constituye el Centro Documental de la Memoria Histórica.

7. Según expresión recogida en la página web del Gobierno Vasco, donde pueden verse todas las referencias (https://euskadi.net/r47-contmh2/es/contenidos/informacion/oroimen_historikoa/es_ley/legislacion.html).

8. Entre las funciones de la Secretaría General de Paz y Convivencia, dependiente de la Lehendakaritza, se encuentra la definición de las políticas públicas de memoria (vid. en <http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/informacion/secretaria-general-para-la-paz-y-la-convivencia/r48-pazconte/es/>).

III. CINCO CONCLUSIONES PROVISIONALES SOBRE LAS RELACIONES ENTRE MEMORIA, JUSTICIA Y POLÍTICAS VICTIMALES

Seguendo los resultados desarrollados en las investigaciones empíricas del IVAC/KREI, citadas anteriormente, podemos establecer cinco hipótesis sobre las relaciones entre memoria, justicia y políticas victimales, con el objeto de desarrollarlas y verificarlas en futuras investigaciones con víctimas del terrorismo y otras victimizaciones graves.

1. Existencia de una gran victimización oculta primaria y secundaria

A pesar de los avances en la investigación y en las políticas públicas, seguimos encontrándonos ante una gran victimización oculta, tanto primaria como secundaria⁹, destacando la victimización indirecta sufrida por los familiares de personas asesinadas por el terrorismo. Además de a los hermanos, aquí cabe destacar, de forma particular, a los hijos y los nietos, en lo que se denomina victimización intergeneracional.

Según el *mapa del terror* elaborado por el Colectivo de Víctimas del Terrorismo del País Vasco (COVITE) en 2013, el terrorismo ha dejado más de 1.000 huérfanos en Euskadi, la inmensa mayoría por atentados de ETA. En los resultados de la investigación de 2013 del IVAC/KREI, que recoge las respuestas de 154 familiares, residentes en la CAPV, de personas asesinadas por grupos terroristas, así como dos grupos de discusión con ellos, se pone de relieve la importancia de la memoria para los hermanos, hijos y nietos. Respecto de la memoria familiar, siempre para evitar causar más dolor o sentimientos de venganza, en ocasiones los padres han preferido no hablar demasiado con los hijos sobre la victimización sufrida y viceversa.

Debe señalarse la necesidad de identificar los factores explicativos a tener en cuenta en futuras investigaciones que diferencien tipos de víctimas, contextos y modalidades de victimización. Para acercarse a la victimización oculta debe considerarse el empleo de encuestas de victimización y entrevistas en profundidad (especialmente de personas mayores cuyos testimonios, siempre garantizando su voluntariedad, se perderán si no se recogen en los próximos años).

En todo caso, en las políticas de memoria debe considerarse la irreductibilidad de cierta victimización oculta. Las políticas de memoria para víctimas ocultas pueden ayudar a paliar el impacto de la victimización primaria y secundaria, de víctimas directas e indirectas. Los siguientes extractos ilustran las afirmaciones anteriores.

Extractos de testimonios recogidos en las investigaciones:

- *“Lo que no podremos medir nunca es la extensión del miedo y cómo eso ha afectado a la forma de pensar y trabajar en el País Vasco, y cómo, en determinadas ocasiones, se prefiere no decir nada. Cuando, llegado un punto, ni siquiera callarse ha salvado de las amenazas... algunos*

9. Por victimización secundaria se entiende el daño producido a las víctimas, de forma no intencionada, por las propias instituciones y los agentes sociales, una vez acaecido el delito o la victimización primaria.

creían que se llevaban bien, pero no se libraron de la amenaza terrorista” (Proyecto Retorno 2011).

- *“Todos sabemos que llevamos cincuenta años con ETA y tenemos una sociedad muy enferma. Son dos cuestiones: lo que ha pasado y la actitud social frente a ello. La única manera de reparar es retratar las victimizaciones en todas sus formas” (Proyecto Retorno 2011).*
- *“Hubo una época en que las madres y los hijos tenían que ocultar lo que les había pasado. Había ocultación, había vergüenza es tremendo” (Proyecto Retorno 2011).*
- *Sobre la opción de sobrellevar el sufrimiento en la intimidad: “Siempre entre nosotros, porque así lo quiso mi madre Nadie puede hacer nada para quitarnos el dolor” (hijo de una persona asesinada por ETA hace 30 años, EP 20.10.13, p. 15).*
- *“Conozco a una familia en que los nietos no sabían que habían asesinado a su abuelo porque los hijos lo pasaron tan mal, fue tan doloroso, que preferían no decir nada” (Proyecto Retorno 2011).*
- *“Mis hijos, ya mayores y con hijos, saben que su padre fue asesinado, pero nunca me han preguntado cómo fue” (Proyecto Retorno 2011).*
- *“Se pasan muchos años sin hablar del tema, ellos (los hijos) por no hacerte daño a ti y tú por no hacerles daño a ellos. Y un día, tras pasar muchos años, al escuchar una noticia sobre ETA, se echan a llorar, les entra un ataque de ansiedad ” (Proyecto Retorno 2011).*
- *En relación con el fenómeno de la extorsión, la victimización se oculta por los propios afectados, “en silencio para no llamar la atención de la opinión pública, por proteger a la familia del estigma de la victimización de ETA, de la acumulación de riesgos” (Pagazartundúa 2007). Así lo expresa también otra víctima: “Lo más fuerte fue decírselo a la familia. Una cosa es lo que uno puede sufrir y otra, lo que padecen quienes están a tu alrededor. Y eso suele ser más duro” (Proyecto Retorno 2011).*
- *V. L. relata: “Yo, en su momento, me hice el autista, callaba y, bueno, pues viví con tranquilidad. Triste manera de vivir es ésa de ser un poco autista o permanecer callado mientras ves manifestaciones por la calle con gorras a ETA y tener que aguantar todo eso en silencio. Es una vida triste, porque a una de las cosas que aspira el hombre es a ser libre y el no poder serlo es horroroso. Una persona mayor lo puede soportar, pero hacer que niños crezcan en ese ambiente es tararlos psicológicamente para toda su vida. Por eso nos vinimos a Madrid” (Cuesta 2000).*
- *“Hace tan sólo cuatro años, cuando volví al pueblo, iba con mis hijos y un hermano de una persona de un comando de ETA me dijo ‘tú estás vivo porque nosotros queremos’ y la madre empezó a gritar ‘tú qué haces aquí’... El hecho de estar allí, para ellos, es un problema, pero no sólo respecto de nosotros, también de nuestros hijos” (Proyecto Retorno 2011).*

- “Creo que lo hemos superado, bueno, no sé lo que opinarán ellos (sus hijos) A veces me culpan, me dicen ‘no haces nada por el aita’ he intentado no fomentar más odio todavía cuestionando sus deseos de saber quién fue el asesino o de encararse” (Proyecto Retorno 2011).
- “A nivel institucional a pesar de haber transcurrido 30 años desde el secuestro, la desaparición forzosa, asesinato, identificación de los restos óseos... y posterior juicio de los presuntos implicados y condenados... hasta el momento no hemos sido reconocidos como víctimas del terrorismo en la CAV ni en el Estado Español... Si los crímenes de Estado se consideran crímenes de lesa humanidad que por tanto nunca prescriben, ¿por qué nadie hace nada contra un hecho histórico de suma gravedad cuya correcta interpretación... debería ser explicado... en las facultades de Derecho y los libros de historia?... Aun así, me considero una privilegiada porque este suceso histórico se transmitirá de generación en generación...” (víctima indirecta del GAL, investigación víctimas del terrorismo 2013).

2. Necesidad de espacio suficiente para formas individuales y colectivas de memoria privada y pública, así como para el relato histórico

El libro de Donald Fraser, sobre historia oral de la guerra civil española, comienza con una cita del poema de Luis Cernuda, 1936, *Desolación de la quimera*:

*“Recuérdalo tú y recuérdalo a otros,
Cuando asqueados de la bajeza humana,
Cuando iracundos de la dureza humana:
Este hombre solo, este acto solo, esta fe sola.
Recuérdalo tú y recuérdalo a otros”.*

¿Nos encontramos en el momento actual ante una obsesión conmemorativa, una saturación de memoria, o más bien ante una cierta descoordinación y abuso de la retórica? ¿Son las políticas de memoria o conmemoración inherentemente buenas o fomentan el antagonismo y los deseos de venganza? (Rieff 2011).

Nuestras investigaciones constatan que existe un espacio suficiente y diferenciado para los proyectos y prácticas de memoria por parte de agentes privados, en los que prima la importancia de lo particular y de la participación de los propios afectados, así como para las políticas públicas de memoria. Tanto las prácticas privadas como las políticas públicas admiten usos públicos partidistas a través de políticas educativas o identitarias.

Tal y como se contempla en la Ley vasca 4/2008, la memoria es un derecho de las víctimas y también de la sociedad (ante el daño social y político del terrorismo), pero la memoria individual siempre diferirá de la memoria pública o colectiva y del informe científico del historiador o el victimólogo. En este sentido, la conceptualización de la memoria como derecho fomenta las políticas públicas pero plantea cuestiones complejas relativas a sus titulares y contenidos.

Siguiendo a Traverso (2007, 22; 25): “La memoria es cualitativa, singular, está poco preocupada por las comparaciones, por la contextualización, por las generalizaciones Es, a menudo, muy difícil para los historiadores que trabajan

con fuentes orales encontrar el justo equilibrio entre empatía y distancia, entre reconocimiento de las singularidades y perspectiva general”.

Las políticas de memoria (como reconocimiento y reparación simbólica) pueden apoyarse o no, y en diferentes grados, en el método histórico y victimológico (como conocimiento científico social). Para identificar los criterios diferenciadores –no siempre claros– entre memoria privada (individual o social), pública u oficial e historia, hemos de responder a las siguientes preguntas: ¿quién la hace?, ¿cómo la hace?, ¿con qué fin?

En todo caso, distintos estudios apuntan a las dimensiones sociales de la memoria individual, así como a las dimensiones subjetivas o individuales de la memoria colectiva. Raguer nos recuerda que Maurice Halbwachs formuló la teoría de la memoria colectiva, según la cual sólo recordamos aquello que tiene sentido en la comunidad en la que vivimos (2012).

Continuando con Raguer (2012): *“si hay tantas memorias como recordadores y tantas historias como historiadores, la verdad histórica objetiva es una utopía inalcanzable. Como dice el proverbio, cada cual cuenta la feria según como le fue en ella. Sin embargo, dejando de lado a los panfletistas o propagandistas de tal o cual ideología, con el acceso a los archivos y la diligencia de historiadores honestos se van aproximando las historias distantes”.* Este autor destaca la importancia de cuestionar los prejuicios aprendidos o socializados.

3. Las formas privadas y públicas de memoria, como reconocimiento de la injusticia sufrida, constituyen una forma de justicia, de reparación simbólica, particularmente de lo irreparable

Si la memoria es selectiva, podemos preguntarnos cuál es su relación con la verdad. La diferencia entre verdad y memoria estriba en el cuándo: la verdad es conocimiento (histórico, judicial, o mediante comisiones de verdad¹⁰) de la victimización y la memoria supone su reconocimiento.

Algunas víctimas consideran la memoria tan importante como otras formas de justicia vinculadas a los tribunales. Según se indica en el Decálogo *No a la impunidad*, aprobado en 2010 por las principales asociaciones de víctimas, por impunidad social o histórica podemos entender la falta de memoria o una memoria falsa; la ausencia de reconocimiento político de la propia responsabilidad; la educación en el olvido de lo que ha pasado y en el odio al otro; así como los deseos de la sociedad de pasar la página rápidamente.

Cabe preguntarse por qué a las víctimas les interesa tanto el relato. Además de considerar la dimensión sociopolítica de su victimización y el miedo a la impunidad histórica, las narrativas victimales constituyen una parte importante en los procesos

10. Podría pensarse en el Informe-base de vulneraciones de derechos humanos en el caso vasco (1960-2013), presentado en junio de 2013, bajo el encargo de la Secretaría de Paz y Convivencia del Gobierno Vasco, como una suerte de informe de una comisión de la verdad, lo cual quizá resulte demasiado pretencioso. Por otra parte, dicho informe ha sido criticado por no identificar con sus nombres a todos los asesinados y por no contar con la colaboración de al menos un historiador.

de recuperación tras sufrir un delito, cuando surgen la pregunta de “¿por qué a mí?”. De ahí la importancia de las narrativas personales de las víctimas que permiten dotar de sentido o integrar en la vida la victimización sufrida¹¹, sin admitir las justificaciones de la violencia. Esas narrativas pueden suponer una llave para el cambio psicosocial, pero también para la memoria. Aquí pueden jugar un papel complementario los encuentros restaurativos donde hay espacio para plantear preguntas, aunque no siempre se obtengan respuestas.

4. Relevancia para las víctimas de la memoria pública sobre la victimización primaria y secundaria, oculta o no, así como sobre las dificultades en los procesos de reparación individual y social

Sin perjuicio de los proyectos privados de memoria, las víctimas demandan una política pública que abarque las experiencias de victimización primaria y secundaria. En relación con ello, resultan relevantes las fuentes utilizadas en Victimología para el conocimiento de la victimización primaria, secundaria y de los procesos de recuperación y reparación. Además de las ya citadas encuestas de victimización e historias de vida, podemos aludir al estudio de las decisiones judiciales y de su impacto en las víctimas y en la sociedad como fuente para proyectos de memoria (Varona 2009).

En conexión con ello merece la pena profundizar de forma científica en el análisis del impacto victimal de la sentencia de la Gran Sala del TEDH sobre la denominada doctrina Parot (Núñez 2013). En un comunicado tras el fallo, en octubre de 2013, el Grupo de Estudios de Política Criminal manifestó su preocupación por el agotamiento del discurso penal racionalizador que está “*siendo arrinconado por un discurso bélico, de la venganza, emotivo y grosero, que reclama la criminalización a ultranza... y que no previene delitos futuros ni ayuda a las víctimas, a las que instala en la vivencia permanente del dolor*” (El País, 29-10-13).

No obstante, como indica Bueno Arús (2005): “*no se puede razonar como si el delincuente y el Estado estuviesen solos en el mundo y las decisiones estatales careciesen de repercusión en persona distinta del delincuente El Derecho está interactuando entre Estado, delincuente, víctima y sociedad en general*”. Por ello sorprende que no existan análisis victimológicos más profundos sobre el impacto victimal de dicho fallo, que ni siquiera menciona a las víctimas ya que se centra en la aplicación del principio de legalidad a los victimarios. Un análisis victimológico más amplio pondría de relieve el interés de las víctimas no tanto en la retribución, sino en la prevención, que entienden en peligro si se justifican las victimizaciones o no hay censura social y política de los victimarios, así como en los intereses detrás de la santificación o la culpabilización de las víctimas, cuando han sido las grandes olvidadas del Derecho penal.

De forma complementaria, dentro de los estudios victimológicos caben también las memorias individuales de los victimarios. Para una víctima que participó en los encuentros restaurativos, desarrollados entre 2011 y 2012: “*Estoy a favor de*

11. Antony Pemberton, investigador del Instituto de Victimología de Tilburg (INTERVICT) desarrolla un proyecto sobre estas cuestiones, financiado por la Fundación de Ciencia Holandesa (2013-2016), bajo el título *Historias de justicia e injusticia: Explorando las narrativas de las víctimas*.

hablar, otra cosa es negociar. Toda esta gente irá saliendo. Si salen arrepentidos, mejor. Sin más odios. ETA tiene que disolverse, los presos tienen que cumplir sus condenas. Pero ¿qué tiene esto de malo? Al que te pide perdón de verdad hay que escucharlo. Eso me enseñó mi fe. Le pregunté por qué se sentaba frente a mí. Me dijo que quería pedir perdón, mostraba un profundo arrepentimiento. Me habló de que algún día tendría que contárselo a sus hijos, que no podía dormir” (investigación 2012).

En general, mediante los estudios victimológicos se puede profundizar en los mecanismos de cosificación de las víctimas por sus victimarios a través de las llamadas técnicas de neutralización de la culpa (Sykes y Matza 1957)¹², analizando contextos *micro*, *meso* y *macro*. También se puede abarcar la memoria de los grupos sociales que apoyaron el terrorismo, así como la memoria de la sociedad indiferente, donde también cupieron ciertos comportamientos solidarios y altruistas.

5. El conocimiento victimológico puede informar la toma de decisiones respecto de las políticas de memoria, para aminorar la victimización secundaria, asegurando el respeto de una serie de principios

En la normativa internacional se reconoce el derecho a la memoria de las víctimas de vulneraciones graves de derechos humanos. La práctica, muchas veces a través de proyectos privados pero también públicos, muestra la demanda de actos de memoria o conmemoración por parte de personas que han sufrido, de forma directa o indirecta, una victimización grave. En la normativa española y vasca sobre víctimas del terrorismo se establece un correlativo deber de memoria y de ahí la justificación de las políticas de memoria, pero ¿con qué orientación y contenido?

Aquí cobra importancia la ética de las políticas de memoria. Según Gesto por la Paz (2011, 1): la memoria de las víctimas directas e indirectas *“nos permitirá crear un futuro con dignidad, justicia y libertad... Hemos de trabajar por una memoria inclusiva que acoja y recoja a todas las víctimas con sus especificidades y su singularidad. Pero en ningún caso, aceptamos que bajo el epígrafe de TODAS se pretendan establecer equiparaciones distorsionantes con las que evitar nombrar la realidad y conocer y reconocer lo sucedido o se pretendan establecer inmorales justificaciones de actuaciones absolutamente condenables”*.

Según nuestros estudios deben respetarse al menos los siguientes seis principios que refuerzan la legitimidad y adecuación de las políticas de memoria, más aún cuando se decide sobre el destino de recursos públicos escasos. Esto tiene que ver con

12. Estas técnicas se pueden expresar de la siguiente manera:

1. “No soy responsable”.
2. “No he hecho daño a nadie o no era para tanto”.
3. “No hay víctima, se lo merecía”.
4. “No tienen derecho a juzgarme porque no son imparciales o son también responsables”.
5. “Obedezco a un propósito superior”.

Cfr. la posible reinterpretación de esta teoría por Butler (2010).

la justicia procedimental en que importa tanto o más el simbolismo y cómo se hace que el qué se hace.

- 1) Participación coordinada entre las personas afectadas, los políticos, los técnicos, los investigadores y la sociedad. Las políticas de memoria no están destinadas sólo a las víctimas, pero en modo alguno resulta coherente hacerlas sin ellas.
- 2) Igualdad, sin víctimas mejor tratadas o recordadas que otras.
- 3) Diversidad y pluralismo político¹³.
- 4) Asunción de responsabilidades y deslegitimación del terrorismo y la violencia.
- 5) Claridad en el lenguaje y fundamentación científica, rechazando intereses partidistas.
- 6) Coherencia con otras políticas públicas¹⁴.

IV. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN-ACCIÓN PARTICIPATIVA EN EL CAMPO DE LA VICTIMOLOGÍA

A lo largo de estas páginas hemos aludido a la elasticidad del concepto social y jurídico de víctima y de los relatos justificadores de las victimizaciones graves, junto con los riesgos de la memoria como instrumento político de reparación simbólica (del daño personal, social y político) y de pedagogía pública. Surge así la tensión entre la memoria como herramienta de construcción de una identidad nacional excluyente o como reafirmación del valor de la defensa constante de la democracia. También aparece la tensión entre la memoria como la actualización del sufrimiento, desigualmente repartido y reconocido, y mecanismo de empatía solidaria o como celebración de los derechos humanos.

Según el historiador Pierre Vilar: *“Retengamos que la Historia está hecha de lo que unos quisieran olvidar, y de lo que otros no pueden olvidar. Es tarea del historiador averiguar el porqué de una cosa y de la otra”*¹⁵. Por su parte, de acuerdo con Francesc-Marc Álvaro (2012): *“... existe una obligación de acometer una operación epistemológica básica y que la historia ha de tener una disciplina de ejercicio crítico y documentado para entender el pasado con cierto distanciamiento. La memoria, en cambio, es hija de un trauma y no la podemos separar de la emoción ni de su sobrecarga emocional... La memoria no es sinónimo de recuerdo, sino que es producto de la tensión entre el recuerdo y el olvido. Lo que no pueden hacer las administraciones públicas es fijar una memoria oficial.*

13. Recordando un artículo reciente de Joseba Arregi (2013b), pluralismo, subjetivismo y dinamismo (en la memoria) no significan minusvalorar la gravedad ni tampoco la ausencia de la posibilidad de hablar con objetividad de la victimización a través, entre otras disciplinas, de la Historia o la Victimología.

14. De nada servirían unos buenos archivos históricos y de memoria, en contenido y formato, sin una asimilación permanente de los conocimientos y un pensamiento crítico dentro de los diferentes foros educativos.

15. Citado por Hilari de Raguer en las Jornadas sobre Manuel de Irujo, septiembre de 2001.

*Su trabajo es garantizar la restitución a las víctimas y las operaciones de resarcimiento que correspondan. Cualquier memoria oficial, singular, hecha por ley por la administración es imposible de aceptar*¹⁶.

Hoy no parece posible una memoria compartida o común democrática sobre el terrorismo en el País Vasco en cuanto que todavía hay sectores políticos y sociales relevantes que lo justifican y no hay acuerdo en la interpretación de los hechos. Quizá nunca lo haya. Los distintos partidos políticos, a los que el terrorismo afectó de distinta manera, lo conciben de forma diversa, si bien éste atacó a la base misma de la democracia, mientras que muchos ciudadanos permanecieron más o menos indiferentes (Montero 2013). Prueba de estas dificultades es la falta de consenso político en la celebración del día de la memoria en la CAPV, establecido por el Gobierno Vasco en 2010 y cuya fecha se eligió porque era el único día del año en que no había habido atentados, aunque quizá sí otras victimizaciones terroristas graves.

La pretensión de una política de memoria informada por los estudios académicos (Historia, Victimología, etc.) choca con la evidencia del uso político de la misma, pero ello no impide el trabajo científico sosegado al margen de dicha política (Rivera 2013). Como expresa Juliá (2010, 335): *“La memoria no es un depósito; es, más bien, un flujo, una corriente, cuyo curso y caudal el paso del tiempo modifica... Un momento de construcción sobre un momento de herencia...”* (Juliá 2010, 335). Por ello terminamos este texto con el esbozo de una propuesta de investigación-acción, a medio y largo plazo, en el campo de la Victimología en conjunción con el Arte¹⁷.

Se trataría de fomentar y evaluar proyectos participativos de reparación y memoria, centrados en intervenciones en el espacio de la victimización, tal y como se percibe por las víctimas directas e indirectas –a través de generaciones–, como lugar cotidiano de relaciones sociales¹⁸. Estos proyectos podrían dirigirse particularmente a victimizaciones secundarias ocultas, cuando las personas no quieren o no pueden evitar dichos lugares. Se estudiarían las percepciones de las víctimas sobre esos lugares y cómo aquéllas condicionan sus comportamientos, si bien el proyecto se centraría fundamentalmente en el estudio de sus propias propuestas de memoria reparadora en dichos espacios.

16. Entrevista a Francesc-Marc Álvaro, LaVanguardia.com, 28.03.12, accesible en <http://www.lavanguardia.com/libros/sant-jordi/20120328/54278348227/francesc-marc-alvaro-la-memoria-historica.html>.

17. Las siguientes palabras de la escritora Rosa Montero expresan bien estas cuestiones (2013, 119): *“... es el truco más viejo de la Humanidad frente al horror. La creatividad es justamente esto: un intento alquímico de transmutar el sufrimiento en belleza. El arte en general, y la literatura en particular, son armas poderosas contra el Mal y el Dolor. Las novelas no los vencen (son invencibles), pero nos consuelan del espanto. En primer lugar, porque nos unen al resto de los humanos... Pero además el sortilegio funciona porque, cuando el sufrimiento nos quiebra el espinazo, el arte consigue convertir ese feo y sucio daño en algo bello... Hay que hacer algo con todo eso para que no nos destruya, con ese fragor de desesperación, con el incabable desperdicio, con la furiosa pena de vivir cuando la vida es cruel. Los humanos nos defendemos del dolor sin sentido adornándolo con la sensatez de la belleza”*.

18. En la actualidad se fomentan actividades más dinámicas y creativas para que los monumentos o placas no se conviertan en una parte más del mobiliario urbano, invisible con el paso del tiempo para las personas que transitan por la población.

Siguiendo al historiador Snyder (2011, 478-479.): “A nosotros los estudiosos nos corresponde buscar esos números y situarlos en perspectiva. A nosotros, como humanistas, nos toca transformar de nuevo esos números en personas”. La Victimología puede ofrecer modestamente una perspectiva más, enfocando los procesos de victimización y sus respuestas. Sin perder el método científico, ese enfoque hace que las víctimas sean sujetos protagonistas y no meros objetos de investigación. De ahí la relevancia de sus voces, de sus testimonios, como fuente esencial –aunque no única– de conocimiento, de forma que pueda revertirse la deshumanización y la invisibilidad producidas.

Según Antonio Beristain (2007, 241): “Gracias a la memoria se progresa aunque aparentemente se retrocede”. Ello implica un cuestionamiento de la idea misma de progreso. No se trata de pasar página para ir más adelante o más rápido, sino de conservar de forma científica, pero también participativa y artística, las voces de las víctimas y los contextos de su victimización. Sin dejar a nadie en la cuneta, para convivir en democracia, en libertad y en paz, sin identidades excluyentes, ello implica preguntarse: ¿cómo es posible que seres humanos hayan ejercido y justificado tanta violencia contra otros seres humanos en un tiempo y en lugares concretos de nuestra avanzada Europa?

Ante la respuesta a esta pregunta tenemos innumerables retos, de los que finalmente pueden destacarse dos:

- El reto de preservar y facilitar el acceso a los diferentes archivos y a la documentación escrita y audiovisual relativa a las victimizaciones graves.
- El reto de encontrar lenguajes significativos de memoria (con creatividad audiovisual y artística) para futuras generaciones, sin perder profundidad en el análisis científico.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. 2008. *Políticas de la memoria y memorias de la política*. Madrid: Alianza.
- ALONSO ZARZA, Martin, coord. 2012. *El lugar de la memoria. La huella del mal como pedagogía democrática*. Bilbao: Bakeaz.
- ARENDDT, Hannah [1965] 2001. *Hombres en tiempos de oscuridad*. Barcelona: Gedisa.
- ARREGI, Joseba. 2013a. Víctimas y democracia, *El Correo*, 23.11.13.
2013b. Aleccionando a las víctimas, *El Diario Vasco*, 29.10.13.
- BAR, Moshe. 2011. *Predictions in the Brain: Using our Past to Generate a Future* New York: Oxford University Press.
- BARTLETT, F. 1932. *Remembering: A Study in Experimental and Social Psychology*. Cambridge: Cambridge University Press.
- EFRAT BEN-ZE'EV, Efrat, Ruth GINIO y Jay WINTER, eds. 2010. *Shadows of War. A Social History of Silence in the Twentieth Century*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. 2007. *Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- BILBAO, Galo, Felicísimo MARTÍNEZ, Reyes Mate y Marcos R. Ruiz. 2013. *Postterrorismo. De la culpa a la reconciliación*. Barcelona: Anthropos.
- BUENO ARÚS, F. 2005. Prólogo. En *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*. Madrid: Colex.
- BUTLER, Judith. 2010. *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*. Barcelona: Paidós.
- CARLSMITH, Kevin M., Timothy D. WILSON y Daniel T. GILBERT. 2008. The Paradoxical Consequences of Revenge, *Journal of Personality and Social Psychology*: 1-9.
- CUESTA, Cristina. 2000. *Contra el olvido. Testimonios de víctimas del terrorismo*. Madrid: Temas de Hoy.
- ECHEBURÚA, Enrique. 2013. Modulación emocional de la memoria: de las vivencias traumáticas a los recuerdos bibliográficos. Ponencia inaugural del curso académico 2013-2014 del Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua. Donostia-San Sebastián, 7 de noviembre de 2013.
- ETXEBERRIA, Xabier. 2010. Víctimas y memoria, *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global* 109: 57-65.
- FRASER, Ronald. 1979. *Recuérdalo tú y recuérdalo a otros. Historia oral de la guerra civil española, I*. Barcelona: Crítica.
- Gesto por la Paz. 2011. Lugares para la memoria. Rueda de Prensa, 13 de diciembre de 2011.
- GÓMEZ ISA, Felipe, dir. 2006. *El derecho a la memoria*. Irun: Alberdania.
- GÓMEZ MORAL, Ana Rosa. 2013. *Un gesto que hizo sonar el silencio*. Bilbao: Coordinadora Gesto por la Paz de Euskalherria.
- GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. *Memoria e historia. Vademécum de conceptos y debates fundamentales*. Madrid: La catarata.
- JULIÁ, Santos. 2010. *Hoy no es ayer*. Barcelona: RBA.
- JUDT, Tony y Timothy Snyder. 2012. *Pensar el siglo XX*. Madrid: Taurus.
- LETSCHERT, Rianne y Conny RIJKEN. 2013. Rights of Victims : Tensions between an Integrated Approach and a Limited legal Basis for Harmonisation, *New Journal of European Criminal Law* 4, 3: 224-254.
- MATE, Reyes. 2013. *La piedra desechada*. Madrid: Trotta.
- MONTERO, Manuel. 2013. Recuerdos enfrentados, *El Correo*, 20.11.13.
- MONTERO, Rosa. 2013. *La ridícula idea de no volver a verte*. Barcelona: Seix Barral.
- MUNTÉ, Rosa-Auria. 2011. The Convergence of Historical Facts and Literary Fiction: Jorge Semprún's Autofiction on the Holocaust, *Forum: Qualitative Social Research* 12, 3.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. 2013. La "doctrina Parot" y el fallo del TEDH en el asunto Del Río Prada c. España: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 9: 377.
- Organización Mundial de la Salud, RoadPeace y European Federation of Road Traffic Victims. 2008. *Día Mundial de Conmemoración de las víctimas del tránsito: una guía para la organización de actividades*. Washington: Organización Panamericana de la Salud.
- ORTIZ DE ORRUÑO, José M^º y José Antonio PÉREZ, coords. 2013. *Construyendo memoria. Relatos históricos para Euskadi después del terrorismo*. Madrid: La Catarata.

- PÉREZ PÉREZ, José Antonio. 2010. La memoria de las víctimas del terrorismo en el País Vasco: un proyecto en marcha. En *Violencia política. Historia, memoria y víctimas*, editado por Antonio Rivera y Carlos Carnicero Herreros. Madrid: Maia.
- POLLACK, Michael. 1989. Memoria, olvido, silencio. Traducción de Renata Oliveira para el curso de posgrado en Antropología de la Memoria y la Identidad, Maestría en Historia y Memoria de la UNL. Texto publicado originalmente en portugués en la *Revista de Estudios Históricos* 2, 3: 3-15.
- RADSTONE, Susannah y Bill SCHWARZ, eds. 2010. *Memory: Histories, Theories, Debates*. Nueva York: Fordham University Press.
- RAGUER, Hilari. 2012. La historia, la memoria y el olvido, *El País Cataluña*, 17.04.12, accesible en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/04/17/catalunya/1334689078_692318.html.
- RIEFF, David. 2011. *Against Remembrance*. Melbourne: Melbourne University Press.
- RIVERA, Antonio. 2013. Entrevista, *Boletín periódico digital de la Fundación Fernando Buesa* 43: 1-5.
- RUIZ SOROA, José María. 2013. Privatizar las víctimas, *elpais.com*, 06.11.13.
- SCHUBOTZ, Dirk, Martin MELAUGH y Peter MCLOUGHLIN. 2011. Archiving Qualitative Data in the Context of a Society Coming out of Conflict: Some Lessons from Northern Ireland, *Forum: Qualitative Social Research* 12, 3.
- SNYDER, Timothy. 2011. *Tierras de sangre. Europa entre Hitler y Stalin*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- SYKES, Gresham M. y David MATZA. 1957. Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency, *American Sociological Review* 22: 664-670.
- TRAVERSO, Enzo. 2007. *El pasado, instrucciones de uso. Historia, memoria, política*. Madrid: Marcial Pons.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema. 2009. Evolución jurisprudencial en la interpretación de diversos aspectos de la ejecución de sentencias condenatorias en materia de terrorismo de ETA. En *Aplicación de la normativa antiterrorista*, dirigido por J. L. de la Cuesta e I. Muñagorri. Donostia-San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología.
2013. The Meaning of Impunity: What do Victims, Offenders and Society Think of Restorative Encounters in the Context of ETA Terrorism in Spain? *Restorative Justice: An International Journal* 1, 2: 215-243.
- WEMMERS, Jo-Anne, ed. 2014. *Reparation for Victims of Crimes against Humanity: The Healing Role of Reparation*. Londres: Routledge.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
201-221

HISTÓRICAS E ILUSTRADAS OPINIONES

Veintiún años de historia vasca contada a través de artículos de opinión, de diferentes personas, ilustrados por el autor y publicados en *El Diario Vasco* (1992 / 2013)

Josemari ALEMÁN AMUNDARAIN

Ilustrador

Resumen: Tras una introducción a la ilustración editorial, un resumen de los veintiún años (1992 / 2013) de la historia política vasca, a través de una selección de artículos de opinión publicados en *El Diario Vasco*, escritos por diferentes colaboradores, habituales o no, e ilustrados por Josemari Alemán Amundarain, y que recogen los momentos más destacados de la ofensiva terrorista de ETA y las distintas reacciones del gobierno, las fuerzas del orden, los movimientos sociales y las múltiples asociaciones de la izquierda abertzale. Los atentados, los secuestros, las treguas, las negociaciones, los comunicados, los acuerdos, etc., en un recorrido por 62 ilustraciones de diferentes épocas y estilos.

Laburpena: Hasteko, prentsa-ilustrazioari buruzko sarrera; gero, euskal politikaren historiaren hogeita bat urteen (1992-2013) laburpena, *El Diario Vasco* egunkarian argitaratutako iritzi-artikulu batzuen bidez. Artikulu horiek ohiko eta ez-ohiko kolaboratzaileek idatziak dira, eta Josemari Alemán Amundarainek irudizatu ditu; ETArek eraso terroristaren une garrantzitsuenak biltzen dituzte, baita gobernuak, segurtasun-indarrek, gizarte-mugimenduek eta ezker abertzaleko hainbat erakundek izandako erreakzioak ere. Atentatuak, bahiketak, su-etenak, negoziazioak, adierazpenak, hitzarmenak eta abar, zenbait garai eta estilotako 62 ilustrazioz osatutako ibilbidean barrena.

Résumé: Après une introduction à l'illustration éditoriale l'auteur fait un résumé de vingt et un ans de l'histoire politique Basque (1992/2013) à travers une sélection d'articles d'opinion publiés dans le journal *El Diario Vasco*, rédigés par les différents contributeurs, habituels ou non, et illustrés par lui. Ces articles recueillent les faits saillants de l'offensive terroriste de l'ETA et les différentes réactions du gouvernement, des forces de l'ordre, des mouvements sociaux et des multiples associations de la gauche nationaliste Basque (appelée en Basque gauche « abertzale ») ainsi que les attentats, enlèvements, trêves, négociations, communiqués, accords, etc., sur un tour de 62 illustrations de différentes époques et de styles.

Summary: Following a brief introduction to editorial illustration, an overview of twenty-one years (1992/2013) of Basque political history is provided through a selection of opinion pieces published in *El Diario Vasco* written by several contributors, some regular and some not, illustrated by Josemari Alemán Amundarain. These opinion pieces cover the highlights of ETA's terrorist offensive and the different reactions of government, the law enforcement agencies, social movements and various nationalist left-wing organisations (izquierda abertzale). An overview of the attacks, kidnappings, ceasefires, negotiations, announcements and agreements, among others, will be provided by way of a journey through 62 illustrations from different times and in different styles.

Palabras clave: Ilustración editorial, ofensiva terrorista de ETA, movimientos sociales.

Hitz gakoak: Prentsa-ilustrazioa, ETAREN eraso terrorista, gizarte-mugimenduak.

Mots clés : Illustration éditoriale, offensive terroriste de l'ETA, mouvements sociaux.

Keywords: Editorial Illustration, ETA's terrorist offensive, social movements.

INTRODUCCIÓN

La ilustración

La ilustración ha sido siempre considerada como un arte menor, destinada a iluminar un texto que, realmente, es el protagonista. Los monjes copistas medievales decoraban los códices y cantoriales, uno a uno, para ayudar a comprender la lectura de los textos y a alegrar aquellas enormes hojas. Hay que tener en cuenta que el pueblo era generalmente analfabeto. No tanto los nobles y clases acomodadas a quienes iban destinados, y que pagaban por ellos importantes cantidades de dinero, que servirían para el mantenimiento de la comunidad del monasterio. Porque aquellos monasterios tenían que ser como grandes empresas, en las que cada miembro cubría una función, más allá de la oración, para asegurarse el sustento diario y el mantenimiento del edificio y otros gastos.

Pero el trabajo necesario para terminar una copia de aquellos pesados códices, era enorme y podía demorarse varios años, en manos de diferentes monjes especializados en distintas funciones, desde quien preparaba los pergaminos, copiaba los textos, realizaba las ilustraciones o encuadernaba y cosía las hojas. Así pues el rendimiento de difusión de los textos sagrados entre los creyentes era muy bajo.

En Europa, aparece la imprenta, a mediados del XV, y se produce la edición de libros en serie. Al principio, la técnica de impresión, se llamó xilografía, por utilizarse planchas de madera tallada que, además del costoso procedimiento de preparar la tabla, se imprimían muy pocas copias antes de quedar inútiles. Los chinos llevaban ya tiempo utilizando caracteres de porcelana, con buen rendimiento, a pesar de la complejidad de su escritura y la cantidad de signos. Pero fue Gutenberg, con el *Misal de Constanza* quien inauguró la Edad de la Imprenta en Alemania. Era el año 1449. Un año más tarde emprendía su famosa apuesta de realizar 150 *Biblias* en la mitad de tiempo que, el mejor de los monjes copistas fuera capaz de terminar una. A él se debe la utilización de la tipografía de tipos móviles, fundidos en una aleación de hierro y que se montaban en cajas de 41 líneas, con las que se imprimía cada hoja. Se dejaban huecos para las ilustraciones, adornos y capitulares que se imprimían en xilografía en una segunda fase, que se iluminaban, una a una, por especialistas. De aquellas 150 *Biblias* solo quedan, en la actualidad, 21 completas y otros tantos trozos de diferentes tamaños. Alguno de una sola hoja, y están repartidos por todo el mundo.

Y fue, quizás, Gustave Doré (Estrasburgo 1832 / París 1882), la figura que simboliza al primer ilustrador profesional de Europa. Comenzó a publicar sus grabados con quince años y, en los 35 restantes hasta su muerte, ilustró, quizás, más de un centenar de libros, de los que algunos han llegado hasta nosotros, como *La Biblia*, *El Quijote* o *La Divina Comedia*. Llegó a cobrar 50.000 libras esterlinas por 180 dibujos en los que retrataba el Londres de 1872. Un trabajo que fue criticado por mostrar

la pobreza y la sociedad de esta ciudad pero, el libro *London: A Pilgrimage*, con sus ilustraciones, fue un gran éxito editorial.

Si con Doré y otros artistas de su época, la ilustración tomó el rango de la novela ilustrada, es con la llegada de la prensa cuando la noticia y la imagen, se reparten el protagonismo y pueden llegar a prescindir la una de la otra. Y la imagen toma, en algunos casos el recurso del humor, para hacerse independiente y protagonista. Y aparece la caricatura, el cómic, la historieta, las tiras cómicas, el chiste. El pintor francés Honoré Daumier (1808 / 1879), fue un reconocido caricaturista y dibujante que colaboró con varios periódicos y revistas de su época, que se hicieron populares, en todo el mundo, durante la tercera década del XIX. En España fue muy difundida, la revista liberal y anticarlista, *La Flaca*, que tomó diferentes nombres debido a la censura.

En EEUU, tuvo gran influencia la tira cómica, con su precursor personaje, *Yellow Kid*, que se publicó en el *World* en 1893 y que algunos ponen como origen del cómic. En este momento se publican en todos los periódicos del mundo tiras clásicas americanas tan reconocidas como *Garfield*, *Olaf el vikingo*, o *Calvin and Hobbes*, o historietas argentinas como *Mafalda*.

Pero es realmente tras la aparición de la fotografía y su aplicación en la prensa, cuando la ilustración que se publica en este medio toma otros caminos. Las fotografías acompañan a la noticia y la enriquecen con sus imágenes captadas por los objetivos oportunos y unos profesionales que están a la caza constante, fuera de sus estudios. Las ilustraciones, que pueden ser más o menos creativas acompañan a las columnas de opinión, editoriales o secciones de humor, aportando ese valor subjetivo del autor.

Con la evolución técnica, los procedimientos digitales, que eliminan los procesos de revelado químico, y los envíos por internet, la fotografía puede estar presente en las guerras, espectáculos, catástrofes e importantes acontecimientos, llegando con gran rapidez al periódico y supliendo, a veces en interés, al reportaje escrito. Así pues, hay publicaciones en las que, el reportaje gráfico, es lo importante y el texto que lo acompaña es, a veces, perfectamente prescindible. En esta línea se publican revistas especializadas en reportajes fotográficos sobre la naturaleza, donde el reportaje escrito lo hace el propio fotógrafo.

Aunque la prensa escrita aparece en España a mediados de XVII, no llega al gran público hasta comienzos del XIX. Abundan las de contenido político, llenas de historietas y viñetas donde se ridiculiza al gobierno y las monarquías. Los contenidos periodísticos son acompañados de ilustraciones de tipo narrativo hasta la llegada de la fotografía, a mediados del XIX. A partir de ese momento el ilustrador aporta su interpretación, en forma de caricaturas, chistes o cómic.

En la prensa actual, las noticias se acompañan de fotografías y las opiniones de ilustraciones, que pueden ser más o menos literales con el texto. Comienza a llamarse, a éstas, Ilustración Editorial, porque en ocasiones es tan interpretativa del contenido, como el propio texto, pues ambos usan de igual manera, la ironía, la metáfora, la paradoja, la caricatura, el humor y todos los recursos narrativos a través de las imágenes o las palabras. Es que la fotografía y la noticia periodística tiene que ver con la historia, con el relato objetivo de los hechos que transcurren día a día. El editorial y el artículo de

opinión, aportan a la noticia los sentimientos, las sensaciones, las interpretaciones, valoraciones o juicios de ese relato histórico. En ese sentido, las ilustraciones que acompañan a esos textos, gozan de la misma subjetividad interpretativa.

El flujo de la noticia

Los editoriales y artículos de opinión tienden a moverse sobre la cresta de las noticias, que llegan como por oleadas y de manera imprevisible, de manera que un artículo de gran interés, puede pasar al cajón del olvido con la llegada de una noticia urgente. Una noticia puede ocupar varias páginas de un diario, o la mitad del tiempo de un telediario, desplazando a otras. Por esa razón, los responsables de opinión guardan en su cajón una serie de artículos que irán publicando y dosificando en función de la oportunidad y del interés del propio medio. Algunos no se publicarán nunca. Por otra parte, cada medio tiene, además del flujo de colaboradores ocasionales, una serie de articulistas, analistas y columnistas, de confianza, a los que encarga los artículos de urgencia especializados. Y un grupo de ilustradores especializados en diferentes secciones a los que moviliza en las ocasiones especiales. Teniendo en cuenta estas circunstancias, la elasticidad y los reflejos de los medios con la llegada súbita de la noticia, han de ser los de un portero de balonmano, en constante estado de alerta. Y esa capacidad de reacción han de transmitirla al articulista y al ilustrador que, en ocasiones, solo cuenta con menos de una hora para desarrollar su trabajo y enviarlo al medio, antes de que las rotativas comiencen a imprimir la edición correspondiente.

Naturalmente las nuevas tecnologías han ayudado mucho en la realización, el envío y la maquetación de las páginas. Pero no elimina la servidumbre de la disponibilidad de los implicados, que son generalmente colaboradores autónomos, y que deben estar en estado de alerta en un horario que otras personas utilizan para socializar o estar con la familia. Y constantemente informados y conectados a la noticia que salta. No es el caso de los viñetistas, caricaturistas o ilustradores de magazines y revistas, que cuentan con una semana de tiempo entre una entrega a otra, y generalmente ellos eligen el tema o personaje.

Recuerdo hace solo quince años, cuando se trabajaba el original sobre papel, con tinta china y técnicas manuales, que luego había que fotocopiar y enviar por mensajero al periódico. Era imposible ilustrar un artículo de encargo (enviar el texto a la oficina de Santa Catalina, ir a recogerlo, leerlo, hacer la ilustración, dejar que se secase, hacer la fotocopia en la tienda que cerraba a las ocho de la tarde, llevarla de nuevo a Santa Catalina antes de que el último mensajero saliese...). Toda una tarde para un trabajo con demasiado trámite y un precio que no compensaba las horas invertidas. La opción era hacer series de ilustraciones sobre asuntos más o menos probables y mandarlos a una carpeta que iba engordando a cuenta de las ilustraciones no publicadas. En este momento, en una hora se resuelve todo el proceso. Incluso la ilustración se envía por FTP y se coloca automáticamente en la maqueta.

Mi trabajo en ilustración de opinión

En mi caso concreto, llevo como veinte años ilustrando artículos de opinión, lo que puede dar, alrededor de 4.000 / 5.000 ilustraciones, en diferentes estilos que han ido cambiando con los tiempos, adaptándose a las nuevas tecnologías. Del blanco y negro, al color; del original en papel, al archivo jpg, y utilizando diferentes recursos

narrativos que se han ido adaptando a los tiempos y al lenguaje. En cuanto a los temas, que eran reflejo de la actualidad y sus acontecimientos más destacados, me ha tocado ilustrar, entre otras cosas, toda la historia de terror de ETA, desde que comenzó con los asesinatos de policías y civiles por el 93, los secuestros y atentados a fuerzas del orden, políticos, empresarios y funcionarios; el Pacto de Estella, las diferentes treguas, el Plan Ibarretxe, etc., hasta el momento actual, en que nos han impuesto la paz aquellos que, antes nos imponían la guerra.

He procurado hacer un recorrido bastante representativo y variado de esta historia de más de veinte años, seleccionando las ilustraciones más representativas que han acompañado a artículos de los columnistas más habituales de *El Diario Vasco* en este período que va desde 1992 al 2013.

ILUSTRACIONES EDITORIALES EN *EL DIARIO VASCO* 1992/2013

Los comienzos

Mi colaboración con *El Diario Vasco* comienza en junio de 1984, cuando apareció el *Devórame*, con una tira cómica que se llamaba *Heavy Potrollo*. Aquella tira duró dos años y en octubre de 1991, Álvaro Bermejo me propuso un proyecto de entrevistas a las que yo aportaba una caricatura del personaje. Esta sección, de nombre *Meridiano Cero*, tuvo gran éxito y duró como siete u ocho años y en ese tiempo colaboré también en otras secciones, entre ellas la de Opinión. La primera ilustración, de esta serie, me la encargó José Luis Minondo el 26 de mayo de 1992, y era para un artículo sobre El Quijote del chileno Jorge Edwards. He perdido la página, pero no la ilustración, que, entre el envío del texto por mensajero, su lectura, su ilustración, la fotocopia y el envío de vuelta al diario, me llevó toda una tarde. Está realizada sobre papel couchée brillante con tinta china y pintura acrílica aplicada con un cepillo de dientes; una técnica que funcionaba bien porque las fotocopadoras de entonces no resolvían los grises, solo los negros.

Al día siguiente me encargó otra más, y así comenzó mi colaboración en esta sección, de manera más o menos regular, con una cadencia de unas 4 por semana. Los encargados de esta sección eran los dos subdirectores, José Luis Minondo y José María Otegui. Hasta entonces se habían utilizado fotografías que, para destacarlas del resto, se les daba un tratamiento digital. Estas imágenes fueron desapareciendo poco a poco.

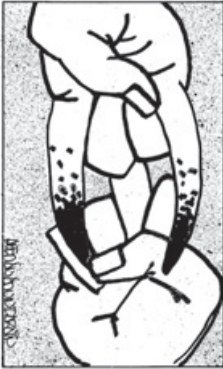


El Quijote (27/05/1992)
Jorge Edwards



La renuncia de Francia a la grandeur (28/05/92)
Ricardo Miralles

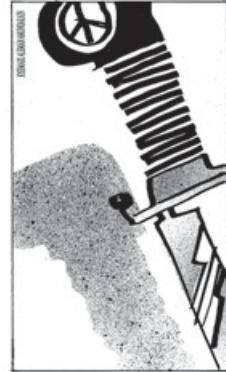
A partir de la tercera o cuarta ilustración, y ante la complicación del proceso, quedamos en hacer un fondo de ilustraciones, que cubriera los temas de actualidad. Luego ellos elegirían la más adecuada y adaptarían el formato en la maquetación.



Final feliz (27/12/1992)
José María Calleja
Sobre la detención de la cúpula de ETA en Bidart.



La cría de la bestia
(11/02/1995)
Aurelio Arteta
Sobre los jóvenes que se incorporan a ETA.



La tolerancia, condición humana
(19/03/1996)
Luis María Bandrés
La tolerancia es propia de la cultura...

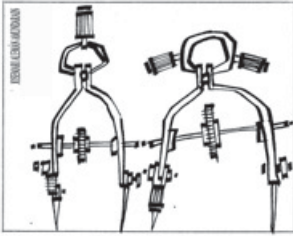


No a la alternativa de ETA (23/05/1996)
Javier Elzo
Sobre la Alternativa Democrática de ETA.



Conflictos concéntricos
(06/06/1996)
Javier Otaola
Sobre el conflicto político democrático y el terrorista.

Por estos años 96, se hace un cambio en la maquetación del diario y afecta a la sección de Opinión. Se estandarizan los formatos de las ilustraciones, en dos (horizontal y vertical), y éstas adquieren más importancia y un lenguaje más poético. Se crea, también, la sección de Debate en la edición de los domingos, también ilustrada.



Austrias, Borbones y Vascos
(24/08/1996)

Ernest Lluch

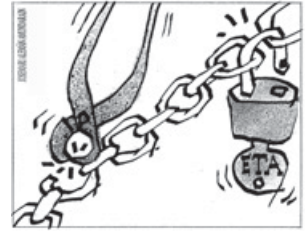
Sobre la situación de vascos, navarros y la Corona de Aragón, tras la Guerra de la Sucesión (1701/1714). Por esta época utilicé bastante la imagen de los compases y las bigoterías. Las usaba como personajes y me gustó mucho esa metáfora.



Legítimo, legal, oportuno, humano
(01/10/1996)

José Ramón Recalde

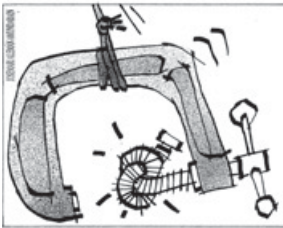
Sobre la confrontación de los nacionalistas con el Gobierno central.



Liberados (02/07/1997)

Antonio Papel

Sobre la liberación de los secuestrados Cosme Delclaux y Ortega Lara, el mismo día. El primero por decisión de ETA y el segundo por la intervención de la Guardia Civil.



No habrá más olvido

(19/07/1997)

Raúl González Zorrilla

Reflexiones tras el secuestro y asesinato de Miguel Ángel Blanco.

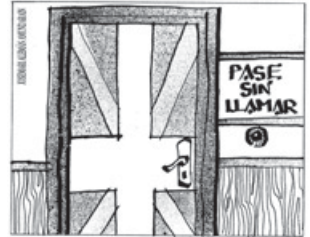


Nosotros, las víctimas

(15/09/1997)

Teresa Díaz Bada

Tras la campaña de HB, Euskal Herria Askatu, utilicé varios lemas parecidos: Euskal Herria Esnatu, Euskal Herria Asmatu... Fue una época de una gran agresividad y, en esta campaña, la izquierda abertzale estuvo muy activa.

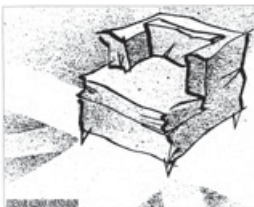


El déficit institucional de la política contra ETA

(19/01/1998)

Fernando Buesa

Reclamando a las instituciones democráticas una política clara frente al terrorismo.

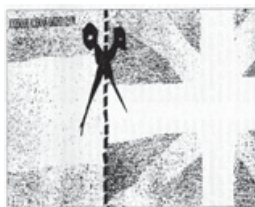


Augurios, milagros y trampas

(19/08/1998)

Josu Cepeda

Sobre los acuerdos de Lizarra.

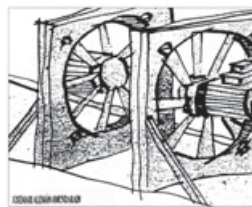


La tregua: de Ermua a Estella

(22/08/1998)

Carlos Martínez Gorriarán

Más sobre los acuerdos de Lizarra.



La hora de la verdad

(23/08/1998)

Gurutz Jauregui

Más sobre los acuerdos de Lizarra.



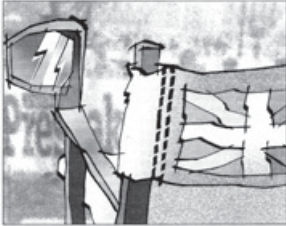
Esperanza y futuro como derechos-deberes del preso

(13/04/1999)

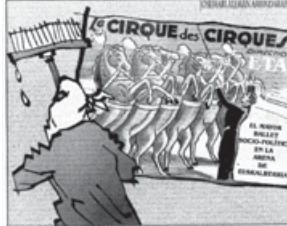
Antonio Beristain S.J.

Sobre las conversaciones con un preso de Martutene.

Por esta época entro en contacto directo con la era digital. Para entonces ya usaba el ordenador para otras cosas y con un amigo. Me compré uno y comienzo a usarlo como herramienta de trabajo. Al principio escaneando los dibujos a línea y dando grises con Photoshop, más tarde utilizando fotografías, filtros y textos.



Cada uno (07/10/1999)
Joaquín Elósegui Amundarain
Reflexiones tras un año de tregua.



Ambigüedad o engaño
(05/12/1999)
José Luis Zubizarreta
Tras el anuncio de ETA del final de su tregua.



Vamos a ganar
(10/03/2001)
Joseba Arregi
Planteamientos para derrotar a ETA desde la democracia.



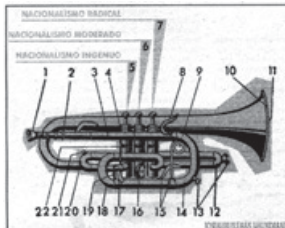
Muerte de un barojiano
(09/05/2000)
Santiago Aizarna
Tras el asesinato de José Luis López de la Calle. Tengo la impresión de que los textos aportan carácter a la ilustración. Comienzo a utilizar otros programas que me dan otros recursos.



Jaime Mayor Oreja
Ramón Jauregui
Josu Jon Imaz
Tras el asesinato de Santi Oleaga (25/05/2001). Esa noche trabajé con auténtica rabia y, al día siguiente, se publicaron dos o tres ilustraciones muy potentes. Luego se organizó una gran manifestación. No conocía a Santi, pero me dejó desconcertado el criterio que algún estratega usó para elegir a esa víctima.



¡Basta de encubrimiento!
(23/02/2000)
Federico Abascal
Tras el asesinato de Fernando Buesa y su escolta.



La cuestión nacional vasca (28/06/2000)
Juan Pablo Fusi
Reflexiones sobre el conflicto vasco.

JUEVES, 12 DE JULIO DE 2001

OPINION

Profesor Beristain, Zorionak

JOSE LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI DIRECTOR DEL INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGIA (IUPV)
FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO (UPV)

LA Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort constituye el más alto reconocimiento estatal a la labor desarrollada en el ámbito de la Justicia y en el cultivo y aplicación del estudio del Derecho en todas sus ramas y da derecho al tratamiento de excelencia. Su concesión a Antonio Beristain constituye sin duda un acontecimiento de la mayor relevancia para nuestra Universidad y muy en particular para la Facultad de Derecho y para el Instituto Vasco de Criminología, del que fue su fundador y director durante casi 25 años.

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1961) y licenciado en Filosofía (Burgos, 1959) y Teología (Frankfurt, 1957), la aportación de Antonio Beristain al desarrollo de la ciencia penal y criminológica es internacionalmente reconocida. Doctor honoris causa por la Universidad de Pau y de los Países del Adour (1977), en 1973 recibió la Medalla de la The Hebrew University of Jerusalem y en 1993 le fue otorgado el Premio Hermann Mannheim por parte de la Sociedad Internacional de Criminología, un premio dirigido a honrar a los especialistas que han contribuido de manera excepcional a la Criminología comparada. También recibió en 1994 de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios (Madrid) la Medalla al Mérito Social Penitenciario, por sus múltiples investigaciones en torno a la problemática específica del mundo penitenciario. Siempre atento a los desarrollos más novedosos del Derecho penal, la Política Criminal, la Criminología y la Victimología, sus trabajos y publicaciones constituyen obras fundamentales en el debate científico y han alcanzado incidencia en importantes textos legislativos: la Ley Orgánica General Penitenciaria (1979), diversas reformas del Código Penal, el nuevo Código Penal (1995) y en la recientemente entrada en vigor Ley Penal del Menor (1998).

Apasionado luchador contra las situaciones



que percibe como injustas, su compromiso activo en favor de los derechos humanos, en particular, de los privados de libertad y de las víctimas ha sido fuente de importantes dificultades personales en muy diversas etapas de su vida. Defensor en ocasiones de posiciones polémicas, pero siempre abierto a la confrontación de perspectivas en el seno de un sano debate científico, es ejemplar el esfuerzo de Beristain en la búsqueda de un Derecho Penal más humano, que renuncie sin excepción a la aplicación de la pena de muerte y voicado a la 'repersonalización' del delincuente, consciente de la complejidad social del fenómeno delictivo y de la necesidad de lograr la satisfacción

de los intereses de la víctima.

Muchas son las generaciones de estudiantes que se han formado con Beristain en las aulas de Deusto, Valladolid, Madrid, Oviedo y, sobre todo, desde 1972, de la Facultad de Derecho de San Sebastián y del Instituto Vasco de Criminología. Innumerables quienes han seguido sus charlas y conferencias aquí y en todo el mundo. Para cuantos nos hemos formado con él, Beristain no coincide con la imagen al uso del profesor universitario. Poco preocupado por repetir conocimientos fácilmente accesibles a través de los materiales bibliográficos, las clases de Beristain se caracterizan por su provocación al debate, al contraste de las posiciones y argumentos de los estudiantes en torno a los problemas sociales y criminológicos. Alguna vez hemos oído que maestro no es tanto el que enseña, el que transmite lo que sabe y ha aprendido, como el que despierta, el que hace surgir en el alumno el cuestionamiento profundo de lo no cuestionado, el afán por la búsqueda de la verdad, por el descubrimiento de nuevos perfiles que nos permitan entender la realidad. Al margen de lo discutible de algunos de sus pronunciamientos (o quizá también por ello) Beristain responde plenamente a la imagen del maestro. Un maestro dedicado totalmente al desarrollo de una Criminología y un Derecho Penal al servicio de la persona, como se titula el grueso volumen que con ocasión de su 65 cumpleaños le ofrecimos sus discípulos y compañeros con contribuciones de destacados penalistas, criminólogos y victimólogos internacionales, así como de diversos artistas vascos.

Muchos son los méritos de Antonio Beristain que quedan en el tintero. Los relatados apoyan suficientemente el reconocimiento tributado. En nombre de la Facultad de Derecho y del Instituto Vasco de Criminología, en nombre de tantos alumnos, discípulos, colaboradores, amigos y compañeros, zorionak!

El estatuto de las víctimas

ANTONIO BERISTAIN SJ
 CATEDRÁTICO EMERITO DE DERECHO PENAL

EL 24 de noviembre de 2000, la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos del Parlamento europeo presentó un informe para la adopción de una 'decisión marco' que regule un innovador Estatuto de las Víctimas del Proceso Penal. Esta disposición deberá aplicarse en España y tendrá notable influencia en muchas leyes nacionales e internacionales. Por ejemplo, obligará a mejorar algunos artículos de la pionera ley de responsabilidad penal de los menores, ya que, si bien ésta coloca los derechos del niño infractor como interés superior, la 'decisión marco' concede rango mayor al interés superior de las víctimas. En España, si un joven de 17 años viola a una joven de su misma edad, en supuestos de duda se beneficiará al infractor, porque rige el axioma 'in dubio pro reo'. Sin embargo, cuando esté vigente la 'decisión' europea, los tribunales aplicarán el principio opuesto: 'in dubio pro víctima'.

El futuro estatuto pretende cubrir lagunas trágicas en el ámbito de la justicia, la ética, la solidaridad y la paz. Su objetivo es mejorar sustancialmente la situación de las víctimas, incluidas expresamente las del terrorismo, pues la Comisión de Libertades considera que representan «una categoría especial (...), cuya si-

tuación no constituye un asunto de índole privado». Aunque el informe habla con frecuencia de 'la víctima' en singular, el artículo 1 explica que, además de la persona directamente afectada, deben incluirse también otras personas, como parientes cercanos, viudos o viudas y huérfanos. Y pide que esta pluralidad se mantenga al formular la definición de víctimas, así como al adoptar medidas dirigidas a facilitarles todas las ayudas materiales y no materiales.

La Comisión pide que se les reconozca el derecho a recibir información para el correcto desarrollo del proceso ya desde el primer contacto con la Policía e incluso con posterioridad a la sentencia. Reclama también la asistencia letrada y el asesoramiento jurídico gratuitos y, consciente de que el proyecto abarca un espacio geográfico amplio, pide ayudas extraordi-

narias para eventuales traslados a otros países, problemas lingüísticos, etcétera. Particular mención merece el artículo 8, que propugna medidas encaminadas a la protección íntegra de las víctimas; en particular, las relativas a la intimidad e imagen.

Dos avances dignos de mención brindan los artículos 9 y 10. Proclaman que la indemnización deberá extenderse en el Derecho Penal correspondiente, prestando especial atención a la sensibilización del condenado sobre las consecuencias de su acto en la vida de las víctimas; y permiten solucionar algunos litigios por vía de la mediación, con el beneplácito de las víctimas.

A pesar del necesario laconismo del artículo, se introducen detalles de rico humanismo, como la mención a la «acogida correcta, sobre todo en un primer momento», las «condiciones en el local de espera», etcétera. No menos merece subrayarse que el artículo 3 exige, en concreto, aplicar medidas adecuadas a las víctimas especialmente vulnerables por razón de su edad, sexo u otra circunstancia. Este precepto subsana la negligencia de muchos juristas, que todavía en 2001 no hemos caído en la cuenta de nuestra multiseccular falta de la debida sensibilidad respecto a las mujeres y los niños.

José Luis de la Cuesta
Francisco Javier Ezquiaga
Antonio Beristain

Con motivo de la concesión de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort (12/07/2001). Recuerdo perfectamente ese día en el Palacio de Miramar, a un Antonio feliz con su banda roja...



Hipótesis sobre la barbarie
(13/09/2001)

Antonio Elorza

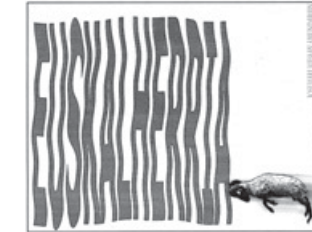
Tras el atentado de las Torres Gemelas. Ese día me dio la impresión de que a ETA le entró un complejo de inferioridad ante la brutalidad, el alcance y sobre todo, el diseño de aquel acto tan desmedido y desproporcionado. Ya nadie en el mundo estaba a salvo del integrismo islamista.



Fuerza y debilidad de las víctimas
(29/12/2002)

Rafael Aguirre

Sobre el apoyo a las víctimas desde las instituciones y la ilegalización de Batasuna.



Cuestión de valores

(23/03/2002)

Jesús Sánchez Maus

Tras el asesinato de Juan Priede, en Orio.



Como si nada (12/02/2003)

Fernando Savater

Tras el asesinato de Joseba Pagazaurtundua. ¡Basta ya! Se enfrentó a HB en la calle y le señaló con el dedo. Nunca pidió nada a ETA, sino que le exigió que nos dejase en paz. Joseba ya estaba avisado, pero sus superiores no se quisieron dar cuenta. Fue muy duro para sus amigos.

Del órdago al vértigo

(01/11/2003)

Álvaro Bermejo

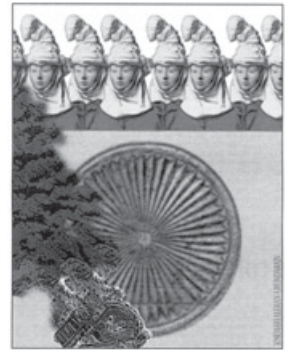
Sobre la desestabilización y ruptura que provoca el Plan Ibarretxe. Un plan que dio mucha literatura. Podría hacer un álbum con las imágenes que tengo con este tema.



El triunfo político de ETA
(14/07/2002)

José María Muguruza

Tras el comunicado de ETA en el que subraya los acuerdos de Lizarra, sobre la ruptura con España, que los nacionalistas habían ocultado a los medios y a la sociedad.



Devolver la voz a las víctimas
(20/02/2003)

Rogelio Alonso

Sobre la falta de apoyo a las víctimas por parte del nacionalismo y su negativa a ilegalizar Batasuna.



La necesaria reforma electoral
(02/04/2004)

Daniel Reboredo

Sobre los problemas de la actual ley electoral.



La paradoja del Estatuto
(26/10/2004)

Manuel Montero

Sobre los 25 años del Estatuto de Autonomía Vasco.



Jaque a España (10/01/2005)

Carlos Iturgaiz

Más sobre el Plan Ibarretxe.



Fanatismo e intolerancia
(05/08/2005)

Florencio Domínguez

Sobre el atentado islamista en Londres, que no fue lo de NY, pero significó un desafío a Europa.



Ningún paso atrás, ninguno
(28/01/2006)

Francisco Javier Meabe

Sobre la firmeza en la voluntad de la desaparición de ETA.



El falso lenguaje de Ibarretxe
(13/02/2006)

María San Gil

Sobre la manipulación del lenguaje por los nacionalistas. Hay palabras que han pasado, del Diccionario de la Lengua, al Diccionario de Sinónimos.



¿Vencedores o vencidos?
(18/03/2006)

Juan Luis de León

Sobre cómo debe de ser el final del "proceso de pacificación", poco antes del alto el fuego permanente del 22/03/2006.



Proceso de paz o rendición a plazos (03/05/2006)

Juan Pablo González

Un pronóstico muy acertado, seis años antes, de lo que será el final de la violencia de ETA.



Acabar con la extorsión

(22/07/2006)

Teo Santos

Sobre la financiación de ETA.



Negociación con ETA: errores y consecuencias

(29/06/2007)

Ignacio Suarez-Zuloaga

Sobre la inmovilidad de ETA en sus planteamientos.



La rana y el escorpión

(23/09/2008)

Andoni Unzu

Tras los últimos atentados, constata que sólo el terrorismo consigue mantener al club de los violentos.



PSE, entre la contradicción y la mentira

(04/05/2008)

Regina Otaola

Arremete contra Patxi López por la situación del Ayuntamiento de Mondragón, gobernada por ANV.



La historia se repite

(05/12/2008)

Ana Iribar

Reflexiones tras el asesinato de Ignacio Uria.



La concordia de los vascos
(23/05/2009)

Luis Haranburu Altuna

Reflexiones tras la pérdida de la lehen-dakaritza por los nacionalistas y la nueva era Patxi López.



El testimonio incómodo de las víctimas (24/04/2009)

Jesús Prieto

Sobre el duelo privado de las víctimas de ETA.



Cincuenta años y un día
(31/08/2009)

Santiago de Pablo

Sobre los orígenes de ETA.

Hacia finales del 2005, se jubilan los dos subdirectores, José María Otegui y José Luis Minondo. Mario García es, desde ese momento, mi interlocutor habitual, junto con Eli López. Con la llegada de Lourdes Pérez Rebollar como subdirectora, que se hace cargo de Opinión, es también, a veces, mi interlocutora. A finales del 2009 hay cambios en la maquetación del diario y la sección de Opinión se imprime en color. A partir de ese momento, me envían los artículos por la tarde y los preparo (y envío) ilustraciones tras leerlos.

A mediados del 2012 regresa Alberto Surio, que ha ejercido de director de EiTB, durante el mandato de Patxi López en el Gobierno Vasco, y sustituye a Mario.

A partir del 2006 dejo de archivar, las páginas del diario y guardo, solamente, las ilustraciones, pues organizar este material me lleva demasiado tiempo y espacio. A mediados del 2006 cambié de casa y, en la mudanza, tuve que tirar a la basura bastante material archivado.

Una pequeña muestra de las nuevas ilustraciones en color, sobre diferentes temas:



Miscelánea

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
217-230

RETOS VICTIMOLÓGICOS PARA LA CONVIVENCIA PACÍFICA EN LA SOCIEDAD VASCA ACTUAL*

José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI

*Presidente H. de la Asociación Internacional
de Derecho Penal (AIDP-IAPL).*

*Director del Instituto Vasco de Criminología
de la Universidad del País Vasco (UPV-EHU).*

Resumen: La consolidación del fin de la actividad terrorista de ETA abre sin duda un nuevo escenario en la sociedad vasca. Los efectos de la victimización generada perdurarán en el tiempo, exigiendo una cuidada atención por parte de las instituciones públicas, las cuales deberían volcarse en la actualidad en el esclarecimiento de la verdad y la lucha contra el olvido y contra la impunidad.

Si la victimización generada por ETA ha sido la que, naturalmente y por sus propias características, significación política y extensión, ha merecido la más destacada atención, las exigencias de justicia demandan igualmente hacer frente a las graves vulneraciones de derechos humanos generadas desde los agentes públicos o con su aquiescencia o tolerancia, cuyas víctimas tienen igualmente pleno derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Las distancias criminológicas y victimológicas entre ambos fenómenos justifican, con todo, el tratamiento de esta última victimización a través de un instrumento específico: la aprobación por el Parlamento Vasco de una Ley de prevención de la tortura y malos tratos y de reparación integral de las víctimas del abuso de poder.

Laburpena: ETako ekintza terroristen amaieran konsolidatzeak, Euskal gizartean, zalantzarik gabe, eszenatoki berri bat irekitzen du. Erakunde publikoek, denboran zehar iraunduko duten sortutako biktimizaioaren ondorioei arreta berezia eskaini beharko diete, egia argitzeko eta ahanzturaren eta zigorgabetasunaren kontra borrokatzeko asmoz.

Ezaugarrien, luzapenaren eta esanahi politikoaren ikuspegitik, ETAk sortutako biktimizazioek arreta berezia jaso duten heinean, funtzionario publikoek eragindako edo onartutako giza eskubideen aurkako arau-hausteei aurre egitea eskatu egiten da Justiziaren izenean, biktima mota guzti hauek egia argitzeko, Justiziarako eta konponketa osorako eskubide berdina dute eta.

Bi fenomemo biktimologiko hauen artean dauden desberdintasun kriminologiko eta biktimologikoek, azkeneko biktimizazio mota honi aurre egiteko, tresna zehatza bat galdatzen dute: Euskal Legebiltzarrean, tortura eta tratu txarrak prebenitzeko eta, era berean, boterezko abusuzko biktima hauen kalte-ordainak konpotzeko Lege bat.

* Grupo consolidado de investigación en Ciencias Criminales (GICCAS, IT-585-13 y UFI 11/05 UPV/EHU).

Résumé: La consolidation de la fin de l'activité terroriste de l'ETA a ouvert un nouveau scénario pour la société basque. Or, les effets de la victimisation demeureront dans le temps, demandant une soigneuse attention de la part des institutions publiques, dont les efforts devraient se pencher maintenant dans l'éclaircissement de la vérité et la lutte contre l'oubli et l'impunité.

Si la victimisation générée par l'ETA a été celle qui, naturellement et en raison de ses caractéristiques propres, son extension et sa signification politique a mérité la plus importante attention, les exigences de la justice demandent également faire face aux graves vulnérations des droits humains provenant des agents publics ou commis avec son consentement ou tolérance, dont les victimes ont également un plein droit à la vérité, à la justice et à une réparation intégrale. Les distances criminologiques et victimologiques entre les deux phénomènes justifient, en tout cas, le traitement de cette victimisation à travers un instrument spécifique : l'approbation par le Parlement Basque d'une loi de prévention de la torture et des mauvais traitements et de réparation intégrale des victimes de l'abus du pouvoir.

Summary: The consolidation of the end of ETA's terrorist activity has opened a new time for the Basque society. Nevertheless the effects of the victimization will remain requiring a particular care from the public institutions, whose efforts should be now focused on truth, and against oblivion and impunity.

Obviously the victimization generated by ETA has deserved the most important attention, due to its own features, extension and political meaning. Justice requires however facing other serious breaches of human rights that have also taken place and whose victims have equally a full right to truth, justice and integral reparation. The distances between both phenomena are very important from a criminological and victimological point of view and justify applying a specific instrument for this purpose: the approval by the Basque Parliament of an Act of prevention of torture and ill treatment and of integral reparation of the victims of abuse of power.

Palabras clave: Victimología, terrorismo, memoria, impunidad, tortura, abuso de poder, justicia restaurativa, País Vasco, paz.

Hitz gakoak: Biktimologia, terrorismoa, memoria, zigorgabetasuna, tortura, boterezko abusua, justizia leheneratzailea, Euskal Herria, bakea.

Mots clés: Victimologie, terrorisme, mémoire, impunité, torture, abus de pouvoir, justice restaurative, Pays Basque, paix.

Keywords: Victimology, terrorism, memory, impunity, torture, abuse of power, restorative justice, Basque Country, peace.

PRELIMINAR

La superación de la violencia (y no digamos si ésta es bélica o política de perfiles terroristas) se presenta como un complejo proceso en el que es preciso pasar por diversas fases de reconstrucción, caracterizadas por la intensificación progresiva de la participación ciudadana en el diálogo, cooperación, empatía, responsabilidad, equidad y justicia, antes de plantearse una posible reconciliación. Esta, en cuanto tal, constituye un objetivo especialmente ambicioso y complejo, para muchos hasta utópico en una sociedad moderna, de aquí que desde no pocas posiciones se prefiera evitar las retóricas y grandes palabras, y se insista en que lo que la ciudadanía demanda es que el lenguaje motivacional que le anime a aspirar a lo mejor socialmente sea coherente, algo que el discurso político encuentra muchas dificultades en reflejar. En todo caso, es clara la imposibilidad de caminar hacia una paz positiva y duradera sin atender a las exigencias de justicia, las cuales reclaman un efectivo y apropiado reconocimiento de las víctimas, que ha de verse seguido por el despliegue de acciones dirigidas al aseguramiento de la verdad, la justicia, la reinserción y la rehabilitación social, así como por el establecimiento de garantías efectivas de no repetición; todo ello en el marco de programas y políticas efectivas de construcción de una convivencia en paz.

Esto es lo que inspira la presente contribución que, concibiendo a la Victimología como ciencia (empírica), centrada en dar respuestas a las victimizaciones a la luz del principio de humanidad, entiende que su misión (como recuerda G. Varona) es apostar por la investigación y la educación o formación desde la sensibilidad y el reconocimiento de la fragilidad y vulnerabilidad de lo humano, lo que permite articular los deberes de reconocimiento y solidaridad procurando alejarse de lo aparente, de los estereotipos y mitos, de lo inmediato, lo eficaz o rentable en términos estrictamente políticos o económicos, ahondando en el valor de la dignidad humana y en la justicia victimal (A. Beristain).

La decisiva aportación de la perspectiva victimológica es crecientemente reconocida por los programas de la llamada “justicia transicional”, que originariamente se identificó con el conjunto de medidas y mecanismos utilizados por las sociedades en tránsito de una situación de conflicto o dictadura a la paz, con la finalidad de exigir responsabilidades por las violaciones de derechos sufridas en un periodo de tiempo anterior.

Pese a ser un concepto reciente, la justicia transicional ha sufrido una importante evolución en los últimos años: lo que en sus inicios fue de aplicación exclusiva a las situaciones de transición política, acompañadas de graves violaciones de derechos humanos, en la actualidad ha demostrado su efectividad en escenarios diversos, de mayor o menor gravedad. De hecho, cada vez se predica más la aplicación de los principios de justicia transicional a las “democracias en conflicto”, en referencia a situaciones de violencia sufridas durante un largo periodo de tiempo por estados democráticos. Pues bien, hay que salir al paso de quienes, olvidando los principios propios de la justicia transicional, la reducen de manera simplista a algunos mecanismos excepcionalmente empleados para cerrar conflictos o para superar secuelas que perduran en el tiempo, como las Comisiones de la Verdad o las medidas de gracia. Frente a ello, las guías más relevantes de justicia transicional (como los Principios de Chicago) plantean como base de partida el respeto de los derechos humanos y colocan en un primer plano la atención a las necesidades de las víctimas, siendo elementos centrales a asegurar los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y las garantías de no repetición, en cuanto ejes vertebradores de toda situación de convivencia pacífica duradera. En este sentido, no pocas experiencias de justicia transicional (entre ellas la latinoamericana) defienden que las perspectivas y programas restaurativos pueden constituir herramientas especialmente útiles para alcanzar todo lo anterior, hasta en situaciones dominadas por fuertes presiones e intereses (macro) políticos de terminar cuanto antes con el “conflicto”; y ello porque la justicia restaurativa, que es propia y verdadera justicia, tiene como principal fundamento reparar a las víctimas, y lo hace fomentando la responsabilidad activa de los infractores y de la sociedad.

I. CENTRALIDAD DE LAS VÍCTIMAS

A la luz de los estándares internacionales, las políticas públicas dirigidas al fortalecimiento de la paz han de fijarse de manera inmediata en la victimización generada, buscando la reparación integral de los daños y sufrimientos injustos padecidos, para lo que es preciso que las violaciones sufridas sean investigadas, garantizando a las víctimas un acceso eficaz a la justicia.

Dejando al margen la cuestión de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo, respecto de las que la necesidad de una política efectiva de memoria histórica sigue vigente, dos son los colectivos principales de víctimas que destacan en la situación vasca actual:

- Las víctimas del terrorismo.
- Las víctimas de la tortura y abusos de poder generados en este contexto por parte de agentes públicos o con su aquiescencia y/o tolerancia.

1. La victimización terrorista

Por sus propias características, significación política y extensión, la victimización generada por ETA ha recibido naturalmente la mayor atención por parte de las instituciones públicas, habiéndose traducido en diversos textos normativos, inicialmente destinados a asegurar la reparación. Progresivamente han ido incorporándose otras importantes facetas de su reconocimiento como víctimas, ampliándose el marco de beneficiarios. En la actualidad, la legislación cubre no sólo la victimización generada por ETA sino igualmente las procedentes del GAL, del Batallón vasco-español y de otros grupos de inspiración análoga, y merece, como conjunto normativo, una valoración muy positiva en el marco comparado e internacional.

El protagonismo social de las víctimas del terrorismo no deja de generar controversias en algunos sectores, que critican las posiciones adoptadas por algunas asociaciones de víctimas. Dejando sentado por adelantado, y como no podía ser menos, el legítimo derecho de las víctimas a organizar como deseen la defensa de sus intereses y a su libertad de expresión, iniciativa y propuesta, en una sociedad democrática la responsabilidad política corresponde a la sociedad y a sus gobernantes; y, sin perjuicio de la valiosa contribución de destacados colectivos de víctimas –cuya labor pionera en favor de los derechos humanos de todos, cuando no había ningún apoyo público ni social, es preciso continuar subrayando–, como es obvio, la condición de víctimas del terrorismo no determina automáticamente que sus posiciones hayan de aceptarse sin más en el plano político ni en el plano de la justicia. Esto no es óbice para que, a la hora de la toma de decisión en materias especialmente sensibles para los valores fundamentales y para todos, sea imprescindible contar con las víctimas y con los colectivos en que se integran: de un lado, porque su derecho de participación se reconoce expresamente en la normativa internacional e interna (vasca y española), y porque en un sistema social y democrático de derecho conviene siempre consultar a los grupos sociales potencialmente más afectados: entre otras cosas, con el fin de prevenir todo riesgo de revictimización; de otro lado, y sobre todo, porque, como grupo humano y para eludir la desmoralización social, necesitamos compartir “la mirada de la víctima” (M. Reyes Mate), aprender de su experiencia, imprescindible para un conocimiento cabal de la realidad.

Al lado de lo anterior y de las cuestiones técnicas y problemas que la normativa encuentra no pocas veces a la hora de su aplicación*, tres son los retos principales

* Debido principalmente a la rigidez de algunas de las administraciones, lo que resulta especialmente preocupante a la vista del problema que puede suscitar la reparación a medio y largo plazo de un impacto victimal (en víctimas directas e indirectas) que va a perdurar largo tiempo. Las necesidades e intereses de las víctimas irán, naturalmente, cambiando y lo que se espera de las instituciones es la suficiente sensibilidad y compromiso para permitir que los servicios públicos y agentes sociales competentes sigan dando respuesta a las víctimas dentro de una óptica de atención dinámica y no meramente protocolaria o burocrática.

que se presentan, en particular a partir de la declaración de ETA de cese definitivo de la violencia, de octubre de 2011*: el esclarecimiento de la verdad, la lucha contra el olvido y el rechazo de la impunidad.

- El **esclarecimiento de la verdad** constituye una prioridad esencial para toda vivencia victimizadora, en la que a la pregunta del porqué y el cómo de lo sucedido, se une en ciertos casos hasta la búsqueda de los familiares desaparecidos. No se trata de un esclarecimiento judicial, parte del derecho a la justicia, sino del conocimiento de lo realmente acaecido: una verdad que, de modo directo, probablemente sólo pueden transmitir los victimarios (individual o colectivamente) y que ciertamente no parece fácil por el momento de alcanzar, siendo imprescindible la apertura y ensayo de todo tipo de vías que puedan permitir hacerlo progresivamente.
- Muy ligada al esclarecimiento de la verdad se encuentra la lucha contra el olvido, elemento central de la **política de memoria**, plasmada hasta ahora en diversas iniciativas, todavía pendientes de consolidación y/o culminación, como el Mapa o el Día de la Memoria, el Memorial de Víctimas del terrorismo, a establecer por el Estado en Vitoria, y el Instituto Vasco de la Memoria.

Pieza esencial para la convivencia en paz y libertad, como reconocimiento social y político de lo sucedido, la memoria se incluye legalmente entre los derechos compartidos por las víctimas del terrorismo y la sociedad (Cap. II, Tít II Ley 4/2008), algo que precisaría de una mejor delimitación y desarrollo en cuanto a su contenido y alcance.

La construcción de una adecuada memoria resulta indispensable para la deslegitimación total y radical de la violencia, así como para la consolidación de una sociedad libre e incluyente. Pero esta tarea, necesariamente colectiva, en manera alguna se presenta como algo sencillo. Son muchos los ejemplos históricos de manipulación de la memoria desde el poder, imponiéndose, celebrándose y conmemorando una historia oficial que poco o nada se corresponde con la percepción de lo vivido por amplios sectores de la ciudadanía. La tentación de manipulación y abuso de la memoria desde otros sectores es también alta, en particular desde los entornos que apoyan la legitimidad de la lucha violenta desplegada.

La construcción de la memoria debería partir del reconocimiento de la complejidad histórica y la imposible reconstrucción del pasado, procurando un relato incluyente, consensuado y compartido hasta donde sea posible. Inspirado en los principios democráticos, de respeto, pluralidad e ilegitimidad de la violencia, el relato debería alejarse de las perspectivas épicas, que tantas veces han inspirado las políticas de memoria, o de la tentación estrictamente criminológica (que se esfuerza, sobre todo, en conocer y explicar las causas individuales y sociales de las agresiones violentas). En realidad, el relato debería ser primordialmente victimológico: centrado en la victimización terrorista y construido a partir de esa mirada de las víctimas, que

* Sobre la desazón y esperanza de las víctimas indirectas de asesinatos en la C.A. del País Vasco, ver la investigación desarrollada en el seno del IVAC-KREI, J.L. de la Cuesta (dir.), 2014.

pregunta e interpela¹: una mirada que fuerza a la reflexión sobre la injusticia tanto de la violencia concreta sufrida, como de la instrumentalización de la vida e integridad de otros en la defensa de un determinado proyecto político.

Sólo entendido así, el cumplimiento del deber de memoria se convierte en una forma, absolutamente necesaria, “obligada”, como recordaba P. Ricoeur, de “hacer justicia” por medio del recuerdo, y de ir respondiendo a la deuda colectivamente contraída con cuantos más han sufrido (J. Elzo).

- En cuanto al rechazo de la **impunidad**², la inquietud viene alimentada por la experiencia de procesos de reconciliación y de paz saldados con el cierre de procesos, excarcelaciones masivas y hasta poco o nada aceptables medidas de gracia. De otra parte, se estima en 326 las muertes o asesinatos pendientes de resolución judicial...

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de las víctimas del terrorismo, que tienen el mayor interés, indudablemente legítimo, en la persecución y sanción de los hechos.

Socialmente, y por consiguiente también entre las víctimas del terrorismo, se encuentra muy extendida una perspectiva de la justicia que identifica el sentido de ésta con la retribución: la imposición de un mal que compense el mal generado por el delito. Este entendimiento de la justicia, que se inscribe en la línea de la teoría absoluta de la pena, mira exclusivamente hacia atrás y ha encontrado particular plasmación en múltiples reformas legislativas en materia antiterrorista, dirigidas a afirmar el cumplimiento íntegro de unas penas especialmente largas, en las condiciones penitenciarias más duras (dispersión, primer grado) y dificultando a los condenados por delito de terrorismo el acceso al tercer grado, a los beneficios penitenciarios, a la libertad condicional...

Desde la perspectiva de un Estado social y democrático de Derecho, no es de recibo fundamentar la justicia y la pena exclusivamente en consideraciones retributivas. Estas, que presuponen necesariamente la culpabilidad, cuanto menos han de combinarse dialécticamente con las exigencias de prevención general y especial y con el respeto de los principios de legalidad, necesidad y humanidad.

De otra parte, y sin perjuicio de la valoración crítica que pueda suscitar desde otras ópticas (como la ético-victimológica, la política, social o histórica), la aplicación razonable de las posibilidades ofrecidas por la legislación en vigor para la suspensión de la pena, suavización del régimen de cumplimiento, liberación condicional (incluso ejercicio del derecho de gracia)..., no merecería calificarse sin más de favorecimiento de la impunidad, pues es a través de

1. No sólo ¿por qué yo?, sino también ¿cómo ha sido posible que se ensalzara el asesinato y humillara a la(s) víctima(s)?, ¿por qué muchos no mostraron apoyo?, ¿qué podemos hacer para que nuestros hijos no sufran lo que hemos sufrido nosotras?

2. Para el *Documento de bases para un modelo de fin de ETA sin impunidad* y el Decálogo, no a la impunidad, aprobados por las asociaciones de víctimas del terrorismo. http://www.fundacionvt.org/index.php?option=com_content&task=view&id=728

esa normativa, y no de otras instancias, como se concretan legítimamente los parámetros de justicia compartidos.

También hay que tener presente las posibilidades que ofrecen nuevas modalidades de justicia, como la llamada *justicia restaurativa*. A partir del rechazo formal de la injusticia y del daño producidos, la justicia restaurativa se esfuerza en proponer alternativas a las penas tradicionales (o a sus formas de ejecución), buscando una reparación individual y social efectivas por medio del acercamiento entre victimario y víctima. La valoración positiva de numerosas experiencias –socialmente y por parte de las víctimas afectadas– avala el interés de este tipo de iniciativas, sobre las que se despliegan progresivamente estándares internacionales dirigidos a asegurar unas buenas prácticas. Siendo presupuesto de cualquiera de sus mecanismos la libre voluntad de los participantes y reclamando para su aplicación, como de hecho lo hace, el previo reconocimiento formal y expreso (por el victimario) de la injusticia del daño y sufrimientos generados, la justicia restaurativa aparece como un instrumento potencialmente muy apropiado desde el prisma de la realización de la justicia en una situación como la presente, en la que la participación comunitaria a la hora de la respuesta penal puede, además, jugar un papel importante en lo que concierne a la dimensión política y social del daño generado por el terrorismo.

Excurso: la cuestión de los presos y perseguidos por la justicia. Para prevenir y atenuar el riesgo de victimización secundaria³, es a mi juicio en el marco del derecho a la justicia como deberían encauzarse las iniciativas que se susciten en relación con los presos y perseguidos por la justicia.

Conocida es la dureza de la normativa antiterrorista, una legislación caracterizada por la intensificación (no pocas veces excesiva) de la llamada “victimización terciaria”⁴, pero en la que el “abandono voluntario de la vinculación criminal” –unido, bien a la presentación o confesión, bien a la evitación o disminución del peligro, la eliminación del delito o peligro o la colaboración activa con las autoridades– constituyó durante largo tiempo la puerta de acceso a la atenuación y hasta a la remisión de las penas. Abandonada legalmente la posibilidad de remisión, las condiciones para la atenuación fueron paulatinamente endureciéndose, si bien subsisten en el art. 579.4 CP; de otra parte, son conocidos los escasos resquicios dejados a la reinserción por la reforma de 2003, centrada en garantizar el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y que introdujo la referencia a la petición expresa de perdón a las víctimas. Pasando por alto otras cuestiones que pueden suscitarse, de orden más técnico (hasta de la ley aplicable en el tiempo), y sin merma alguna de la singular relevancia que la petición expresa y sincera de perdón alcanza desde diversos prismas (muy en particular, el victimológico), la opinión de que, en el marco de la legislación vigente, para el imprescindible pronóstico favorable de reinserción social (de cara a la

3. Efecto de la relación de la víctima con el sistema jurídico-penal o servicios sociales defectuosos (policía, médicos forenses, jueces, medios de comunicación), algo especialmente detectado en las víctimas de agresiones sexuales y de terrorismo.

4. Entiende la Victimología por “victimización terciaria”, el conjunto de costes de la respuesta penal sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros o las consecuencias del estigma social generado.

libertad condicional), se requiera indefectiblemente esa petición expresa de perdón por parte del victimario a su(s) víctima(s), es cuanto menos discutible. El artículo art. 90 del Código penal identifica de manera directa, y en interpretación auténtica, el pronóstico de reinserción social con el hecho de que “el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”. Y, establecido lo anterior, “la petición expresa de perdón a las víctimas de su delito” constituye uno de los medios a través de los cuales “podrá” (la ley no dice “deberá”) acreditarse lo indicado; ello, al lado de la “declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia” y de posibles “informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

En todo caso, el cese de la violencia por ETA, en particular si se acompaña finalmente por la exigible entrega de las armas y la disolución, abre un nuevo escenario que no deberían desconocer ni un derecho atento a la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse (art. 3.1 CC), ni un sistema penitenciario orientado constitucionalmente a la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE). Mucho menos si el aprovechamiento de las escasas posibilidades legales (que convendría entonces reconsiderar a la luz de las nuevas circunstancias) se enmarca en iniciativas similares a la de Nanclares, que tan alta valoración ha recibido desde la perspectiva de la justicia restaurativa. Resulta en esta línea del mayor interés el proyecto *Hitzeman*, la “vía legal”, en el que trabaja el Gobierno Vasco en desarrollo del Plan de Paz y Convivencia 2013-2016 y que, sometido en la actualidad a período de consultas, se verá sin duda enriquecido y mejorado por nuevos comentarios y propuestas. Dirigido al apoyo de los procesos legales de resocialización de personas presas, el proyecto *Hitzeman* asume como principios la verdad y memoria, la legalidad y la convivencia, el consenso y la progresividad, así como el compromiso y la generosidad, y busca asegurar un triple efecto –en las víctimas, en la sociedad y en las personas presas–, combinando

- la específica reparación moral de las víctimas mediante el reconocimiento por el victimario de su responsabilidad por la injusticia generada y la revisión crítica del pasado,
- con la oportunidad de seguimiento de un itinerario legal de contribución social por parte de la persona presa.

Todo ello, a partir de la adhesión por parte de ésta a una declaración inicial de compromiso con la consolidación de la paz y por la convivencia, y su contribución personal y voluntaria en uno de los cuatro itinerarios personales de contribución a la paz y convivencia (académico / asociativo / institucional / de solidaridad), objeto de un seguimiento estrecho a culminar con la valoración final de la aportación constructiva a la sociedad.

2. Víctimas de vulneraciones de derechos humanos generadas en el contexto de violencia de motivación política

Si el desarrollo y despliegue legislativo y de medidas individualizadas en materia de víctimas del terrorismo (sin perjuicio de sus posibilidades de mejora) puede considerarse ya importante, la situación es muy diversa en relación con las demás víctimas de injustas e ilegítimas vulneraciones de derechos humanos generadas en el contexto de violencia de motivación política, para las que, por el momento, sólo se dispone, como instrumento específico, del Decreto Vasco 107/2012, de declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Múltiples son las razones que abogan por aprovechar la experiencia alcanzada en el área de las víctimas del terrorismo para extender a aquel colectivo un conjunto adecuado de acciones, tanto desde la perspectiva del reconocimiento de sus derechos a la verdad (incluida la memoria), a la justicia y a la reparación, como desde el prisma de las garantías de no repetición. De otra parte, también la justicia restaurativa cuenta con modelos para el abordaje de las victimizaciones en materia de tortura y tratos degradantes con interesantes experiencias, entre las que destacan las realizadas con victimarios vicarios u otros procesos parcialmente restaurativos sin presencia del infractor, todo ello en pleno respeto de los estándares internacionales y con el apoyo de profesionales muy preparados.

Se debate en el momento actual si debe procederse a una extensión hacia estas víctimas de la normativa ya existente en materia de víctimas del terrorismo o si conviene un tratamiento separado de las mismas.

En mi opinión, estamos ante fenómenos criminológicamente bien distintos, que asimismo se separan claramente en el plano victimológico, lo que aconseja no mezclar el tratamiento. Conviene no olvidar, por ejemplo, que el fenómeno del abuso de poder excede con mucho de lo que no pocos califican como “el contexto” (que sin duda alguna lo ha favorecido y agravado) y está presente hasta en las democracias más desarrolladas; de aquí que no sea sensato pensar que el abuso de poder se “evaporará” con la desaparición de ETA. De otra parte, la victimización violenta generada a partir de las instancias (para)oficiales en los contextos de motivación política –que, junto con la gravedad de la acción, acarrea una gran desconfianza institucional y una percepción acentuada de injusticia, derivada del hecho de que sean las propias instituciones, que nos deberían amparar, las que han violado nuestros derechos más fundamentales– suele presentar un rasgo esencial, propio de las violaciones de derechos y humanos y consistentes en abuso de poder: el altísimo riesgo de ocultación e impunidad. Esto tiene importantes y negativas repercusiones a la hora de la detección y afirmación de lo sucedido o del reconocimiento de la condición de víctima, presupuesto para cualquier intervención pública dirigida a su asistencia y reparación. La realidad pone de manifiesto que no es razonable, en efecto, esperar que sean sólo decisiones procedentes de los estamentos oficiales las que en el ámbito de la violencia (para)oficial fijen eficazmente la “verdad” ...; se propone por ello la creación de instancias asesoras o decisorias, integradas por personas con visibilidad pública reconocida y configuradas como órganos independientes, como vía más efectiva y de refuerzo de la legitimidad de las decisiones a adoptar.

Advertido lo anterior, el nivel alcanzado respecto de las víctimas del terrorismo se presenta como un modelo victimológico, con carácter general, pues todas las víctimas merecen una “reparación integral”. Estamos, además, ante una victimización –la de las violaciones más graves de derechos humanos (concretamente la vulneración del derecho a la vida y la violación del derecho a la integridad física y moral, con especial referencia a la prohibición de la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes)– sobre la que el repaso de las políticas actualmente existentes pone de manifiesto una relevante carencia de actuación, de aquí la urgencia en cuanto a la intervención.

Una cuestión particular que más de una vez se suscita es la constituida por la presencia de “victimarios” entre estas víctimas. El tema no es, con todo, exclusivo de este ámbito: también entre las víctimas de ETA ha habido victimarios; de otra parte, la pena de inhabilitación absoluta pone un límite a la recepción de honores...

Por lo que respecta a la memoria, debiéndose construir de forma profesional, sistemática, rigurosa y honesta, desde la mirada de las víctimas, su objetivo final ha de ser, como ya se ha dicho, asegurar los principios y bases de la convivencia, deslegitimando la utilización de la violencia como instrumento de la lucha política. Desde este prisma, las víctimas del terrorismo presentan, sin duda, un carácter muy especial; pero también las víctimas de la tortura y de violaciones de derechos humanos incorporan perfiles decisivos, al reflejar la ilegitimidad de la violación de los derechos humanos incluso en el marco de un fenómeno tan extremo como es la lucha contra el terrorismo, algo que un Estado de derecho ha de manifestar con rotundidad. Una memoria compartida, incluyente y construida con el mayor de los consensos para el reforzamiento del sistema y legitimación democrática frente a los que lo agreden desde fuera y frente a los que desde dentro no lo respetan, habría de incluir ambos tipos de victimización, cada una con su tratamiento propio y evitando la no confusión.

La cercanía en el tiempo de la victimización sufrida, el peligro de retroalimentación del discurso de las “dos violencias” y, desde el prisma del abuso de poder, el hecho de que éste excede con mucho al “contexto”, abogan, con todo y a mi juicio, por la mayor prudencia, particularmente por lo que se refiere a la realización de actos conjuntos de memoria y/o reconocimiento. Lo aconsejable sería que, para la determinación de posibles áreas o espacios comunes de intervención, se contara siempre con las propias víctimas y sus representantes, extendiendo experiencias o lugares de encuentro como Glencree⁵, especialmente apropiados para explorar las posibilidades que se ofrecen a tal efecto.

II. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Un ámbito en el que, sin lugar a dudas, la intervención ha de ser completamente separada es el de las garantías de no repetición.

La solidaridad con las víctimas no llega a ser plena si no se ve acompañada del esfuerzo por la implantación de mecanismos y políticas apropiados de

5. http://www.interior.ejgv.euskadi.net/r42-victimas/es/contenidos/informacion/informacion_documentos_interes/es_document/documento_glencree.html

prevención y evitación de lo sucedido. En el caso de las agresiones terroristas esto pasa necesariamente por su terminación, bien por voluntad propia de la organización o a partir de la prevención y respuesta eficaz, institucional y social a las agresiones violentas.

Lo mismo ha de buscarse respecto de las demás violaciones de los derechos humanos y fundamentales, a través de las correspondientes reformas legislativas, plenamente respetuosas de las libertades civiles y políticas, que aseguren la mejor tipificación y sanción de todas las agresiones y, muy en particular, de la tortura, así como el establecimiento de mecanismos eficaces de investigación y persecución, y de aseguramiento del respeto de los principios y garantías en el plano de la ejecución y en el ámbito penitenciario, donde el postulado de humanidad y sus correspondientes corolarios son algo a tener especialmente en cuenta.

Las características propias del fenómeno del abuso de poder y la lucha contra la impunidad aconsejan, de todos modos, la adopción de medidas específicas de intervención. En este orden de cosas, desde nuestra propia tradición y sobre todo de cara al futuro, entiendo que sería muy apropiado el planteamiento de una *Ley vasca de prevención de la tortura y malos tratos y de reparación integral de las víctimas del abuso de poder*.

Me preocupa, en efecto, que este tema, que excede mucho del contexto de violencia de motivación política (aunque estos contextos ofrezcan obviamente un muy relevante caldo de cultivo), acabe quedando como un incidente en el marco de las llamadas “dos violencias” y, por ello, como un “tema del pasado”, algo que el repaso de la realidad mundial (e incluso de los debates en USA y en Alemania en torno a la posible legitimación de determinados supuestos extremos de empleo de la tortura) demuestra claramente que no es correcto.

Frente a ello, una Ley de prevención de la tortura y malos tratos y de reparación integral de las víctimas del abuso de poder podría manifestar el compromiso público de este país a favor de los derechos humanos y contra el abuso de poder, estableciendo los principios y pautas de intervención de las instituciones públicas, así como la estructura institucional para la prevención y para el completo tratamiento de esta abominable victimización, con el correspondiente reconocimiento de los derechos de las víctimas (muy en particular, su reparación integral) y el establecimiento de sistemas de fijación de la verdad que no dependan del posible castigo de los culpables, dado el amplio espacio de impunidad frecuentemente detectado en el ámbito de las conductas de abuso de poder.

En un texto de esta suerte, cuyo sentido y misión sería mirar hacia adelante a partir del reconocimiento de la experiencia vivida, encontraría igualmente adecuado encaje el conjunto de normas dirigidas a dar respuesta a las víctimas de las violaciones del pasado, garantizando su reconocimiento y reparación en el marco de un amplio acuerdo parlamentario a favor de los derechos humanos y contra el riesgo de abuso de poder, expresado no (o no sólo) de manera simbólica o meramente pedagógica, sino (también) mediante la articulación de mecanismos preventivos y reparadores efectivos, y dotando a esta acción de una visibilidad y alcance destacados, algo muy relevante para el logro del necesario reconocimiento público de las victimizaciones sufridas.

III. CONSOLIDACIÓN DE UNA CULTURA DE PAZ

Lo anterior es fundamental para la consecución de una convivencia pacífica, pero no basta. Y es que en una sociedad compleja y plural, es difícilmente imaginable una convivencia sin conflictos y, por ende, exenta de episodios violentos. La paz, como convivencia pacífica, ha de identificarse por ello, y de un modo más modesto, con aquella situación política estable en la que se garantiza de manera normalizada el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en la que, por tanto, se despliegan esfuerzos apropiados y eficaces de contención y limitación al máximo de los casos de violación de los mismos, que, por exigencias de justicia, no deberían quedar sin respuesta.

En este sentido, siendo la justicia y la libertad presupuestos de toda convivencia verdaderamente pacífica, la reconstrucción del tejido social afectado por la violencia obliga necesariamente, junto a la renuncia a la violencia ilegítima (y a cualquier tentación de su justificación) como forma de resolver los conflictos (no sólo los políticos, sino en general cualquier conflicto público o privado), a un importante esfuerzo de extensión y reforzamiento de la cultura democrática, que debería promoverse desde la infancia y a lo largo de la vida en todas las capas de la población. Íntimamente unida a lo anterior ha de ir la promoción de la cultura de los derechos humanos, entendidos de una forma indivisible e interdependiente con la dignidad humana y como sustrato ético de las relaciones sociales y basamento de la convivencia pacífica. Es esta una tarea que requiere de la acción unitaria de todos los agentes políticos y de las instituciones públicas y sociales, y en la que resulta asimismo esencial fomentar la participación activa de las víctimas, tanto para aliviar su sufrimiento, como para evitar su exclusión.

La indispensabilidad, para el aseguramiento de una convivencia pacífica, del despliegue de acciones efectivas que trabajen por la deslegitimación de la violencia y la promoción y consolidación de una cultura de paz –esa necesaria “gran transición de la fuerza a la palabra... que progresivamente transformará la mano alzada, la mano armada, en mano tendida” (F. Mayor Zaragoza)–, es algo ampliamente reconocido por la Declaración y Programa de Acción sobre una cultura de Paz, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999. En la misma línea, el artículo 9 la Ley Vasca 4/2008, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo, declara como derechos de la ciudadanía vasca la “paz, libertad y convivencia” y destaca como instrumentos privilegiados para su consecución, entre otros:

- el compromiso con los valores democráticos, los derechos humanos, la paz y la libertad, en general y, muy en particular, por parte de los medios de comunicación;
- las medidas activas de deslegitimación ética, social y política del terrorismo y de toda clase de violencia; y, sobre todo,
- la educación para la paz y en derechos humanos; algo a llevar a cabo en la línea de lo reclamado por las instituciones internacionales: esto es, intensificando
 - las campañas generales de sensibilización de la ciudadanía,
 - los programas específicos para alumnos de los diferentes niveles educativos (primaria, secundaria y universidad), y
 - las acciones dirigidas a policías, funcionarios de centros de detención, jueces, abogados y demás operadores jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AMBOS, K. *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, Edit. Temis, Bogotá, 2008.
- BASSIOUNI, M. C. (ed.). *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, Antwerp, Oxford-Portland, 2010.
- BERISTAIN, A. “La religión genera violencia. Más genera paz y justicia victimal”, en F. Muñoz Conde / J. M. Lorenzo Salgado / J. C. Ferré Olivé, *Un derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 141 ss.
- BILBAO, G. / DE LA CRUZ, C. / SASIA, P. *Víctimas: todas iguales todas diferentes*, Bakeaz, Bilbao, 2010.
- CARMENA, M. / LANDA, J. M. / MÚGICA, R. / URIARTE, J. M. *Informe-base de vulneraciones de derechos humanos en el caso vasco (1960-2013)*, Vitoria-Gasteiz, junio de 2013.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 30, 1986, pp. 559 ss.
- . “Reflexiones sobre el protagonismo social de las víctimas del terrorismo”, *Bake Hitzak*, nº 49, año X, enero 2003, pp. 46 ss.
- . “El principio de humanidad en Derecho Penal”, *Eguzkilore, XXX Aniversario de la Fundación del IVAC/KREI. Homenaje a nuestro fundador el Profesor Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain*, nº 23, 2009, pp. 209 ss.
- . “¿Una ley vasca de prevención de la tortura?”, en J. M. Landa (dir.), *Justizia trantsizio-nala: proposamenak Euskal Herriarentzat / Justice transitionnelle: propositions pour le Pays Basque / Justicia transicional: propuestas para el caso vasco / Transitional Justice: Proposals for the Basque Case*, Institut Universitaire Varenne, 2014, pp. 371 ss.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. / FERNÁNDEZ DÍEZ, E. / PEGO OTERO, L. / PÉREZ MACHÍO, A. I. *Impulso de la paz y de la memoria de las víctimas del terrorismo. Evaluación de las políticas de impulso de la paz y fortalecimiento de la memoria de las víctimas del terrorismo*, Editorial Académica, Saarbrücken, 2012.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.) / MAYORDOMO RODRIGO, V. / PÉREZ MACHÍO, A. I. / VARONA MARTÍNEZ, G. *Terrorismo e Impunidad. Significado y respuestas desde la justicia victimal*, Dilex, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2014.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.), VARONA MARTÍNEZ, G. (autora); MAYORDOMO RODRIGO, V. / ECHEBURUA ODRIOZOLA, E. / ORBEGOZO OROÑOZ, I. / PEGO OTERO, L. / LLERA RAMON, F. / LEONISIO CALVO, R. / GARCÍA RABADÁN, J. / OLALDE ALTAREJOS, A. (investigadores). *Víctimas del terrorismo residentes en la CAPV. Desazón y esperanza en víctimas indirectas de asesinatos, Año 2013*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2014.
- ELZO, J. *Tras la losa de ETA. Por una sociedad vasca, justa y reconciliada*, PPC, Boadilla del Monte (Madrid), 2014.
- Informe sobre Víctimas de Vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la Violencia de Motivación Política*, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2008.
- INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*, United States of America, 2007.

- MATEO SANTAMARÍA, E. / PÉREZ PÉREZ, J. A. *Políticas de memoria. Qué, cómo y para qué recordar / Oroimen politikak. Zer, nola eta zertarako gogoratu*, IX Seminario Fernando Buesa / IX. Fernando Buesa Mintegia, Vitoria-Gasteiz, 2014.
- MAYOR ZARAGOZA, F. “Cultura de paz: la gran transición de la fuerza a la palabra”, *Ferrol Análisis. Revista de pensamiento y cultura*, nº 28, 2013, pp. 36 ss.
- PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (coord.), OLALDE ALTAREJOS, A. J. / LOZANO ESPINA, F. / PASCUAL RODRÍGUEZ, E. / SEGOVIA BERNABÉ, J. L. / RÍOS MARTÍN, J. C. / SANTOS ITOIZ, E. / CASTILLA JIMÉNEZ, J. / CARRASCO ASEGUINOLAZA, L. M. / ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, 2ª ed., Sal Terrae, Madrid, 2013.
- REYES MATE, M. “La práctica de la justicia victimal y el valor público del testimonio de las víctimas del terrorismo”, en J. L. de la Cuesta Arzamendi (comp.), *Encuentro Internacional “Hacia una Justicia Victimal”. Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain, Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 26, 2012, pp. 193 ss.
- RICOEUR, P. *La memoria, la historia, el olvido*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. “El paradigma de humanidad en la Justicia Restaurativa”, en J. L. de la Cuesta Arzamendi (comp.), *Encuentro Internacional “Hacia una Justicia Victimal”. Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain, Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 26, 2012, pp. 143 ss.
- VARONA MARTÍNEZ, G. “Mitología y realidad de la justicia restaurativa. Aportaciones del desarrollo de la justicia restaurativa en Europa y su repercusión en la C.A. de Euskadi”, en *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos, Cuadernos penales José María Lidón n.9*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 59 ss.
- . “The meaning of impunity: what do victims, offenders and society think of restorative encounters in the context of ETA terrorism in Spain?”, *Restorative Justice: An International Journal*, 2013, vol. 1 issue 2, pp. 215 ss.
- VARONA MARTÍNEZ, G. / SOLETO MUÑOZ, H. (coords.). *Restorative Justice in Terrorist Victimisations: Comparative Implications*, Oñati socio-legal series, vol. 4, nº 3, 2014.
- Víctimas de vulneraciones de derechos humanos y sufrimientos injustos producidos en el contexto de violencia de motivación política*, Gobierno Vasco / Eusko Jaurlaritz, Vitoria-Gasteiz, 2010.

POLIZIAK MODU EZKUTUAN LORTUTAKO DNA LAGINAK: ABENDUAREN 5EKO 199/2013 KAERI BURUZKO IRUZKINA

Aintzane MARDARAS AGINAKO

*EHUko ikertzaile bekaduna
Administrazio Zuzenbidea,
Konstituzio Zuzenbidea eta Zuzenbidearen Filosofia saila
Euskal Herriko Unibertsitatea*

Resumen: En este comentario se aborda la constitucionalidad de la toma subrepticia de ADN en el proceso penal por parte de la policía. Partiendo de la inexistencia de regulación legal al respecto, se estudian los derechos fundamentales que en la práctica de esta diligencia pueden verse restringidos. Siendo un tema que suscita controversias a nivel doctrinal, se toma como punto de partida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular dos sentencias contradictorias promulgadas en 2005, y se analiza detenidamente la reciente STC 199/2013, de 5 de diciembre, que por vez primera se ocupa de las muestras de ADN como prueba forense. A juicio del autor, el Tribunal Constitucional ha dejado pasar una excelente oportunidad de poner de manifiesto las carencias de las que adolece la regulación sobre el uso de ADN en el procedimiento penal.

Laburpena: Iruzkin honetan eginbide polizial baten konstituziozkotasuna dugu ardatz, hots, prozesu penalean DNA laginak ezkutuko moduan jasotzea. Gaiari buruzko arauketa ezatik abiatuta, eginbide hau aurrera eramatean murriztuak suerta daitezkeen oinarriko eskubideak aztertzen dira. Maila doktrinalean gai eztabaidatua den neurrian abiapuntu gisa hartzen da Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia, bereziki 2005eko bi sententzia kontraesankor, eta arretaz aztertzen da berriki argitaratu den Konstituzio Auzitegiaren abenduaren 5eko 199/2013 epaia. Azken honetan lehenengo aldiz arduratzen da DNA laginen auzitegiko erabilpenaz. Egilearen ustez Konstituzio Auzitegiak prozedura penalean DNAREN erabilpenari buruzko arauketak pairatzen dituen gabeziak agerian uzteko aukera ezinhobeak galdu du.

Résumé : Ce commentaire porte sur la constitutionnalité de la prise subreptice d'ADN dans les procédures criminelles par la police. Basé sur l'absence de réglementation juridique à cet égard, sont étudiés les droits fondamentaux qui, dans la pratique de cette diligence peuvent être restreintes. Étant un sujet qui suscite la controverse au niveau doctrinal, la jurisprudence de la Cour suprême espagnole, en particulier deux arrêts contradictoires promulgués en 2005, est prise comme point de départ. Le récent arrêt de la Cour constitutionnelle espagnole STC 199/2013, du 5 décembre, qui traite pour la première fois des échantillons d'ADN comme preuves médico-légales est analysée attentivement. De l'avis de l'auteur, la Cour constitutionnelle a manqué une excellente occasion de mettre en évidence les carences existantes dans la réglementation sur l'utilisation de l'ADN dans la procédure pénale.

Summary: This paper analyses the constitutionality of the surreptitious taking of samples of NDA from criminal suspects for criminal investigation purposes. Since there is no legal regulation on this issue, the

starting point is the identification of the fundamental rights eventually affected by this kind of actions. This is a controverted issue in Spanish legal scholarship. The paper also looks at the case-law of the Spanish Supreme Court, in particular two contradictory rulings given in 2005 with regard to the same person. Against this background, the paper moves on to comment the most recent ruling of the Spanish Constitutional Court on the issue, Judgment 199/2013 of 5 December 2013. Unfortunately, the Court has not taken the advantage of this excellent occasion for declaring the deficiencies of legal regulation concerning the surreptitious taking of samples of DNA by the police.

Palabras clave: Derechos fundamentales, ADN, investigación penal, derecho de defensa.

Hitz gakoak: Oinarrizko eskubideak, DNA, ikerkuntza penala, defensa eskubidea.

Mots clés : Droits fondamentaux, ADN, enquête pénale, droit à la défense,

Keywords: Fundamental rights, DNA, criminal investigation, rights of defense.

AURKIBIDEA

1. Sarrera
2. Poliziak modu ezkutuan lortutako DNA laginei buruzko jarrera doktrinalak
3. Jurisprudenziaren jarrera poliziak modu ezkutuan lortutako DNA laginei buruz: Auzitegi Gorenaren 2005eko bi sententzia kontraesnakorrei buruzko aipamena
4. 199/2013, abenduaren 5eko KAE
 - 4.1. Berdintasunerako eskubidearen urratzea (KE 14 art.)
 - 4.2. Errugabetasun-presuntziorako eskubidearen lesioa (KE 24.2 art.)
 - 4.3. Intimitate pertsonalerako eskubidearen urratzea (KE 18.3 art.)
 - 4.3.1. Konstituzioaren arabera zilegia den helburua
 - 4.3.2. Legezketasun printzipioa
 - 4.3.3. Baimen judizialaren beharra
 - 4.3.4. Proporziozkotasun-printzipioaren betetze zorrotza
 - 4.4. Autodeterminazio Informatzailerako eskubidearen arau-haustea (KE 18.4 art.)
5. Amaierako balioespena

1. SARRERA

Iruzkin honek poliziak DNA¹ laginak ezkutuko moduan² jasotzen dituen eginbidearen zuzenbide inguruabarrak aztertzea du xede. Azken hau egun Espainian arautu gabeko praktika poliziala izanik, Auzitegi Gorenaren eta Konstituzio Auzitegiaren

1. DNA (azido desoxirribonukleikoaren laburdura) *azido nukleiko* bat da. Azido nukleiko guztiak bezala, *nukleotido* deritzen unitateekin eraikitako polimero luzea da. DNAren kasuan, unitate estruktural horiek oinarrizko hiru osagai dituzte: 2-desoxirribosa izena duen azukre pentosidoa (bost karbono-atomo dituen azukrea, C₅H₁₀O₄ formula duena), fosfato-taldea (PO₄³⁻) eta base nitrogenatua. Azukreek eta fosfato-taldeek kate-itxurako molekula horren eskeletoa eratzen dute, eta base nitrogenatuak armazoi horren inguruan kokatzen dira (Elhuyar Zientzia eta Teknologia Hiztegi Entziklopedikoa). DNA gure gorputzeko zelula guztietan topa daitekeen molekula da. Honek, gure organismoaren funtzionamendurako beharrezkoa den informazio genetikoa gordetzen du.

2. Gaztelaniaz “de forma subrepticia”. Subrepción: (Del lat. *subreptio*, -ōnis). 1. f. Acción oculta y a escondidas. 2. f. *Der.* Ocultación de un hecho para obtener lo que de otro modo no se conseguiría (Diccionario Real Academia de la Lengua Española).

ebazpenetatik abiatuko gara arlo honetan baimen judizialik gabe buruturiko eginbide polizialek Espainiar Konstituzioan aurreikusitako oinarriko eskubideak errespetatzen dituzten ezagutzeko. Arreta bereziarekin aztertuko dugu berriki argitaratu den Konstituzio Auzitegiaren abenduaren 5eko 199/2013 epaia, azken honetan lehenengo aldiz arduratzen baita DNA laginen auzitegiko erabilpenaz.

Baina zer esan nahi du zehatz-mehatz laginak ezkutuko moduan hartzeak? Egitate kriminalen susmagarria edo inputatua denaren arrasto biologiko “abandona-tuak” isilean edo ezkutuan jasotzen direla. Subjektuaren elkarlana beharrezkoa izan gabe hartzen den lagina da beraz, bera jakitun izan gabe.

Aztertzen ari garen eginbidea modu ezkutuan lortutako lagina³ egitateen lekuan topatutako beste lagin⁴ batekin konparatzean datza. Analisitik eratorritako emaitza positiboa izanez gero, hau da, laginak bat etorriko balira, pertsona horren parte hartzea egiaztatuko litzateke ikertua izaten ari den delituan.

Eginbide honen arazo konstituzionala bere arauketa ezegoki eta ez-nahikoan datza. DNA frogak ordenamendu juridiko espainiarrean ez du arauketa espezifikorik izan azaroaren 25eko 15/2003 LO onartu arte. Azken honek amaierako lehenengo xedapenean, beste batzuen artean, PKLren 326 eta 363 artikulua moldatu zituen. Batetik, paragrafo berri bat gehitu zitzaion 326 artikuluari honako edukiarekin:

“Arrastoak edo aztarnak agertu ondoren, horien analisi biologikoa baliagarria izan badaiteke ikertutako egitatea argitzeko, instrukzio-epaileak polizia judizialari edota mediku forentseari aginduko dio beharrezko diren neurriak hartzea, lagin horiek batu, jaso eta azter daitezten, haien kautotasuna bermatzen duten baldintzetan, betiere 282. artikuluan ezarritakoari kalterik egin gabe⁵”.

Bestetik, 363 artikuluari bigarren paragrafo bat gehitu zitzaion, honako edukiarekin:

“Hori justifikatzen duten arrazoiak egiaztatuz gero, instrukzio-epaileak susmopekoaren lagin biologikoak eskuratzeko erabakia har dezake ebazpen ziodunean, baldin eta laginok ezinbestekoak badira haren DNA profila zehazteko”.

Ezin dugu ahaztu PKLren 323.3 artikulua berriak aipatzen duen 282 artikulua, honakoa baino ez duela esaten:

“Polizia judizialaren xedea eta hori osatzen duten guztien betebeharra da euren lurralde edo mugapean gertatzen diren delitu publikoak ikertzea; eurek dituzten eskumen arabera, delituok egiaztatzeke beharrezkoak diren eginbideak gauzatu eta delitugileak atzematea; eta delituaren efektuak, tresnak edo frogak, desagertzeko arriskuan daudenak, jaso eta agintaritzatza judizialaren esku uztea”.

3. Gaztelaniaz muestra indubitada.

4. Gaztelaniaz, muestra dubitada.

5. Prozedura Kriminalaren Legearen euskarazko itzulpenak Herri Arduraritzaren Euskal Erakundeak argitaratutako materialetik eskuratutak izan dira. Egileak: Aiora Aristondo, Gotzon Lobera, Andrés Urrutia eta Esther Urrutia.

Nahiz eta egun hainbat diren zehazteke dauden arloak⁶, DNARI buruzko arauketa nolabait osatu zen urriaren 8ko 10/2007 LORI esker. Honek DNAREN bidez lortutako identifikatzaileen polizia datu-basea arautzen du. Bere hirugarren xedapen gehigarriak honela dio:

“Gobernuak errege-dekretuaren bidez arautuko ditu Justizia Ministerioak eta Barne Arazoetarako Ministerioak batera hala proposatuta, eta legearen arabera bidezkoak diren txostenak aurretiaz eskuratuta, DNAREN erabilera forentseari buruzko batzorde nazionalaren egitura, osaera, antolaketa eta jardunbidea. Batzorde horrek egiaztagiria emango dizkie laborategi zehatz batzuei, eta laborategi horiek ahalmena izango dute delituen ikerketan eta pertsekuzioan nahiz hilotzen identifikazioan profil genetikoak egiaztatzeko; batzorde horrek ezarriko ditu laborategiok koordinatzeko irizpideak; protokolo tekniko ofizialak prestatuko ditu, laginak eskuratu, gorde eta analizatzeari buruz; laginok segurtasun-baldintzetan gordetzeko baldintzak ezarriko ditu; eta, oro har, neurri guztiak finkatuko ditu laginen, analisisen eta horietatik eskuratutako datuen behar-beharrezko isilgordea eta erreserba bermatzeko, betiere legetan ezarritakoarekin bat etorri⁷”.

Dena den, babes-helegitea eta ondorengoko abenduaren 5eko 199/2013 KAE ahalbidetu duten egitate kriminalak jazo zirenean, arestian aipatutakoa arauak ez zeuden indarrean. Garai hartan ez zegoen DNA analisis arduratuko zen legezko aurreikuspen espezifikorik, orduko PKLren 363 artikulua bere paragrafo bakarrean ezarritakoa salbu:

“Epaitegiek eta auzitegiek analisi kimikoak egiteko agindua emango dute, bakar-bakarrik ikerketa judiziala egiteko eta justizia egoki administratzeko guztiz ezinbestekotzat jotzen direnean”.

Gai honi buruzko legeria laburki aipatu ondoren, jarraian doktrinak eta jurisprudentziak izandako jarrerak azalduko ditugu eta ondoren, abenduaren 5eko 199/2013 KAE aztertuko dugu.

2. POLIZIAK MODU EZKUTUAN LORTUTAKO DNA LAGINEI BURUZKO JARRERA DOKTRINALAK

Kasu honetan akusatuak ez daki bere jarrerarekin DNA frogaren materializazioan laguntzen ari denik. Ez da horretaz jakitun. Aztarna hauek bere kolaborazioaren beharrik gabe lortzen dira, beraz. Lagina lortzeko subjektuaren gainean bortxa erabiltzea beharrezkoa ez denez doktrinaren gehiengoak agintaritza judizialak frogagindu eta inputatuak betetzeari uko egiten dion kasuetan, lagina lortzeko modu honen alde egin du. Nahiz eta subjektuaren adostasuna lortu ez, bere gorputzaren gainean indarra erabiltzea beharrezkoa ez denez, baliozkoa dela nabarmendu dute. MORENO VERDEJOren⁸ ustez pertsonaren zelulak dituzten aztarnak jasotzeko PKLren 326.3 eta

6. Besteak beste, bitarteko honen erabilera justifikatuko duten delituen larritasuna, inputatuak frogagiteari uko egitearen balorazioa, gorputz-interbentzioa gauzatu ahal izateko indarraren erabilera...

7. Itzulpena neronek egindakoa da.

8. MORENO VERDEJO, Jaime, “ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”. Centro de Estudios Jurídicos, Gobierno de España, 2004, 1.818-1.819 orr.

778.3 artikuluetara jo beharko dugu. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER⁹ eta MARTÍN PASTORrek¹⁰ aldiz, 10/2007 Lege Organikoak lagina lortzeko modu honen alde egiten duela interpretatzen dute, lege honen 2. Xedapen gehigarriaren arabera, soilik izango baita galdagarria inputatuaren adostasuna edo hura baimentzen duen ebazpen judiziala lagina bere gorputzetik zuzenean eskuratu behar den supostuetan. Gauzak horrela, ARMENTEROS LEÓNek¹¹ supostu hauetan jada gorputz-interbentzioen tesuinguruan ez garela egongo nabarmentzen du. Bere ustez, lagina modu honetan eskuratuz gero, osotasun fisiko eta moralerako eskubidea, eta norberaren aurka ez deklaratzeko eskubidea, ez dira urraturik suertatuko. Hala ere, eginbideak intimitaterako eskubidearengan eragina izan dezakeela uste du DNAk norbanakoaren kode genetikoari buruzko oinarrizko informazioa gorde dezakeelako. RAMOS ALONSOren¹² ustez, intimitaterako eskubidea ez da urraturik suertatuko analisi genetikoa ez baita egingo epaileak agindu arte. NARVÁEZ RODRIGUEZek¹³, gorputz-interbentzioa gauzatzea beharrezkoa ez denez, eginbide polizial honen arazoa faktikoa baino ez dela nabarmentzen du. Egile honen arabera, zailtasunak egongo dira lurretik edo beste leku batetatik jasotako lagina susmagarria edo inputatuarena dela frogatzerako orduan.

Honen harira FABREGA RUIZek¹⁴, frogaren egiazkotasuna zalantzan jarri ez dadin lagina jasotzerakoan eta laborategira bidaltzerakoan bete beharreko ukanbeharrak zerrendatzen ditu.

Modu batera zein bestera, eginbidea modu honetan gauzatzearen alde agertu direnen artean ere, eztabaidatu izan da *res nullius* diren lagin hauek jasotzeko ebazpen judiziala beharrezkoa ote den edo polizia judizialak bere kabuz jaso dezakeen epailearen baimenik gabe. RAMOS ALONSOren ustez, ebazpen judiziala ez da beharrezkoa arrastoa jasotzeko. Baina polizia judizialak aztarna batu ondoren, berehala informatu beharko du instrukzio epaileak berak analisisa agindu dezan. Egin ezean ondorioa deuseztasuna izango da.

DEL POZO PEREZek¹⁵ gaineratzen du Auzitegi Gorenaren apirilaren 19ko epaiak ezarritako irizpidea, hau da, epailea pertsonalki polizia-etxera joatea atxilotuak

9. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana, La prueba de ADN en el proceso penal. Comares. Granada, 2008, 73-76 orr.

10. MARTÍN PASTOR, José, “La recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal”, La Ley Penal, 89 zk., 2012, 3-9 orr.

11. ARMENTEROS LEÓN, Miguel, “Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal”. La Ley, 6.738 zk., Ref. D-144, 2007, 10-15 orr.

12. RAMOS ALONSO, José Vicente, “La recogida de muestras biológicas en el marco de una investigación criminal”. La Ley, 7.364 zk., 2010, 15-22 orr.

13. NARVÁEZ RODRIGUEZ, Antonio, “La recogida de muestras biológicas la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Actualidad Jurídica Aranzadi, 703 zk., 2006, 4-7 orr.

14. FÁBREGA RUIZ, Cristobal Francisco, “Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la <<huella genética>> y su valoración judicial”. La Ley, Ref. D-23, 1999, 6-14 orr.

15. DEL POZO PEREZ, Marta, “Algunas cuestiones polémicas sobre el ADN y el proceso penal”. Revista General de Derecho Público Comparado, 10 zb, 2012, 28-33 orr.

borondatez jaurtitako arrasto biologikoa jasotzera, zentzugabekeria dela. Bere ustez, eguneroko praktikan baldintza hau betetzea ez litzateke posible.

Hala ere, doktrinaren osotasuna ez da eginbide honen aldekoa, zenbait autorek haien zalantzak adierazi dituzte eta badira aritzeko modu honen kontrako jarrera azaldu dutenak ere bai. Alemaniako doktrinan oso gai eztabaidatua izan da. ETXEBERRIA GURIDI¹⁶ bere obran EISSENBURG¹⁷en 1993ko lana aipatzen du. Autore honen ustez, era ezkutuan gauzatzen den eginbide hau Alemaniako Konstituzioan jasotzen den autoinkriminazio askearen printzipioaren aurkakoa da. Egungo Prozedura Kriminalaren Legea edo Kode alemaniarra (*Strafprozeßordnung*) ikerketarako beharrezko den kasuetan odol lagina edo material biologikoa hartzea ahalbidetzen du susmagarriaren borondatearen aurka bada ere, baina prozedurak baimen judiziala galdatzen du. Baldintza honen betetzeak ikerketaren arrakasta arriskuan jar dezakeen atzeratzea suposatuko balu, ministerio fiskalak agindu lezake. Gainontzeko inguruabarretan susmagarriaren adostasuna beharrezkoa izango da (§ 81a: 1-3).

Espanian besteak beste, RIVERO HERNÁNDEZ¹⁷ modu honetan lortutako lagina erabiltzearen aurka azaldu da erabat. Bere ustez, mota honetako datuak ezin dira interesdunaren adostasunik gabe erabili, kontrako kasuan deuseza den frogaren baten aurrean egongo gara, eta ondorioz auzitegiak ezin izango du kontuan izan. CORTÉS BECHIARELLI¹⁸ gaineratzen du eginbide hau epailearen kontrolpean baino ezin dela burutu ikertutako pertsonaren intimitate eskubidea mugaturik suertatu daitekeelako eta PKLren 363.2 artikulua besterik aurreikusten ez duelako. Bere ustez, kontrako ikuspuntua defendatzeko ezin da Konstituzio aurrekoa den 282 artikulua argudiatu¹⁹. Baina are gehiago, eginbide hau auto ziodun bidez erabaki behar da subjektu pasiboa susmagarri izatetik inputatu izatera igaro ondoren.

3. JURISPRUDENTZIAREN JARRERA POLIZIAK MODU EZKUTUAN LORTUTAKO DNA LAGINEI BURUZ: AUZITEGI GORENAREN 2005EKO BI SENTENTZIA KONTRAESANKORREI BURUZKO AIPAMENA

Auzitegi Gorenako zigor arloko gelak 2005ean bi sententzia kontraesankor eman zituen poliziak ezkutuan lortutako DNA laginei buruz. Suposamendua berdinderdina zen, kasazio-helegitea ebatztean baina, Auzitegiak irizpide ezberdinak jarraitu zituen. Ebazpen hauek funtsezkoak dira iruzkin honen funtsa den abenduaren 5eko 199/2013 KAE baloratu ahal izateko. Izan ere, Konstituzio Auzitegiak aztertzen duen babes-helegitea Auzitegi Gorenaren ebazpen horietako baten kontra aurkeztua

16. ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal. Comares. Granada, 2000, 303-309 orr.

17. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales”. Poder judicial, 25 zk., 1992, 61-71 orr.

18. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Garantías procesales para la obtención de muestras de ADN (a propósito de la STS de 19 de 04 de 2005)”, Revista Penal, 16. zk., 2005, 36-42 orr.

19. CORTÉS BECHIARELLI Emilio, “Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)”, Revista Penal, 18 zk., 2006, 49-54 orr.

izan da. Hain zuzen ere, jokoan dauden oinarrizko eskubideen interpretazioan berme gutxien agertzen duen sententziaren aurka.

Epaitutako suposamendua eta subjektua bietan berdina zen. Izan ere, birritan atxilotua izan ostean, kale borroka ekintza ezberdin bi burutzea leporatu zitzaion.

Lehenengoa autobus baten erretzeaz ari zen bitartean, bigarrena kutzazain automatiko baten suteaz arduratzen zen. Egileek ekintza biak aurpegia estalita zutelarik gauzatu zituzten eta erabilitako kaputxak ondoren inguruetan jaurti zituzten. Jantzi horien atzemateari esker polizia judizialak analisi biologikoa burutu ondoren ondorioztatu ahal izan zuen horiek erabili zituen pertsonaren listu arrastoak gordetzen zituztela.

Hilabete gutxi batzuk pasata, auzi-jartzailea birritan atxilotua izan zen, eta harrigarria izan arren, poliziak bietan jaso zuen bere karkaxa ezkutuko moduan. Lehenengoa 2002ko apirillean izan zen, Ertzainetxean zegoela. Bere askatasun gabetzeaz baliatuz, ertzainak hisopo baten bidez lurrera jaurtitako karkaxa baten arrasto biologikoak jaso eta Ertzaintzaren Polizia Unitate Zientifikora bidali zituen DNA analisia egiteko. Froga hau polizien lekukotzaren bidez heldu zen ahozko epaiketara, eginbidea ez baitzen dokumentatu.

Bigarren atxiloketa 2002ko urriari dagokiona da. Atxilotua ziegatik irten eta komunera zihoala karkaxa jaurti zuen lurrera. Bere zaintzaz arduratzen zen ertzaina horretaz jabetzean, bere absentziaz baliatu zen arrastoa jasotzeko eta polizia zientifikoaren eskuetan jartzeko.

Kasu bietan burututako DNA analisisetan ondorioztatzen da atzemandako kaputxetan zeuden arrasto biologikoak modu ezkutuan lortutako laginekin bat datozeela. Hortaz, atxilotua delitu bien egiletzat jotzen da.

Lagina jasotzeko modua berdin-berdina izan arren, Auzitegi Gorenak kasazioan irizpide ezberdinak erabili zituen supostu bakoitzean, ebazpen kontrajarriak emanez.

Auzitegiak apirilaren 19ko 501/2005 ebazpenean²⁰ prozesura barneratzen den froga oro Konstituzioak eta lege prozesalek galdatutako berme guztiak bete behar dituela nabarmentzen du. Helegite-jartzailearen alegazioak aztertu ondoren errugabetasun presuntziorako eskubidea urratua izan dela ondorioztatzen du. Ebazpen honen arabera, ezin du baliorik izan lege prozesalean ezarritako baldintzak bete gabe lortutako frogabideak. Kasu hartan ez zegoen funtzionarioaren ekinbidea ahalbidetuko zuen presazko arrazoirik. Ertzainak, arrasto biologikoak detektatu ondoren beharrezko neurriak hartu behar zituen lagina zegoen bezala kontserbatzeko, eta ondoren zegokion epaitegira jo behar zuen epailearen parte hartzea eskatzeko. Hori dela eta modu ezkutuan lortutako DNA arrastoaren ez-zilegitasuna aldarrikatzen du Auzitegi Gorenaren apirilaren 14ko 510/1997 epaiaren 2. oinarri juridikoa eta Konstituzio Auzitegiaren urriaren 25eko 303/1993 epaiaren 4. oinarri juridikoa bere eginez. Batetik, PKLren 326. artikulua arabera, delituaren aztarnak edo froga materialak jasotzea instrukzio epaileak gauzatu beharreko zeregina dela argitzen du. Hots, arau orokor gisa eskuduna den agintari judizialaren parte-hartzea ezinbestekoa da

20. Helegite zk.: 774/2004, Aranzadi zk.: RJ 2005\4190. Txostengilea: Joaquín Delgado García.

eta premiazko arrazoiak egon ezean, poliziak ezin du hura ordezkatu. Urgentziatzko suposamendu batean egongo bagina, poliziaren ekinbideari esker lortutako frogak horrek ahozko epaiketari baliozkoa izateko, eginbidea behar bezala dokumentatua egon beharko luke ondokoak esanbidez zehaztuz: jasotako objektua, bere kokapena eta egozten zaion pertsonarengandik eratorria izan dela aditzera ematen duten gaitzatzeko inguruabarrak.

Aipatutako doktrina jurisprudenziala helegitearen objektua den kasuari aplikatuz, auzitegiak ekinbide poliziala justifikatuko zuten presazko arrazoirik ez zela egon ulertu zuen. Froga jasotzeko epailea bertaratu arte itxaron beharra zegoen, denboraren joanak ez baitzuen eragingo lagina hondatzea. Poliziak arrastoa bere horretan kontserbatzeko neurriak baino ez zituen hartu behar. Baina aurrekoa gutxi balitz, Ertzainak lagina jasotzerakoan jarraitutako prozedurak frogaren egiazkotasunarengan eragina izan zuen arau prozesalak ez baitziren errespetatu. Ez zegoen lagina jasotzea ahalbidetuko zuen ebazpen judizialik, baina gainera, eginbidea ez zen atestatua dokumentatu.

Aurrekoa alde batera utzita, Auzitegiak nabarmentzen du halaber, frogaren analisia ahalbidetuko zuen ebazpen judizialik ez zela egon. Beraz, presa arrazoiak egon izan balira ere, froga ez-zilegi baten aurrean geundeke.

1311/2005, urriaren 14ko epaian²¹ aldiz, ez zen PKLren 326 eta 363 artikuluen interpretazioari buruz eztabaidatu. Hau da, ez zen aztertu ea beharrezkoa den alde aurretik instrukzio epaileak eginbidea ebazpen arrazoitu bidez agindu izana. Sententzia honetan auzitegiak datu pertsonalen tratamendu automatizatua intimitate eskubidea urratu egin zela alboratzeko, lagina lurretik modu espontaneoan jaso egin zela azpimarratzen du, lagin hau jasotzerakoan protokoloa behar bezala jarraitu zela argudiatuz. Hori dela eta, arau-hauste prozesalik egon ez zela erabakitzen du. Auzitegiak lagina inputatuaren gorputzetik era zuzenean lortu ez zenez, bere intimitatearengan eragina izan zezakeen gorputz-interbentziorik ez zela egon adierazten du. Hori dela eta, bere ustez ez zen inputatuaren adostasuna beharrezkoa, polizia ezusteko gertaera batetaz baino ez delako baliatzen. Listu arrastoak hortaz, susmagariaren gorputzetik eratorritako objektu bilakatzen dira, baina ustekabeko moduan lortuak.

Harrigarria dirudi Auzitegi Gorenaren Bigarren Salak hain epe motzean 360 graduko bira egitea eta kasu hau aurrekoarekiko bestelako moduan ebaztea bere interpretazioa aldatzera bultzatzen duten arrazoiak azaldu gabe. Apirilaren 19ko sententziak modu bermatzailean lagina jasotzerakoan jarraitu beharreko irizpideak ezartzen dituen bitartean, urriaren 14ko ebazpenak ezkutuko moduan lortutako laginen kasuan epailearen parte-hartzearen doktrina aplikagarria ez dela baino ez du esaten. Auzitegiak baina, ez du behar bezala justifikatzen zerk ahalbidetzen duen polizia agintari judizialarekin aritu gabe jarduteko.

Iritzi desberdinak egonik, gaia argitu eta etorkizuneko auzietan erabiliko ziren irizpideak bateratzeko asmoz, Auzitegi Goreneko Bigarren Salak jurisdikzioz-kanpoko akordio bi adostu zituen. Bata 2005eko uztailaren 13an, eta bestea, 2006ko urtarrilaren 31n. Lehenengoak esaten du PKLren 778.3 artikuluan ezarritakoa gaikuntza legal nahikoa dela ebazpen judizial bidez DNA analisia gauzatzeko, nahiz eta subjektua atxilotua egon eta abokatuaren laguntzarik ez izan, baldin eta bere

21. Helegite zk.: 739/2005; Aranzadi zk.: RJ 2005/8072. Txostengilea: Jose Antonio Martín Pallín.

burua ez-erruztatzeko duen eskubideaz ohartarazia izan baldin bada. Bigarrenak, Polizia Judizialak susmagarriak lagatako arrasto genetikoak edo lagin biologikoak batu ditzakeela adierazten du, hura baimentzen duen ebazpen judizialik ez badago ere.

Akordio hauek oinarri hartuta, urriaren 14ko 1311/2005 ebazpenean jasotako ildoak sendotu egin da Auzitegi Gorenean ondoren ezagututako gaietan. Besteak beste martxoaren 20ko 355/2006²², urriaren 4ko, 949/2006²³, abenduaren 20ko 1267/2006²⁴, azaroaren 27ko 1062/2007²⁵, eta maiatzaren 31ko 491/2013²⁶ epaietan.

Jurisdikzioz kanpoko akordio²⁷ hauen balio juridikoa zalantzatan jarri, eta lotesleak ez direla ondorioztatu genezakeen arren, honakoa ez da oraingoa esku artean dugun zeregina.

4. 199/2013, ABENDUAREN 5EKO KAE

Auzitegi Gorenak apirilaren 19ko 501/2005 epaiaren bidez Entzutegi Nazionalak ezarritako zigorra baliogabatu ondoren, eta aldiz, organo berak egitate berdintsuengatik ezarritako beste zigor bat berretsiz ostean, demanda-jartzaileak babes helegitea aurkeztu zuen Konstituzio Auzitegian urriaren 14ko 1311/2005 Auzitegi Gorenaren epaiaren aurka.

Hau izan zen Konstituzio Auzitegia prozesu penalean ikerkuntza tresna eta frogagisa DNAz arduratu zen lehenengo aldia, hortik bere garrantzia. Aldez aurretik adierazpenik ez zegoenez, garrantzi handiko gaia izanik osoko bilkuran lantzea erabaki zuten²⁸. Dena den, ez dirudi aho-batasuna lortu denik. Hiru dira gehiengoaren irizitik aldentzen diren kideak, bi bozka partikular idatziz²⁹.

22. Helegite zk.: 1352/2005, Aranzadi zk.: RJ 2006/1671.

23. Helegite zk.: 10203/2006, Aranzadi zk.: RJ 2006/6533.

24. Helegite zk.: 1352/2006, Aranzadi zk.: RJ 2007/390.

25. Helegite zk.: 1128/2007, Aranzadi zk.: RJ 2007/9354.

26. Helegite zk.: 11901/2012, Aranzadi zk.: RJ 2013\3995.

27. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, "Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba de ADN en el proceso penal (o sobre la competencia legislativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)", Revista Penal, 18 zk., 2006, 46-48 orr.

28. Konstituzio Auzitegiaren Lege Organikoak 10.1 artikuluan osoko bilkurak ezagutuko dituen gaien ezartzen ditu: "n) De cualquier otro asunto que sea competencia del Tribunal pero recabe para sí el Pleno, a propuesta del Presidente o de tres Magistrados, así como de los demás asuntos que le puedan ser atribuidos expresamente por una ley orgánica".

Osoko bilkuran babes helegite bat aztertzeko komenigarritasuna eragin dezaketen arrazoiak, planteatutako gaiaren garrantzi objektiboa edo Saletan azaldutako desadostasunei buruz SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, "Art. 10", In REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (kordinatzailea.). Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. TC-BOE. Madril, 2001, 250-251 orr.

29. Luis Ignacio Ortega Álvarezek, presidenteordea den Adela Asua Batarritak idatzitako bozka partikulararekin bat egiten du. Azken honen ustez poliziak ezin du DNA analisirik egin atxilotuaren baimenik gabe eta ebazpen judizialik gabe modu ezkutuan lortutako lagin edo arrasto biologikoen gainean. Ebazpen

...

Bost dira helegite-jartzaileak argudiatzen dituen arrazoiak. Horra hor:

1. Berdintasunerako eskubidearen urraketa (KE 14. art.). Auzitegi Goreneko Sala penal bera pareko kasu batean bestelako ondorio batera heldzeagatik legearen aplikazioan desberdintasunak izan direlako.
2. Errugabetasun presuntzioaren lesioa (KE 24.2 art.), zigorra oinarritzeko berme guztiekin lortutako kargu froga nahikorik ez egoteagatik bere aurka.
3. Intimitate pertsonalerako eskubidearen urraketa (KE 18.3 art.) poliziak bere profil genetikoaren analisisa baimen judizialik gabe burutu zuelako.
4. KE 18.4 artikuluan jasotako bermearen, hots autodeterminazio informatzailearen haustea, Ertzaintzak bere datu pertsonalak administrazio edo bestelako erakundeen kontrolik ez zuen datu-base informatizatu batean barneratu zituelako.
5. Babes judizial eraginkorra eta legezkotasun penalerako eskubideen lesioa (KE 24.1 eta 25.1 art.ak) legez aurreikusitako zigorra baino handiagoa ezarri izanagatik. Zio honek aztertzen ari garen gaiarekiko harreman zuzenik ez duen heinean, ez da iruzkin honetan landuko.

Azter ditzagun banaka Konstituzioaren interpretatzaile gorenak alegazio hauei ematen dien erantzuna.

4.1. Berdintasunerako eskubidearen urratzea (KE 14 art.)

Auzitegiak ez du arrazoibide hau aintzat hartzen aipatutako sententzia bietan subjektua berdina delako. Ebazpen judizialean emandako tratua alderatu ahal izateko eman behar den lehenengo ukanbeharra pertsona ezberdinei buruzkoa izatea dela nabarmentzen du. Kasu honetan baina, helegite-jartzailea berdina zen. Modu batera edo bestera, gaineratzen du aliteritate eskakizuna ezin dela babes judizial eraginkorrako eskubidearen kaltera joan. Hau da, egitate juridikoak berdintsuak izanik aurretik emandako ebazpen bateko irizpideak nabarmen aldatzen dituen organoak, norabide aldaketa eragin duten arrazoiak behar bezala azaldu behar ditu (KAEE otsailaren 27ko 61/2006,4 OJ; azaroaren 26ko 212/2009; eta martxoaren 28ko 38/2011, 7 OJ). Dena den, doktrina konstituzionala kasura aplikatuta, Auzitegi Gorenaren 1311/2005 epaia, organo bereko 501/2005 sententziaz argi alden du zela deritzo Konstituzio Auzitegiak. Honen arabera, denboran azkena den sententziak norabide aldaketa gauzatzeri daramaten arrazoiak azaltzen ditu bere 1. OJan. Hau da, gorputz-interbentziorik egon ez denez, arrasto biologikoaren borondatezko abandonatzean oinarritzen da. Aurreko guztiagatik osoko bilkuraren ustez ez da erabaki arbitrarioz egon eta hortaz, legearen aplikazioan ez da berdintasunerako eskubidearen urratzerik izan.

...

judiziala eta honen ondorengoko kontrola intimitate eta babes judizialerako oinarritzeko eskubideen errespetutik eratorritako eskakizuna izanik, babes-helegitea onartzearen alde agertzen da. Bigarren bozka Andrés Ollero Tassarari dagokio. Magistratu honen arabera babes-helegitea onartua izan beharko litzateke DNA laginen datu-baseak momentuan lege bidez baimendua ez zegoelako. Hortaz, helegite-jartzailearen autodeterminazio informatzaileko eskubidea urratua izan dela uste du.

Adela Asua magistratua, ordea, gehiengoaren iritzitik aldendu egiten da eta nabarmentzen du Auzitegi Gorenaren 1311/2005 sententziaren motibazioa ez-nahikoa dela. Are gehiago 501/2005 epaiak erreserba judizialaren beharra azaltzeko ematen duen arrazoiketa landuarekin konparatzen baldin badugu. Pertsonalki, bat nator auzitegiko presidenteordearekin. Paradoxikoa iruditzen zait kontraesankorrak diren bi sententzien artean Konstituzio Auzitegiak oinarritzko eskubideekiko berme gehien eskaintzen dituen ebazpena alboratzea, eta proportziozkotasun printzipioa saihestuz orduan indarrean zegoen PKL 363 artikuluko erreserba judiziala ezabatzen duen sententziaren alde egitea.

Auzitegi Gorenaren 501/2005 ebazpenak, egitateak jazo ziren unean DNAREN erabilpenari buruzko arauketak pairatzen zituen gabeziak abiapuntu hartuta, froga lortu eta prozesura eraman zenean Konstituzioan eta lege prozesalean ezarritako bermeak bete gabe geratu zirela ebatzi zuen. PKLren 326, 334, 332, 336 artikulua eta BJLOren 281 eta 473 artikulua aintzat izanik eta Auzitegi Gorenaren (apirilaren 14ko 510/1997, 2 OJ) eta Konstituzio Auzitegiaren (303/1993, 4 OJ), doktrina jurisprudenziala bergogoratzuz, kasu hauetan epailearen parte-hartzea beharrezkoa dela ondorioztatu zuen, eta premiak arrazoiak egon ezean (epaitutako supostuan ez zeuden) hura ezin dela polizien jardunarekin ordezkatu. Baina auzitegiak horrez gain, lagina jasotzerakoan jarraitu beharreko irizpideak ezarri zituen. Besteak beste, egintza prozesalean jaso den objektua behar bezala identifikatzea, non zegoen ondo zehaztea eta arrastoa egotzen zaion pertsonari dagokiola egiaztatzen duten gainontzeko inguruabarrak behar bezala agertzea.

Ebazpen bietan azaldutako arrazoiak ezagutu ondoren, nire ustez agerikoa da denboran lehena den sententziaren motibazio juridikoak bigarrenarena gainditzen duela. Horri gehitu behar zaio Auzitegi Gorenaren 1311/2005 ebazpenak bere posizioa eusteko erabiltzen duen argudioetako baten eztabaidagarritasuna. Hots, arrastoa aurreikusiezineko gertakari baten fruitua dela eta ezusteko moduan jasotzen dela esatea, nire ustez, ez da zuzena³⁰. Egunerakoan halaberrez, hamarnaka DNA arrasto abandonatzen ditugu konturatu gabe. Gure kontroletik at dauden laginak dira. Beraz, terrorismo kasuetan atxilotetaren epea bost egunerarte luzatu daitekeela kontuan izanik, agerikoa da lehenago edo beranduago atxilotuaren arrasto biologikoak lortuko zirela gorputz-interbentziorik gauzatzeko beharrik gabe. Ile bat, edalontzi bat edo jateko erabilitako mahai-tresnak egokiak izango liritezke analisisa burutzeko.

4.2. Errugabetasun-presuntziorako eskubidearen lesioa (KE 24.2 art.)

Auzi-jartzailak zigorra DNA analisisan oinarritu izanaren ondorioz, bere errugabetasun-presuntzioa urratu izana salatzen du. Laginaren jasotzea eta ondorengoko analisisa ebazpen judizialik gabe burutu ziren heinean frogak bere oinarritzko eskubideak urratu zituela ulertzen du. Hortaz, BJLOren 11.1 artikulua arabera

30. Iritzi berekoa da ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, "Reserva judicial y otras cuestiones relacionadas con el empleo del ADN en la investigación criminal", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 27 zk., 2007ko uztaila-abendua, 127 or: "No creemos que se trate, en contra de lo que opina la Sala en la segunda sentencia, de 14 de octubre de 2005, de muestras obtenidas por "puro azar", de forma "totalmente imprevisible" o "inesperada". Más bien se trata de esperar pacientemente a que el sospechoso, detenido o no, expulse o exteriorice muestras o se provoque dicha exteriorización (ofreciendo un cigarrillo o comida o bebida)".

froga nagusiaren deuseztasuna argudiatzen du. Konstituzio Auzitegiak banan-banan aztertzen ditu listua lortzerakoan salatutako urritasunak eta analisi biologikoari eta ondorengoko alderaketari leporatzen zaizkionak.

Laginaren jasotzeari dagokionez, kexa bi ziotan banatzen da: poliziaren jarduna baimenduko zuen ebazpen judizialaren beharra eta egotziak bere buruaren aurka ez deklaratzeko duen eskubidea, ikerketako arduradunekin ez kolaboratzeko duen eskubidearekin batera.

Harritzekoa bada ere, Konstituzio Auzitegiak lehenengo zioari buruzko eztabaida saihestu egiten du. Ebazpen bietako gakoa hau izan arren, auzi-jartzaileak instrukzio epailearen betebeharrak jasotzen dituzten PKLko artikulua baino ez dituela aipatu esaten du. Hau da, auzi-eskean lagin biologikoa jasotzerakoan epailearen parte-hartzea galdatzen duen argudiorik eman ez izana leporatzen dio Horrekin batera auzi-jartzaileak zio honetan ustez urraturik suertatu den eskubideari buruzko aipamenik egiten ez duela esaten du. Hots, kaltetutako eskubidea zehazten ez duela. Adela Asua magistratuak ordea, demandaren osotasunetik helegite-jartzailea berme guztien jabe den prozesu batez eta defentsa eskubidearen urraketaz ari dela argi ondorioztatzen dela nabarmentzen du. Hortaz, auzitegiak edukia ezagutzea eragozten dioten arrazoiak era eskasean argudiatuz, gaurkotasun izugarria duen gai honetaz duen iritzia emateko aukera paregabea galdu egiten du.

Bigarren zioari dagokionez, hots, bere buruaren aurka ez deklaratzeko eskubidea eta ikerketako arduradunekin ez kolaboratzeko eskubidea, Auzitegiak urradurarik suertatu ez dela erabakitzen du, bere ustez ez baitago erruduntasun-aitortzarik. Auzi-jartzaileak bere garaian listua jaurti zuenean ez zen indar fisiko, moral edo engainurik erabili ekintza hori eragiteko. Borondatezko ekintza baten aurrean gaudela nabarmentzen du auzitegiak eta iritzi hori eusteko bere doktrinari heltzen dio, 161/1997 epaiaren 6 OJ gogora ekarriz. Azken honetan baina, alkoholemia frogan kolaboratzeari uko egiteaz ari dira. Beraz, puntu honetara helduta komenigarria iruditzen zait birgogoratzea auzi-jartzaileari ez ziotela eginbidean parte-hartzeko eskatu. Nabarmentzekoa da bera atxilotu zuteneko polizia operazioan beste pertsona batzuk ere atxilotuak izan zirela. Horietako lauri froga biologikoa hartzea baimentzen ote zuten galdetu zitzairen. Hiruk ezezko erantzuna eman zuten eta batek onartu egin zuen. Auzi-jartzaileari buruz aldiz, izapidetzean ez da ezer esaten. Akaso Auzitegi Gorenaren 501/2005 epaiak (5 OJ) iradokitzen zuen bezala³¹, jada ezkutuko moduan lagina lortua zutelako. Hortaz, froga burutzeko ez zen beharrezkoa bere laguntza eskatzea, bera jakitun izan gabe lagina bazutelako, ez kolaboratzeko zuen eskubidea urratuz³².

Azkenik, laginaren analisiari dagokionez, auzi-jartzaileak zaintza-katea behar bezala kontserbatu izana ziurtatzen duten daturik ez dagoen heinean, jasotako listu

31. Hala jasotzen da Auzitegi Gorenaren apirilaren 19ko 501/2005 ebazpenaren 5 OJn.

32. DNA froga erruduntasun aitortzarekin parekatzen duten autoreekin bat nator. Besteak beste, DEL POZO PEREZ, Marta, "Algunas cuestiones polémicas sobre el ADN y el proceso penal", *op. cit.*, 22-24 orr: "Consentir el examen de ADN equivale en la práctica en lo referente a sus efectos a una declaración. Tiene la misma consecuencia confesar un delito que consentir que a través de la prueba de ADN pueda acreditarse que se ha cometido"; eta VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal. Bosch. Bartzelona, 1984, 152-153 orr.

lagina eta ondorengoko alderaketan erabilitakoa berdina dela baieztatzea posible ez dela nabarmentzen du. Konstituzio Auzitegiak aldiz, froga balorazioaren azterketa orokorra egin behar duen heinean, modu isolatua honi buruz iritzia agertu ezin duela adierazten du. Helegite-jartzailea zigortu zuen sententziak, ahozko epailetan lagina jaso zuen poliziaren deklarazioa entzun ondoren ezkutuko frogaren izaeraren gainean zalantzarik ez zegoela ebatzi zuen. Pareko eginbide polizial batez arduratzen den Auzitegi Gorenaren 501/2005 epaia aldiz bestelako ondorio batzuetara heldu zen. Honen arabera bermerik gabeko lagin biologiko batez ari gara, izapideetan ez baitago honen jasotzea dokumentatzen duen txostenik.

4.3. Intimitate pertsonalerako eskubidearen urratzea (KE 18.3 art.)

Auzi-jartzaileak poliziak bere profil genetikoaren analisia hura baimentzen zuen ebazpen judizialik gabe burutu zela salatzen du. Hortaz, intimitate pertsonalerako oinarrizko eskubidea salbuespenez mugatzea ahalbidetzen duen proportziozkotasun azterketa gauzatu gabe.

Auzitegiak eskubide honi dagokionean epaiaren 6 OJn bere doktrina jurisprudentziala birpasatu egiten du eta DNari buruzkoak ez badira ere, antzekoak diren kasu bi aipatzen ditu (KAE 207/1996, eta 196/2004). Gorputz-interbentzioei buruzko kasuak dira, zeintzuen bidez hurrenez hurren jakin nahi zen ea akusatuak droga kontsumitzen zuen edota maiztasunez alkohola hartzen ote zuen. Modu honetan auzitegiak ondorioztatzen du gorputz-interbentzioek babesturik dagoen intimitate pertsonalaren eremuan eragina izan dezaketela eginbidearen bidez ezagutu nahi denaren arabera. Hau da, lortu nahi den informazioaren arabera.

Auzitegiak orain arte DNA frogari buruz duen iritzia agertzeko aukerarik izan ez duen heinean, Konstituzioaren 10.2 artikuluan jasotako mandatua jarraituz, Giza Eskubideen Europar Auzitegiaren jurisprudentziara jotzen du aipamen berezia eginez 2008ko abenduaren 4ko *S eta Marper Erresuma Batuen aurkako* kasu famatuari eta 2006ko abenduaren 7ko *Van der Velden Herbehereen kontrako* ebazpenari. Hauetan intimitate pertsonalarengan eragina duten datuak ezagutarazteko edo hauetara sarbidea izateko dagoen arrisku potentzial soilak bizitza pribaturako eskubidearen gainean esku-sartzea dakarrela azpimarratzen da. Hori dela eta, Konstituzio Auzitegiak interpretazio hori bere eginez, lagin biologikoaren analisiak bizitza pribaturako eskubidearen gaineko esku-sartzea dakarrela ondorioztatzen du³³. Hortaz,

33. UNESCOren baitan 2003ko urriaren 16an onartutako Giza Datu Genetikoei buruzko Nazioarteko Adierazpenak 4.a) artikuluan datu genetikoek izan dezaketen potentzialitatea agerian uzten du. Izan ere, lagin biologikoak ateratzen diren momentuan ezagutzen ez den informazioa ezagutarazi dezakete etorkizunean.

SANCHEZ URRUTIA, Ana, SILVEIRA GORSKY, Hector eta MICHEL, Mónica. Tecnología, intimidad y sociedad democrática. Epílogo de Stefano Rodotà. Icaria. 2003, 89-92 orr. "La característica fundamental de la información derivada del ADN es su excepcional sensibilidad. Por más pequeño que sea el rastro biológico –saliva, trozo de pelo, semen– éste sirve para la identificación de una huella genética, la cual puede distinguir a un individuo de todos los demás. Esta información genética puede además descifrar el parentesco biológico y determinar si alguien padecerá o tendrá la posibilidad de padecer una enfermedad. De hecho, la información genética tiene una potencialidad desconocida que se pone de manifiesto en la revelación de información ilimitada sobre el individuo, en la aportación de datos respecto a los cuales el individuo aún no es consciente de que existen, y en que es una información que aún está por descubrir la forma de descifrarla. En este sentido, los exámenes genéticos presentan muchas ventajas pero también muchos riesgos".

eskubidea arriskuan jarri izanagatik babes-eskatzailaren intimitate eskubidea urratu egin zen. Dena den, horrek ez du esan nahi esku-sartzea Konstituzioaren aurka gauzatu zenik.

Konstituzioaren 18.1 artikulua, 18.2 eta 3 artikuluetan ez bezala, intimitate eskubidearen sakrifiziorik esanbidez aurreikusten ez badu ere, Konstituzio Auzitegiak³⁴ behin eta berriro adierazi du bere babes eremua murriztu daitekeela lehenetsi beharreko konstituzioaren arabera interes batekin talka eginez gero. Hala balitz, norbere informazioaren pribatutasuna gordetzeko eskubidea ez litzateke gailenduko. Bere jurisprudentziak behin eta berriro azpimarratu ditu esku-sartze honen justifikazioa objektiboa eta arrazoizkoa izan dadin galdagarriak diren baldintzak: lehenik, Konstituzioaren arabera zilegia den helburu bat egon dadila; bigarrenik, eskubidearen neurri murriztailea lege bidez aurreikusia egon dadila; hirugarrenik, arau orokor gisa neurria arrazoituriko ebazpen judizial bidez onartua izan dadila (Konstituzioak epailearen aldeko erreserba aurreikusi ez duen heinean legeak polizia baimendu dezake behaketak, azterketak eta gorputz-interbentzio arinak burutzeko, betiere proportziozkotasun eta arrazoizkotasun printzipioak betetzen badira); eta azkenik proportziozkotasun printzipioa zentzu hertsian errespetatu dadila hiru baldintza hauen arabera: neurria lortu nahi den helburua lortzeko egokia izan dadila (egokitasuna); beharrezkoa izan dadila, hau da eskubidea modu arinago batean mugatuko duen bestelako biderik egon ez dadila (premiazkotasuna) eta azkenik, ponderatua edo orekatua izan dadila. Hots, interes orokorraren alde dakartzan abantailak jokoan dauden bestelako ondasun edo baloreengan sortzen dituen kalteak baino handiagoa izatea.

Beraz, oinarriko eskubidean esku-sartzea ahalbidetzen duen esparrua ezarri ostean, aipatutako inguruabarrak banan-banan aztertzea dagokigu.

4.3.1. Konstituzioaren arabera zilegia den helburua

Zalantzarik gabe, ikerketa penala Konstituzioaren arabera helburu zilegia da, egitate kriminalen jarraipenaren bidez, hiritarren segurtasuna defendatzen baita. Konstituzio Auzitegiak³⁵, modu generikoan, zein Giza Eskubideen Europar Auzitegiak DNA frogen testuinguruan, esku-sartzearen zilegitasuna adierazi dute.

4.3.2. Legezkotasun printzipioa³⁶

Hasieran aipatu dugun bezala, azaroaren 25eko 157/2003 LO izan zen PKLn lehenengoz DNARI buruzko aipamena jaso zuena, beraz, auzi-jartzailearen zigorra

34. Guztien ordezkari, ekainaren 19ko 159/2009 KAE, 3 OJ.

35. Otsailaren 14ko 25/2005 KAE odol analisiari buruzkoa (6 OJ) eta irailaren 24ko 206/2007 KAE (70J), alkohol tasaren eragina zehazteko odol analisiari buruz.

36. Guztien ordezkari, apirilaren 4ko 49/1999 KAE, 4 OJ: "En efecto, ha de destacarse en primer término que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 C.E.), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que

...

eragin zuten gertakariak jazo ziren momentuan ez zegoen arauketa espezifikorik gai honen inguruan. Dena den PKLren 363 artikuluko paragrafo bakarra analogiaz aplikagarria zen:

“Epaitegiek eta auzitegiek analisi kimikoak egiteko agindua emango dute, bakar-bakarrik ikerketa judiziala egiteko eta justizia egoki administratzeko guztiz ezinbestekotzat jotzen direnean”.

Nire ustez, artikulua honetatik argi eta garbi ondorioztatzen da analisi kimikoak egiteko baimen judiziala beharrezkoa dela. Hala ere, Konstituzio Auzitegia ene sorpresarako ondorio ezberdin bitara heltzen da. Batetik, aipatu artikulutik Konstituzioak galdatu ez duen erreserba judizialik ezin dela eratorri nabarmentzen du, baina hori gutxi balitz, legegileak oinarriko eskubideak garatzerakoan Konstituzioan ezarritako bermeak zabaldu ezin dituela aditzera ematen du. Horrekin batera, PKL idatzi zenean, hau da, 1882an, analisi kimikoek zuten garestitasunak, konplexutasunak eta geldotasunak legegilea prebentzio hau ezartzera bultzatzu zutela interpretatzen du. Bestetik, bere ustez DNA frogak PKLren 282 eta martxoaren 13ko, 2/1986 LOaren, Segurtasun Indar eta Kidegoei buruzkoa, 11.1 artikuluei esker legezko babesa duenez, PKLren 363 artikulua ez aplikatzea erabakitzen du.

PKLren 282 artikulua:

“Polizia judizialaren xedea eta hori osa tzen duten guztien betebeharra da euren lurralde edo mugapean gerta tzen diren delitu publikoak iker tzea; eurek dituzten eskumenen arabera, delituok egiazta tzeo beharrezkoak diren eginbideak gauzatu eta delitugileak a tzematea; eta delituaren efektuak, tresnak edo frogak, desager tzeo arriskuan daudenak, jaso eta agintari tza judizialaren esku uztea”.

Martxoaren 13ko 2/1986 LOren 11.1 artikulua³⁷:

“1. Estatuko Segurtasun Indar eta Kidegoek eskubide eta askatasunen egikaritze askea eta hiritarren segurtasuna bermatzea xede dute honako funtzioen bidez:

- a) Lege eta xedapen orokorren betetzea zaindu Agintari ezberdinek haien eskumenen esparruan emandako aginduak exekutatzu.
- b) Pertsonen laguntza eta zaintza, baita edozein zioen ondorioz arriskuan dauden ondasunen kontserbazioa eta zaintza ere.
- c) Eraikin eta azpiegitura publikoen zaintza, hura galdatu denean.
- d) Goi karguen babesa eta segurtasuna zaintzea.

...

la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos «únicamente al imperio de la Ley» y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10)”.

37. Itzulpena nerorek egindakoa da.

- e) Ordena eta hiritarren segurtasuna mantentzea, eta hala dagokionean berrezartzea.
- f) Delituzko egitateen aurrezaintza.
- g) Delituak ikertzea hauen erantzuleak ezagutu eta atxilotzeko. Delituaren tresna, ondore eta frogak ziurtatzea, hauek eskuduna den epaile edo auzitegiaren eskuetan jarriz, eta dagozkion txosten tekniko eta perizialak egitea.
- h) Ordena eta segurtasuna gordetzeko interesgarriak diren datuak bildu, jaso eta aztertu eta delinkuentziaren aurrezaintzarako egokiak diren moduak eta teknikak landu, planifikatu eta exekutatu.
- i) Arrisku larri, hondamendi edo zorigaitz publikoko kasuetan babes zibileko zerbitzuak lagundu babes zibileko legerian ezarritako moduan”.

Aurreko xedapenen irakurketatik nekez ulertu daiteke DNA frogak aterpe legala topatzen duenik artikulu hauei esker. Presidenteordea den Adela Asua Batarritik bere bozka partikularrean adierazten duen bezala, polizien funtzioak modu generikoan deskribatzen duten xedapen orokorrak dira. Hauek ez dute ezer esaten ikerkuntzako objektu diren norbanakoen oinarritzko eskubideen mugatzeari buruz, eta noski, ez dute argitzen zeintzuk diren eskubideak murrizterakoan errespetatu beharrekoak diren mugak. Horregatik magistratuak ondorioztatzen du gehingoaren ebazpenak ikuspuntua nahasi egiten duela baimen judizialaren gabezia legitimatzeko Segurtasun Indar eta Kidegoen antolakuntza arauetara heldzerakoan.

Puntu honetara helduta, bergogoratu beharra dago Auzitegiak aztertzen ari garen kasuan behin eta berriro aipatzen duen abenduaren 16ko KAEk bere 4 OJn esandakoa³⁸. Honek, hertsapen bidez agindutako gorputz-interbentzioak (ile mozketak) PKLn aterpe legalik ez zuela ebatzi zuen berariazko gaikuntzarik ez zegoelako.

Aurreko guztiagatik, esanbidezko aurreikuspen legalik ez dagoen neurrian, aztertzen ari garen kasuan analogiaz PKLren 363 artikulua aplikatu behar izan zela uste dut, zeinetan epailearen agindu bidez analisi kimikoen burutzea ahalbidetzen den.

4.3.3. Baimen judizialaren beharra³⁹

Sententziak bere 10 OJn baieztatu egiten du ez zela auzi-jartzailearen intimitate pertsonalerako eskubidea urratu. DNA analisia baimen judizialik gabe agindua izan bazen ere, Auzitegiaren ustez bazeuden hura ahalbidetzen zuten salbuespenezko inguruabarrak. Honakoak dira ondorio hori azaltzeko aipatzen dituen argudioak:

38. “La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el art. 8 del CEDH), en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho «al respeto de la vida privada y familiar» (Sentencias del TEDH «X. e Y./Holanda», de 26 de marzo de 1985, y «Costello-Roberts/Reino Unido», de 25 de marzo de 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la CEDH núms. 8239/1978 y 8278/1978). Pues bien, el ap. 2.º del mencionado art. 8 expresamente señala que: «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley...»”.

39. ORTELLS RAMOS, Manuel, “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional”, *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, 12, BJKO, 1996, 13-66 orr.

- Auzi-jartzailearen intimitate pertsonalarengan izandako eragin eskasa. Hau da, DNA analisia identifikazioaz haratago joateko arriskua.
- Froga DNA kodetugabearen eremuan gauzatu zen heinean, egintza periziala nazioarteko zein estatu mailako estandarren arabera burutu zen.
- Lagina jasotzeko premiazkotasuna: arrastoaren degradazioa saihesteko lagina azkar jaso eta presaz bidali behar zen laborategira.
- Orduko multzo araugileak ez zuen esanbidez aurreikusten epailearen parte-hartzea.
- Kontrol judizialaren gabezia desagerrarazia izan zen alderatutako analisiaren emaitza ezagutu bezain pronto prozesura eraman zelako.

Ez nator bat Auzitegiak emandako argudioekin. Ebazpenak berak onartzen duen bezala, nahiz eta analisia DNA kodetugabearen gainean burutu, ez gaude kaltegarria ez den froga baten aurrean, Giza Eskubideen Europako Hitzarmenak bere 8 artikuluan ezarritako terminoen arabera bizitza pribatuaren gainean eragin nahikoa duen esku-sartze baten aurrean bazik⁴⁰. Nire ustez lagina jasotzerakoan ez zegoen inolako presarik. Karkaxa Ertzaintzaren komisaldegiko ziega batean zegoen, hau da, polizia-
ren zaintzapean. Aztarnaz jabetu zen Ertzaintzak ziegako sarbidea baino ez zuen zigilatu behar. Modu honetan gerta zitezkeen kutsadurak ekiditen ziren, eta lagina ez zen kalteturik suertatuko agintari judiziala lekuan agertu bitartean⁴¹. Halaber, ez dirudi oso sinesgarria kontrol judizialaren gabezia desagerrarazia izan zela argudiatzea alderatutako analisiaren emaitza ezagutu bezain pronto prozesura eraman zelako. Izan ere, ez zen oinarritzko eskubidea murrizterakoan galdagarria den proportziozkotasun azterketarik gauzatu. Ez lehenago, ezta beranduago ere. Honez gain, baliteke DNA profilen alderaketaren emaitza negatiboa izanez gero ingururabar hau agintari judizialari sekula komunikatu ez izana. Azkenik, ez dut uste orduko multzo araugileak epailearen parte-hartzea berariaz jasotzen ez zuenik. Arestian aipatu bezala, PKLren 363 artikulak argi eta garbi ezartzen du epaile eta auzitegiak izango direla analisi kimikoak aginduko dituztenak soilik ezinbestekoak diren kasuetan. Xedapen hau egitateak jazo ziren momentuan indarrean egonik, ez da ulertzen zerk eramaten duen Konstituzio Auzitegia bere edukia hustu eta hura ez aplikatzera.

Aurreko guztiari gehitu behar zaio jurisprudentziaren sendotasuna, oinarritzko eskubideak murrizterakoan argia baita baimen judizialaren ukanbeharra. Hala, irailaren 24ko 206/2007 KAEk, bere 8 OJn ezartzen du intimitate eskubidearen gaineko esku-sartzeak arau orokor gisa motibatutako ebazpen judizial bidez baino ezin direla agindu. Arau orokor hau soilik salbuetsiko da proportziozkotasun eta arrazoizkotasun

40. *Van der Velden contra Países Bajos* 2008ko abenduaren 4ko S eta *Marper Erresuma Batuen aurka* (§ 68tik 77ra) eta 2006ko abenduaren 7ko *Van der Velden Herbehereen contra* (§ 2).

41. ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, Los análisis de ADN y su aplicación..., *op. cit.*, 297 or. "El peligro por la demora carece de justificación en los análisis de ADN al ser invariable la información genética del individuo".

printzipioak errespetatuz berehalako esku-hartzea ezinbesteko egiten duten presazko arrazoiak egonez gero⁴².

Aurrekoaren ildotik Auzitegi Gorenak apirilaren 14ko 510/1997 ebazpenaren 2 OJn nabarmentzen du PKLko zenbait xedapenek instrukzio epaileari, edo honen funtzioak betetzen dituenari, delituaren aztarna edo froga materialak pertsonalki jasotzeko agintzen diotela. Horrela izanik, hauek frogabide gisa baliozkoak izango dira instrukzioan eta ondorenean ere, aurreosatutako frogatzat erabili ahal izango dira ahozko epaiketan legean ezarritako berme guztiak errespetatuak izan baldin badira. Kontrol judizialik gabeko eginbide poliziala soilik izango da baliozkoa aurreosatutako froga bezala premiazko kasuak direnean, hau da, objektuaren galera edo desagertzea eragin dezaketen arrazoiak tartean egonik epailea ailegatu arte ezin denean itxaron hura jasotzeko.

4.3.4. Proporziozkotasun-printzipioaren betetze zorrotza⁴³

Erabilitako neurria lortu nahi zen helburua erdiesteko egokia eta neurrizkoa izan zitekeen arren, bere beharraren edo premiaren gainean zalantzak egon daitezkeela iruditzen zait. Subjektu pasiboa atxiloturik egonik ez zitaion justizia administrazioarekin kolaboratzeko eskatu eta lagina bere adostasunik gabe eta hura jakitun izan gabe lortu izanak eginbidean parte-hartzea galarazi zion.

Finean, egitateak jazo ziren unean, ordenamendu juridiko espainiarrean ez zegoen poliziarri ebazpen judizialaren baimenik gabe arrastoa jasotzeko ahalmena ematen zion araurik, ez baitzeuden presazko supostu baten aurrean. Aurrekoari gehitu behar zaio lagina analigi biologikoa egiteko laborategira bidali izana epailearen agindurik gabe. Horregatik guztiagatik, auzi-jartzailearen intimitate pertsonalerako eskubidea (KE 18.1 art.) urratua izan zen.

4.4. Autodeterminazio Informatzailerako eskubidearen arau-haustea (KE 18.4 art.)

Auzi-jartzaileak KE 18.4 artikuluan⁴⁴ jasotako bermearen, hots autodeterminazio informatzailearen haustea agudiatzen du Ertzaintzak bere datu pertsonalak adminis-

42. "(...) tratándose de una intervención que afecta al derecho a la intimidad, la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad".

43. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Colex, Madril, 1990; GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, MARTÍN DE LLANO María Isabel, REVIRIEGO PICÓN Fernando, SALVADOR MARTÍNEZ María, SERRANO MAILLO María Isabel eta SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (kordinatzailea.): Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales. Tirant Lo Blanch. Balentzia, 2006, 297-329 orr.

44. EMALDI CIRION, Aitziber, "Los perfiles de ADN y la administración de justicia". In La protección de datos en la cooperación policial y judicial. Thomson-Aranzadi. Iruñea, 2008. 337-351 orr.; GUERRERO MORENO Alvaro Alfonso, "La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN", Criterio Jurídico, 8 zk., 2, 2008, 223-244 orr.; GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles, "La protección de datos personales como derecho fundamental del imputado, ¿también en el ámbito del proceso penal?", La Ley Penal, 71 ZK., 2010, 1-10 orr.; ROMEO CASABONA Carlos María y ROMEO MALANDA Sergio, Los identificadores de ADN en el sistema de justicia penal. Thomson-Aranzadi. Iruñea, 2010, 175-215 orr.; SUAREZ ESPINO María Lidia, El derecho a la intimidad genética. Marcial Pons. Madril, 2008, 70-86 orr.

trazio edo bestelako erakundeen kontrolik ez zuen datu-base informatizatu batean barneratu zituelako.

Auzitegiak nabarmentzen du auzi-jartzailearen identifikazioa ez zela gauzatu bere profila datu-base batean barneratzearen ondorioz. Bere profila delituak gertatu ziren tokietan topatutako DNA arrastoekin alderatu zela esaten du, eta datuen babeserako eskubidea ez dela mugagabea. Horrela, datuak konstituzioaren arabera helburu zilegi bat lortzeko (delituaren ikerkuntza) bildu ziren heinean oinarrizko eskubidea urratuik suertatu ez dela ebazten du.

Andrés Ollero Tassara magistratuak bere bozka partikularrean adierazten duen bezala, ez dirudi sinesgarria konparaketa datu-baserik erabili gabe burutu izana baieztatzea soilik instantzia ebazpenean hala izan zenik jasotzen ez zelako. Horregatik, KE 18.4 artikuluko eskakizun konstituzionalak betetzen ez zituen datu-base bateko elementuak frogara gisa erabili izanagatik, babes-helegitea aintzat hartzaileen alde agertzen da. Horrez gain, sententziak 18.4 artikulua testuinguruan aterpe legalik gabe ezagunak ez diren pertsonen datu pertsonalak (norbanakoak identifikatzeko helburuarekin) biltzen dituen datu-baseari buruz bere doktrina sendotzeko aukera paregabea galdu duela nabarmentzen du.

Ertzaintzaren DNA datu-basea Euskal Autonomi Erkidegoko Barne Sailaren 2003ko irailaren 2ko Agindu bidez sortua izan zen. Arau honek eskaintzen duen aterpe legalaren nahikotasun faltari buruzko eztabaida alde batera utziz, ezkutuko moduan lortutako DNA laginen kasuistika zabalak agerian uzten du Agindu hau argitaratu eman aurretik ere Ertzaintzak egitateak jazotako lekuan topatutako aztarnak informatizatutako fitxategi batean gordetzen zituela ondoren lortutako arrastoekin konparatzeko zain⁴⁵.

4. AMAIERAKO BALIOESPENA

199/2013 KAE⁴⁶ sakontasunez aztertu ondoren, hiru dira ene ustean urratu-riko oinarrizko eskubideak. Listuaren DNA analisia hura ahalbidetzen zuen arauzko

45. "Público" izeneko egunkarian terrorismoaren aurkako borrokako iturriak aipatuz 2011ko urtarrilaren 31n honakoa adierazten zen: "Desde los años noventa, la policía autonómica ha ido cebando una base de datos con cientos de huellas y restos de ADN recogidos en el lugar de atentados y ataques de kale borroka. Al tiempo, recogía muestras biológicas que los sospechosos dejaban en colillas de cigarrillos, vasos en los bares o incluso en el sudor de unas chanclas. En ocasiones, el cruce entre unas muestras y otras ofrecían un resultado indubitado que precedía a las detenciones". <http://www.publico.es/espana/358942/la-ertzaintza-usa-el-adn-para-desactivar-a-la-kale-borroka>

46. Sententzia honetan ezarritako doktrina berriki aplikatua izan da Konstituzio Auzitegiaren 2014ko urtarrilaren 30eko zenbait ebazpenetan: 13/2014, 14/2014, 15/2014, eta 16/2014. Sententzia hauek egitate kriminal berdinei buruzkoak dira, baina subjektu ezberdinei dagozkie. Lagin biologikoak helegite-jartzaileak atxiloturik zeudela zigarrokin bidez jasoak izan ziren ezkutuko moduan. Hala ere, hauetako kasu batean, hots 14/2004, helegite-jartzailea ez zegoen bere askatasunaz gabetua arrastoa jaso izan zenean. Ertzaintzak bi astez jarraitu egin zuen pertsona hau DNA lagin bat lortzeko eta azkenean taberna batean erabilitako edalontzi baten bidez egin zuten analisia. Inguruabar honek, Adela Asua Batarrita magistratuak bere bozka partikularrean adierazten duen bezala, premia edo urgentziatzko arrazoirik ez zegoela agerian uzten du. Ez zegoen beraz, baimen judicialak eskaintzen duen bermea alboratzeko justifikaziorik. Era berean, komeni da bergogaraztea DNA laginen erkatzea gauzatu zenerarte ez zegoela helegite-jartzaileak bi urte arinago jazotako gertakari kriminalekin lotzen zuen zantzurik. Beraz, izaera prospektiboa duen frogara batetaz ari gara.

xedapenik gabe eta ebazpen juridiko ziodunik gabe egin izanak KE 18.1 artikuluko intimitate pertsonalerako eskubidearen urraketa ekarri zuen. Era berean, zigorra ezartzerakoan oinarriko eskubideak lesionatuta lortutako analisia frogabide bakar gisa erabili izanak KE 24.1 artikuluan aurreikusitako berme guztien jabe den prozesu baterako eskubidearen lesioa eragin zuen. Azkenik, datu guztiek aditzera ematen dutenez, Ertzaintzak bere datu pertsonalak administrazio edo bestelako erakundeen kontrolik ez zuen euskarri informatizatu batean barneratu izanaren ondorioz, KE 18.4 artikuluko bermearen arau-haustea gertatu zen.

Kasu konkretuaz haratago, nekez ulertu daiteke Konstituzio Auzitegiak prozedura penalean DNA frogaren arauketak dituen gabeziak azaleratzeko aukera galdu izana. 199/2013 KAEk berak eginbide hau bizitza pribaturako eskubidearengan duen eragina egiaztatu ostean, Auzitegiari zegokion legegilea estutzea eskubidearen gune babestua bermatu zedin.

Nire ustez, premiazkoa da gorputz-interbentzio eta DNA frogaren erabileraren inguruan egungo araudiak pairatzen dituen hutsuneei bide emango dien erreforma araugilea ahalik eta azkarren onartzea. Hutsuneekin amaitu eta berariaz DNA laginen ezkutuko jasotzea aurreikusiko dituen araudia erdietsi beharra dago. Horrela aterpe legala ez izatearen gabeziak praktikan auzitegien aurrean eragiten dituen arazoak saihestuko liritezke, baita oinarriko eskubideen lesioengandik aurkeztutako alegazioak ere.

Azken urteetan guztiz zaharkitua dagoen PKLren erreformarako legegintza saiakera ezberdinak izan dira, eta horiek arrakastarik gabe heldu diote DNA frogaren auzitegiko erabilerari. Alderdi Sozialista Gobernuan zelarik 2010ean, Francisco Caamaño Domínguez, Justizia Ministroak PKL erreformatzeko aurreproiektua⁴⁷ aurkeztu zuen. Zoritzarrez, egitasmo hau ezin izan zen eztabaidatu hauteskunde orokorren deialdia aurreratzeak Gorteen desgitea ekarri zuelako. Zirriborroak zenbait gai behar bezala zehaztu gabe uzten bazituen ere, horien artean frogaren erabilera justifikatuko zuten delituen larritasuna, ordurarteko legediak erantzun gabe utzitako zenbait gaien heltzen ziela esan dezakegu, besteak beste, gorputz-interbentzioa pairatzeko betebeharra, indarraren erabilera lagina hertsapen bidez lortzeko, eta horren ondorioz, arrastoa ezkutuko moduan jasotzeko esanbidezko debekua⁴⁸. Horregatik guztiatik eztabaidaezina da erreforma hau aurrerapauso bat bazela. Hau ez bezala,

47. Egitasmo hau gidatzeko 2010eko udaberrian aditu lan taldea sortu zen honako kideez osatua: Juan José Lopez Ortega, Vicente Guzmán Fluja, Pedro Crespo Barquero, Ignacio Sánchez Yllera, Ignacio Rodríguez Fernández, Angel Núñez Sánchez, Lorena Álvarez Taboada, Fernando Benítez Pérez-Fajardo eta Amaia Arnáiz Serrano.

48. PKLren erreformarako aurreproiektuaren 64 orrialdea: “Se prohíbe, en cualquier caso, la utilización de muestras biológicas del investigado obtenidas de forma subrepticia o con engaño. Otra solución degradaría las cautelas que se fijan en la regulación de la diligencia, que pasarían a ser meramente nominales. Hay que tener presente que se establece la posibilidad de obtención coactiva de la muestra, en los términos fijados en la resolución judicial, con lo que, en la nueva regulación el recurso a un ardid o engaño pierde toda utilidad o justificación. Se permite, sin embargo, el análisis de muestras abandonadas siempre que puedan atribuirse fundadamente al investigado y que éste preste su consentimiento. A estos efectos, deberá ser debidamente informado de las condiciones en las que la muestra ha sido hallada y de la finalidad con la que puede utilizarse. Evidentemente, también en este caso el juez podrá suplir con su autorización la falta de consentimiento”.

berriki aurkeztua izan den PKLren erreformarako 2013ko Alderdi Popularraren egitasmoak⁴⁹ aurreko gobernuaren dokumentua alde batera utzi eta orainarte agerian jarri ditugun hutsuneak sendotu egiten ditu. Alberto Ruiz-Gallardónek bultzatutako Zigor Kode Prozesal bezala ezagututakoaren aurkezpen publikoa baino ez bada egin ere, eta izapidetza osoa egiteko badago ere, DNA frogaren auzitegiko erabilpenari buruzko arauketak aurreikusi gabe zituen atal guztiak bere horretan mantentzen direla esan dezakegu.

49. 2012ko martxoaren 2ko Ministro Kontseiluak erreformaz arduratzeko Erakundearteko Batzordearen onarpena adostu zuen honako juristez osatuta: Manuel Marchena Gómez, Jacobo López Barja de Quiroga, Antonio del Moral García, Jaime Moreno Verdejo, Gabriela Bravo Sanestanslao, Luis Rodríguez Ramos, Nicolás González-Cuellar Serrano eta Jaime Requena Juliani.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
253-274

LA PRIVACIDAD EN EL DISEÑO Y EL DISEÑO DE LA PRIVACIDAD, TAMBIÉN DESDE EL DERECHO PENAL

Norberto J. DE LA MATA BARRANCO

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad
del País Vasco (UPV/EHU)*

Desirée BARINAS UBIÑAS

Doctora en Derecho por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

(A Ignacio Muñagorri, tras culminar una honrada vida universitaria)

Resumen: El desarrollo de tecnologías protectoras de la privacidad como camino para garantizar la posibilidad de anonimato es un tópico cada vez más presente en las legislaciones internacionales. Lo que en la actualidad se discute, y aquí se plantea, es la necesidad de intervención penal para promover, preventiva y anticipadamente, actuaciones que obliguen a dichas tecnologías.

Laburpena: Anonimatua bermatzeko bidean pribatutasuna babestuko duten teknologiak garatzeko aukera gero eta maizago ageri da nazioarteko legedietan. Gaur egun eztabaidatzen dena zera da, beharrezkoa ote den zigorrak ezartzea modu prebentiboan eta aurretiaz sustatzeko teknologia horiek nahitaezko bilakatuko dituzten ekintzak. Eztabaidagai hori aztertzen da hemen.

Résumé : Le développement des technologies de protection de la vie privée comme un moyen de garantir la possibilité de l'anonymat est un sujet de plus en plus présent dans les lois internationales. Ce qui est actuellement en discussion et qui se pose ici, est la nécessité d'intervention pénale pour promouvoir, d'avance et de façon préventive, des actions qui obligent ces technologies.

Summary: The development of privacy-enhancing technologies as the path to anonymity is a topic increasingly present in international laws. What is currently discussed, and here arises, is the need of criminal laws to promote, in advance and with preventive intervention, actions that compel such technologies.

Palabras clave: Privacidad en el diseño, autodeterminación informativa, autodeterminación decisional, tutela penal de la privacy, tecnologías que refuerzan la privacidad.

Hitz gakoak: Pribatutasuna diseinuan, informatzeko autodeterminazioa, erabakitzekeo autodeterminazioa, pribatutasunaren babes penala, pribatutasuna sendotzen duten teknologiak.

Mots clés : Vie privée dans la conception, autodétermination informationnelle, autodétermination décisionnelle, protection pénale de la vie privée, technologies qui améliorent la protection des renseignements personnels.

Keywords: Privacy by design, informational self-determination, decisional self-determination, privacy criminal protection, privacy-enhancing technologies (PETs).

I. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA: UN CAMBIO DE CONTEXTO Y UN CAMBIO DE VISIÓN

Durante mucho tiempo hemos sido testigos de cómo se ha ido configurando el derecho a la vida privada como garantía para la autodeterminación de la persona, dentro de una esfera propia a salvo de injerencias e intromisiones no deseadas.

Y hemos comprobado también cómo, en las últimas décadas, la “*privacy*” se ha erigido como valor a proteger también en el mundo “virtual”.

Circunscrita originariamente su tutela al espacio domiciliario, al secreto de la correspondencia y al secreto profesional, extendida a “las palabras” y a la imagen en lugares “privados” y comprendiendo finalmente los “datos”, como piezas de un rompecabezas capaces de revelar informaciones, tendencias e incluso realidades, muchas veces ignoradas por nosotros mismos, el boom de las nuevas tecnologías pone en solfa la cuestión de si aun con esta expansión hemos llegado a tener, y tenemos de verdad, la protección que necesitamos.

1. Valores e intereses en mutación dentro de una sociedad en permanente evolución

El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en las relaciones sociales, económicas, políticas e incluso interculturales es hoy innegable. Hemos transitado ya, además, de una macroinformática reservada a algunos a una microinformática al alcance de todos y al desarrollo de una nanotecnología prácticamente invisible¹.

Pero, de un mundo en el que inicialmente nos vanagloriábamos del crecimiento continuo de la capacidad de los ordenadores y del tremendo desarrollo de las infraestructuras de comunicación pasamos a interactuar en un espacio virtual, que ya no suscita asombro alguno y sí en cambio preocupación, en el que la misma Internet se transforma, y de plataforma con sujetos pasivos receptores de información pasa a ser verdadera comunidad interactiva superada incluso a través de lo que se conoce como “ambiente inteligente”², que incorpora la tecnología a la vida diaria de las personas buscando “personalizar” las interacciones en el mundo tanto físico³ como virtual⁴.

1. Véase VAN DEN HOVEN, J., “The Tangled Web of Tiny Things: Privacy Implications of Nanoelectronics”, *Nanotechnology & Society*, nº 3, 2009, pp. 147-162.

2. Así, DE HERT, P./GONZÁLEZ FUSTER, G./GUTWIRTH, S., “Legal safeguards for privacy and data protection in ambient intelligence”, *Personal and Ubiquitous Computing*, vol. 13, nº 6, 2009, pp. 435-444.

3. Véanse BABBITT, R./CHANG, C./YANG, H. I./WONG, J., “Environment Objects: A Novel Approach for Modeling Privacy in Pervasive Computing”, *Lecture Notes in Computer Science, Ambient Assistive Health and Wellness Management in the Heart of the City*, vol. 5597, 2009, pp. 166-173. También, las consideraciones de KOTZANIKOLAOU, P./MAGKOS, E., “Enhancing Privacy-Preserving Access Control for Pervasive Computing Environments”, *Lecture Notes of the Institute for Computer Sciences, Social Informatics and Telecommunications Engineering*, 1, vol. 47, Security and Privacy in Mobile Information and Communication Systems, Part 2, pp. 53-64.

4. POULLET, Y., “About the E-Privacy Directive: Towards a Third Generation of Data Protection Legislation?”, *Data Protection in a Profiled World*, London, 2010, pp. 3-9.

Hoy en día es común escuchar que formamos parte de la “Sociedad de la Información”, que estamos en una “Era digital” en la que se ha multiplicado la capacidad de generar, tratar, transmitir y compartir información y en la que las TICs se han incorporado a la cotidianidad de la actividad humana.

Y así somos testigos, y partícipes, de un cambio trascendental en la forma en que percibimos e interactuamos en y con el mundo, insertos en una sociedad cambiante cuyos valores e intereses van mutando, a todos los niveles.

Por una parte, y en primer lugar, surge un pensamiento público, estatal, en el cual el sentido de “seguridad nacional” y la necesidad de “transparencia” parecen legitimar una vigilancia ubicua y continua de todos, justificada en los grandes “temores” modernos del crimen organizado y el terrorismo, como enemigos difusos y permanentes⁵.

Y así surge una presunción de “culpabilidad” en la que se abren al exterior, informalmente y sin nuestro conocimiento y menos consentimiento, espacios, en principio, privados. Todos somos potenciales terroristas, criminales y quizás, incluso, culpables. Pero, ¿de qué? ¿en qué guerra estamos que no conocemos?

Esta vigilancia y consecuente monitorización necesariamente conlleva una clasificación de la población y la generación de parámetros de aquello que es “aceptable” y de aquello que no lo es, así como la toma de decisiones sobre los individuos en su interacción con la Administración pública que se revela peligrosa. La discriminación (cuando menos, su posibilidad) es un hecho⁶. Y la creación de una sociedad con “estándares” predefinidos, difícil de evitar. Todos somos perfilados y todos estamos ya perfilados.

Pero, quizás los Estados olvidan que su único sentido es el de garantizar el desarrollo del ser humano dentro de un contexto que permita un desarrollo socio-individual pleno de libertad y seguridad. Una seguridad bien entendida que ha de permitir hacer y ser sin temor a ser vigilado, monitoreado, catalogado y/o estigmatizado en espacios autónomos. Y, más allá de su necesidad de “control” social, el Estado debe recordar éste su rol en el que el límite de la privacidad a su actuación se presenta como consustancial a su propia esencia. Como destaca Walter Peissl, la “*discusión sobre la privacidad no es sólo sobre ‘derechos’; es también sobre la filosofía de la autonomía y de la libertad y, por tanto, sobre los pilares básicos de la democracia liberal*”⁷. Y si bien explica

5. En este sentido, COLEMAN, S., “E-mail, terrorism and the right to privacy”, *Ethics and Information Technology*, vol. 8, n° 1, 2006, pp. 17-27. Véanse también DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n° 7, 2005, pp. 1-36, MCADAMS, A. J., “Review: Internet Surveillance after Septiembre 11: is the United States becoming GreatBritain?”, *Comparative Politics*, vol. 37, n° 4, 2005, pp. 179-1098 y ORTIZ PRADILLO, J. C., “El ‘Remote Forensic Software’ como herramienta de investigación contra el terrorismo”, *INTECO-Formación, Estudios e Informes ENAC*, n° 4, 2009, pp. 1-9.

6. POULLET, “About the E-Privacy”, cit., pp. 6-7, señala dentro de los peligros que surgen como consecuencia de las TIC’s el desbalance del poder entre el responsable del tratamiento y la persona concernida, la re-contextualización de la información, la “obscuridad” del funcionamiento de las TIC’s, el reduccionismo y el hecho de que se borren las fronteras entre el espacio físico y privado.

7. PEISSEL, W., “Information Privacy in Europe from a TA Perspective”, *Data Protection in a Profiled World*, London, 2010, p. 247.

Ann Cavoukian cómo “la historia ha demostrado que la privacidad es el primer hilo a desenredar cuando un Estado libre y democrático muta en un Estado totalitario. Mientras valoremos la libertad, debemos también valorar la privacidad [...]”⁸, el riesgo no es sólo el del Estado totalitario, sino simplemente el del Estado “ubicuo” que todo lo quiere saber, que en todas partes quiere estar.

Por otra parte, en segundo lugar, asistimos asimismo a la, más que consolidación, incluso dictadura de los intereses de un mercado cuyo poder marca el ritmo de la economía, de la clase política dominante (y no dominante) y de la sociedad misma, en una espiral de consumo que obliga a prospecciones para encontrar, y muchas veces generar, posibilidades de negocio.

Aquí, la recolección y manipulación de datos, a fin de poder identificar e influir del modo más efectivo posible en consumidores (que todavía no saben que lo son) es parte del motor del negocio, favorecido por una tecnología que permite de forma fácil, económica y eficaz acceder, manipular, transferir e interconectar grandes masas de información sin límite de fronteras o de tiempo⁹.

Y, así, de una publicidad anónima se pasa a una personalizada, en la que el perfil del “cliente” se va configurando con todos los datos que se van generando fruto de su (o la) interacción con el mundo físico y virtual, creándose así una “imagen” integral del individuo, de su persona, sus gustos, sus elecciones, que expone aspectos de su vida privada, de su propio ser.

Claro que el ser humano debe necesariamente interactuar con el mundo para sobrevivir. Pero, esto no implica que cada una de sus interacciones fuera de espacios restringidos pueda ser vigilada, catalogada, indexada y puesta a disposición de otros. Claro que existen actividades que se desarrollan en espacios “públicos”; pero esa apertura espacial más que limitarnos como individuos debería garantizar (si así se desea, al menos) el anonimato de una acción en un entorno en el que deberíamos (si queremos) poder perdernos en la gran “masa”¹⁰.

Aquí surge uno de los grandes problemas que plantea la Era digital, el de la reconceptualización del espacio en el que poder estar protegido. Lo público y lo privado confluyen en un espacio social en el cual, más que la naturaleza misma del ambiente (virtual o físico) en el que la persona interactúa, juegan un rol trascendental los datos que se exponen y quedan expuestos, la forma en que son tratados y la cuestión de quién tiene acceso a ellos¹¹.

8. CAVOUKIAN, A., “Privacy by design: the definitive workshop”, *Identity in the Information Society*, vol. 3, n° 2, 2010, p. 248.

9. Sobre las tendencias del mercado y las políticas de privacidad en el comercio electrónico, JOHNSON-PAGE, G. F./THATCHER, R. S., “B2C data privacy policies: current trends”, *Management Decision*, vol. 39, n° 4, 2001, pp. 262-271.

10. En lo que respecta a la percepción de la protección de la privacidad en los espacios públicos, FRIEDMAN, B./HAGMAN, J./KAHN, P. H., “The Watcher and the Watched: Social Judgments about Privacy in a Public Place”, *Computer Supported Cooperative Work, Media Space 20 + Years of Mediated Life*, 2009, pp. 145-176.

11. Sobre la dificultad de separar lo público y lo privado y el surgimiento del “hogar virtual”, POULLET, “About the E-Privacy”, cit., pp. 23-27.

Imaginemos el siguiente escenario. Una persona, en la terraza del restaurante de una plaza pública, bebe una copa, paga con su tarjeta de crédito y se marcha. Se encuentra en un lugar público, expuesto a todo el que pasa; acepta recibir un servicio, lo que todos pueden observar. ¿Tiene el propietario del restaurante derecho a conservar la huella digital dejada en el cristal de la copa, a obtener el ADN expuesto en la saliva que tuvo contacto con la copa y a relacionar todo ello con el nombre del titular de la tarjeta de crédito, la entidad bancaria emisora e incluso el número de cuenta asociado a la misma, con el tipo de bebida que pidió y con cuánto gastó? Seguramente diríamos que no. Debíamos decir que no.

¿Por qué entonces resulta tan difícil aceptar que la huella electrónica que dejamos en la red y los datos que se revelan en transacciones puntuales no deben ser recolectados, tratados e interconectados? El mercado clama su buena voluntad y su deseo de “servir” mejor al cliente. ¿Pero es esto suficiente? ¿Es aceptable? ¿Quién ha decidido que una persona quiere recibir ofertas de productos y servicios? ¿A quién le conviene esto? ¿Justifican estos intereses del negocio una intromisión en la vida privada del individuo y una total exposición de su ser? ¿Con qué finalidad? Ni siquiera hablamos de un “interés general” a salvaguardar, sino de ese interés, que se presume anónimo, del, según se dice, “mercado”.

La protección administrativa frente al tratamiento de datos personales parece estar plenamente consolidada. Las sombras sin embargo son importantes. ¿Cómo saber que se está recolectando información? ¿Cómo controlar tratamientos no declarados? ¿Y no autorizados? ¿Cómo restringir la tutela a los datos personales cuando todos acaban siéndolo, debidamente interconectados?

En tercer lugar, nos enfrentamos a una sociedad de consumo donde la nueva moda en la que se fundamentan las interacciones sociales acude al exhibicionismo y el voyerismo y se deja arrastrar por la sed irracional de “pertenecer” a una realidad construida por otros, paradójicamente, desde un sentimiento de protección por la, se dice, “impersonalidad” del espacio virtual¹². Y, paradójicamente también, en esta realidad, en la que necesitamos ver y ser vistos, todos los que en ella actuamos nos desenvolvemos como generadores de datos y como responsables (debíamos serlo) de los que manejamos. Se trata, en definitiva, de una interacción en la que los usuarios intercambian su privacidad por un servicio de “interconexión” social, sin ser conscientes, muchas veces, de a qué se renuncia¹³.

De hecho, uno de los principales problemas a que se enfrenta esta “nueva” Sociedad de la Información es el del falso consentimiento sobre los datos que se “ceden”¹⁴, pues muchas veces (si no siempre) hablamos de estructuras en las cuales

12. A este respecto, es interesante el artículo sobre los análisis de psicólogos relativos la tendencia de los adolescentes en la Web de LEIGHTON, P., “Uso excesivo de las redes sociales tiende a borrar el límite entre lo público y lo privado”, *El Mercurio*, Chile, 25 de junio de 2011, p. A14.

13. A este respecto, DIX, A., “Built-in privacy – no panacea, but a necessary condition for effective privacy protection”, *Identity in the Information Society*, vol. 3, n° 2, 2010, pp. 257-265.

14. Véanse LE MÉTAYER, D./MONTELEONE, S., “Automated consent through privacy agents: Legal requirements and technical architecture”, *Computer Law & Security Review*, vol. 25, n° 2, 2009, pp. 136-144 y SCHWARTZ, P. M., “Internet Privacy and the State”, *Connecticut Law Review*, vol. 32, 2000, pp. 821-828.

no es negociable el nivel de exposición del ser y, así, nos encontramos ante acuerdos de “tómalo o déjalo” en los que esta última opción implica la autoexclusión. Piénsese en la interacción con páginas web que exigen el registro de los participantes, los acuerdos de adhesión con los prestadores de redes sociales y otros servicios de la Web 2 o incluso la exigencia de datos personales (e-mail, etc.) para poder acceder a un servicio cualquiera (no virtual, sino real, en el ámbito del ocio personal, la utilización de servicios bancarios, etc., pero vehiculizado en un “alta” que acude, aquí sí, a la obtención de datos a digitalizar). ¿Se puede hablar realmente de un poder de decisión, de un acuerdo en posición de igualdad?¹⁵.

Y, en relación con todo ello, en cuarto lugar, surge, como casi siempre, un Derecho penal estatal (pero en todos los Estados), más simbólico que nunca, deslumbrado aparentemente por la “ciberrealidad”, que propone, porque así lo proponen Decisiones internacionales, la protección (penal) de la integridad y la confidencialidad de sistemas y datos. Prescindiendo, sin embargo, a menudo, del hecho de que al fin y al cabo esas pulsaciones que flotan en el aire, que circulan por las redes y que se transmiten en el ciberespacio son importantes por lo que representan. Así, se penalizará en muchos ordenamientos el acceso ilícito a un sistema, pero sin tener en cuenta el acceso, tremendo, “desconocido” (y parece que lícito) porque no es “directo”. Se aludirá a la sensibilidad o personalidad de determinados datos, pero sin tener en cuenta que casi todos acaban siéndolo con una tecnología que permite la interconexión de información de forma masiva. Se permitirá la perfilarción de caracteres, la asignación de roles, la ubicación de personas en compartimentos estancos, pero sin que el ubicado sepa por qué y de modo, parece, lícito, porque simplemente se han utilizado las huellas que “voluntariamente” vamos dejando en el espacio virtual.

¿Cómo hacer entender que no se trata sólo del acceso ilícito a la información o del control de ésta, sino del derecho (siempre) a ser “dejado en paz”? ¿Cómo hacer comprender que no se trata de garantizar un uso o un tratamiento “legítimo” de los datos sino de evitar que los datos puedan generarse y, en su caso, incluso, de garantizar la desconexión sin que eso signifique renunciar a “ser” en la era digital? ¿Cómo insistir en la importancia del carácter decisional, también, del derecho a la privacidad? ¿Cómo en la necesidad de la importancia de tutelar la autodeterminación no sólo informativa del individuo sino la que concede la libertad de decidir quién soy, qué quiero y cómo me interesa interactuar en el espacio a salvo de predicciones, de definiciones, de clasificaciones obtenidas del intercambio de datos que he ido dejando en el camino?

La paz a la que aludieron Brandeis y Warren implica disponer de un espacio, más allá de la distinción entre lo físico y lo virtual, que pertenece al individuo como fundamento de su misma existencia y que no se entiende sin la posibilidad de poder evitar ser observado, monitoreado, clasificado, estandarizado, transformado en un algoritmo computacional, para que nuestras opciones (en todos los ámbitos de la vida) no las marquen otros, no aparezcan predeterminadas por decisiones triviales que hemos ido tomando a lo largo de la vida pero que hemos de tener derecho a poder cambiar.

15. En este sentido POULLET, “About the E-Privacy”, cit., pp. 3-30.

En definitiva, la utilización de las tecnologías que caracteriza a la Sociedad de la Información va de la mano de las dudas que suscita la dependencia de ellas y su ubicuidad¹⁶. En sí, son neutras, es cierto; no estamos sino ante algoritmos, combinaciones, ceros y unos. Pero su uso no lo es¹⁷. Y no lo es porque la lógica en base a la que se han desarrollado viabiliza una trazabilidad y monitoreo continuo, invisible y general¹⁸.

Martin Cooper, a quien se atribuye la invención del teléfono móvil, en el discurso inaugural de la 31ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad celebrada en Madrid en 2009 loaba las innumerables ventajas que traerán las nuevas tecnologías todavía por venir poniendo como ejemplo la implantación de nano *tags* que permitan monitorear los signos vitales y el comportamiento de los órganos de las personas y avisar a emergencias en el caso de anomalías o incluso suministrar descargas que regularicen el funcionamiento de los mismos. Sí. Pero, ¿quién va a conocer esas anomalías, quien va a monitorear mis signos vitales y, sobre todo, qué rastros van a ir generando esos datos que un fin tan loable y otro y otro y otro más van a exigir?

Pues bien, si como decía Lessig que “*el código es la ley*”¹⁹, será la ley la que haya de moldear el código.

2. Un cambio de contexto y de paradigma en la protección, también penal, de la vida privada

No es posible decidir qué hacer o cómo proceder en este escenario sin comprender el contexto en el que actúa el Derecho penal y, en concreto, su tutela de la vida privada.

¿Estamos comprendiendo realmente el problema? ¿Estamos acertando a la hora de seleccionar las conductas a sancionar para prevenir la lesión del interés que queremos garantizar?

El Derecho penal, difícil que sea de otro modo, adquiere casi siempre un papel reactivo²⁰, siguiendo los cambios sociales y tratando de prever amenazas futuras a intereses consagrados. Por ello mismo, para cuando se cuenta con instrumentos (suponiendo además que se quiera contar con ellos, venciendo la resistencia de impor-

16. Sobre la ubicuidad informática y el respeto de la vida privada, LANGHEINRICH, M., “Privacy by Design - Principles of Privacy-Aware Ubiquitous Systems”, *Lecture Notes in Computer Science*, Ubicomp, vol. 2201, 2001, pp. 273-291.

17. Entre otros, BURNIK, J./PIRC MUSAR, N., “The Dangers of Electronic Traces: Data Protection Challenges Presented by New Information Communication Technologies”, *Lecture Notes in Computer Science, Ethics and Policy of Biometrics*, vol. 6005, 2010, pp. 7-13.

18. A esto se agrega el aumento en la capacidad de percibir y sentir el ambiente (incluyendo aspectos emocionales de las personas) –lo que implica una ampliación del espectro controlado por las tecnologías y de los datos almacenados e interconectados– y en el desarrollo de la memoria digital y de su capacidad de análisis: a este respecto, LANGHEINRICH, “Privacy by Design”, cit., pp. 273 ss.

19. LESSIG, L., *Code: and other laws of Cyberspace*, version 2.0 Basic Books, New York, 2006, pp. 1 ss.

20. En este sentido, y en este contexto, DIX, “Built-in privacy”, cit., pp. 257-258.

tantes poderes fácticos) eficaces, conscientes de los nuevos peligros, éstos ya no son tales sino menoscabos concretos a esos intereses que, consagrados, creemos salvaguardados. La cuestión es no reaccionar excesivamente tarde.

El legislador ya ha comprendido hace tiempo que más allá del soporte o el ámbito físico que puedan representar expresiones de lo que hasta ahora era la vida privada existen determinadas informaciones que merecen tutela penal. Esto ya supuso el pasado siglo un cambio de paradigma: aceptándose que el espacio o soporte que contextualiza una comunicación o la expresión del ser de una persona no es lo que define su carácter privado o no, sino la vocación con que se externalizaron; y extendiendo la protección del individuo a “cualquier” espacio “privado” (esto es, no público).

Pero, vislumbrando que las personas generan informaciones, con diferentes formas, que siempre pueden ser captadas, registradas, transmitidas y difundidas, la tutela del derecho a la vida privada ha ido reforzando sus aspectos informacional y decisonal desde un segundo cambio de paradigma atento a la masificación en el tratamiento de datos personales y a la necesidad de legitimarlo y atento al hecho de que no sólo hay que temer al propio Estado (primer gran enemigo de la privacidad), sino al resto de nosotros, parte de un gran-único mercado en que todo está a la venta. Así, las leyes de protección de datos han ido garantizando paulatinamente, es cierto, una recolección y tratamiento de información respetuosa con la privacidad, como hasta ahora se venía entendiendo.

Y, sin embargo, ha de insistirse en que ello ha de hacerse en relación a todo tipo de información (no restringida a datos personales²¹) en cuanto cualquier dato, incluso trivial, interconectado, ensamblado y analizado permite la creación de perfiles integrales y la toma de decisiones fundamentadas en predicciones²², ajenas a nosotros, que afectan sin duda al concepto amplio de vida privada que creemos ha de defenderse.

Más aún, es necesario comprender que el peligro para la privacidad, está no tanto -al menos, no sólo- en la naturaleza de la información protegida, sino en la generación innecesaria de la misma (además de, por supuesto, en su recolección, tratamiento y uso).

No se trata de que los datos sean “legítimamente” recolectados, tratados, usados. Se trata de cuestionar si realmente tienen que generarse (y recolectarse, tratarse y usarse). Ésta es la clave y la gran laguna de nuestras legislaciones; y es fundamental que seamos capaces de entenderlo.

Se habla en la actualidad de los delitos informáticos, de los cibercrimes, de los delitos de alta tecnología. Se incorporan con mayor o menor acierto a las legislaciones penales internas. Se acierta a ver la importancia de la protección de infraestructuras vitales críticas; de los sistemas de información en sí mismos considerados. Se alude incluso a la “seguridad informática” como posible interés a tutelar. Se va

21. Por eso, en la normativa internacional acaba optándose por aludir a la protección de datos de tráfico y localización (y no solo personales). Así, por ejemplo, ya en la Directiva 2002/58/CE, en el sector de las comunicaciones electrónicas. Véase POULLET, “About the E-Privacy”, cit., pp. 9-18.

22. Véanse SCHWARTZ, P. M., “Privacy, Ethics, and Analytics”, *IEEE Security & Privacy*, mayo/junio 2011, pp. 66-69 y POULLET, “About the E-Privacy”, cit., pp. 3 ss.

distinguiendo cada vez con mayor acierto entre delitos de contenido (que se van acomodando a los nuevos tiempos) y delitos contra sistemas y datos. Pero no se puede perder de vista la importancia de seguir garantizando lo básico. Claro que el peligro de una quiebra del sistema a gran escala está latente. Pero, sigue siendo necesario entender las amenazas a los bienes más tradicionales. Entender que se está perdiendo de vista que son comportamientos “en principio” lícitos (que parten de consentimientos viciados, forzados, implícitos) los que van mermando la idea de privacidad. Entender que estamos expuestos, abiertos a todos, sin muchas veces saberlo (mucho menos quererlo). Por eso, ¿qué más da que sancionemos los accesos no consentidos si constantemente se está utilizando información que no desearíamos que se utilizase y que no sabemos se utiliza?

¿Qué justifica el desarrollo de una infraestructura tecnológica intrusiva y ubicua? ¿Qué justifica la recolección de información, su tratamiento y su difusión? ¿Qué justifica que la moneda de cambio en el mundo virtual sean nuestros datos, nuestra privacidad? ¿Es siempre realmente necesaria la interconexión de la información y la creación de perfiles?

3. En búsqueda de una respuesta jurídica acertada frente a una realidad cambiante

Dentro del contexto digital la infraestructura tecnológica que lo soporta es justamente la que marca la forma en que interactuamos con ella; en la medida que a través de ella se definirá qué es capaz de hacer cada dispositivo, programa o herramienta tecnológica y, más importante aún, cómo lo hace, será básico definir y regular las fuerzas que la motorizan y los intereses que han de tomarse en cuenta para su diseño.

La respuesta del legislador ha sido hasta ahora la de responder a los riesgos o amenazas que se asocian al desarrollo exponencial de las nuevas tecnologías, de modo tardío, condicionado e insuficiente. Tardío porque los daños a bienes jurídicos importantes ya se han producido y seguirán produciéndose en cuando las propias tecnologías albergan en el seno de su configuración la capacidad de atentar contra la privacidad. Condicionado porque reacciona sólo antes casos puntuales. Insuficiente porque las soluciones encontradas no parten de un análisis real de la raíz del problema, limitándose a corregir déficits concretos. Y siempre focalizado a responder a las consecuencias no a las causas de los problemas que se van poniendo de relieve.

Una infraestructura tecnológica, cuyos avances se financian y definen, casi siempre (siempre, en realidad) por el mercado o por el Estado (en especial, por su aparato militar), que difícilmente tendrá en cuenta los intereses de los ciudadanos, genera dudas evidentes.

Siendo así, el legislador, incluido claro el penal, debe: primero, entender que el desarrollo tecnológico no ha hecho sino comenzar, por lo que el concepto de neutralidad tecnológica debe ser tenido en cuenta a todos los niveles de tutela jurídica, lo que implica decidir qué es lo que realmente se quiere proteger, más allá de lo envolvente que puedan ser las ideas de ciberespacio, mundo virtual o alta tecnología y la enumeración de concretas conductas a sancionar con terminologías que seguramente pronto quedarán obsoletas; segundo, obligar a un desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación que tome en cuenta la tutela de la vida privada, sobre

todo, como una condicionante necesaria de su diseño, y en las que retorne a los usuarios el verdadero control sobre su información e interacción con ella en el mundo virtual; tercero, evitar que nadie pueda ser involuntariamente perfilado, clasificado, codificado y, con ello, discriminado o excluido, lo que sólo es posible desde la reafirmación del derecho a que no se generen datos que no se quieran generar²³, a la desconexión, al olvido y, en el más amplio sentido de la expresión, a ser “dejado en paz”. Sólo así se garantiza realmente (física y virtualmente) la dimensión interior del ser humano que le permite desarrollarse libremente sin injerencias no ya no autorizadas o arbitrarias sino simplemente innecesarias (para él).

Es la idea, como se decía, de alguna decisión internacional, de la que es exponente, por ejemplo, la Directiva 2002/58/CE, sobre privacidad y comunicaciones electrónicas, cuando afirma en su art. 14.3: “*Cuando proceda, se podrán adoptar medidas para garantizar que los equipos terminales estén fabricados de manera compatible con el derecho de los usuarios de proteger y controlar el uso de sus datos personales*”. Más garantista habría sido sustituir la expresión “cuando proceda”, por la de “por defecto” o, simplemente, por la de “siempre”²⁴. Pero, en todo caso, qué diferencia con la afirmación de la Directiva 95/46/CE que aludía a la seguridad del tratamiento de los datos según el “estado de la técnica”.

Aquí es en todo caso donde debe evolucionar el Derecho penal, incorporando la sanción no sólo de “accesos ilícitos”, “abusos de equipos e instrumentos técnicos”, etc., como se requiere desde instancias internacionales, sino planteándose la punición de la no incorporación de parámetros de privacidad por defecto dentro de la configuración y diseño de las tecnologías²⁵. La *privacy by design* se plantea como una necesidad en este contexto. Destacada en el plano internacional como uno de los tópicos relevantes abordados en las Conferencias Internacionales de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad celebradas en 2009 y 2010²⁶, presente en el Programa de 2011²⁷ y ya referenciado en 1995 en el informe de Ann Cavoukian y John Borking “*Privacy-enhancing technologies: the path to anonymity*”²⁸ es una expresión que también en el ámbito penal merece toda nuestra atención.

23. Señala SCHAAR, P., “Privacy by Design”, *Identity in the Information Society*, vol. 3, nº 2, 2010, p. 273, que hay que tener en cuenta en el diseño de las TICs la minimización de la data, la facilidad de control sobre ella, la transparencia en el “cómo” se maneja, la calidad, confidencialidad y posibilidad de segregación de la misma.

24. Coincidimos con POULLET, “About the E-Privacy”, cit., pp. 20-21, cuando destaca que si bien la Unión Europea tiende a apoyar en sus recomendaciones el desarrollo de las llamadas PET’s o *Privacy-Enhancing Technologies*, es criticable que aún no exija la obligación de implementar parámetros protectores de la privacidad. A esto hay que agregar que limitar la vía de protección del derecho a la vida privada a unas “determinadas” tecnologías nos parece no sólo arriesgado sino insuficiente. Dentro de una realidad tecnológica en constante evolución es posible que se desarrollen mecanismos mucho más efectivos para su protección.

25. Véase SCHAAR, “Privacy by Design”, cit., 267-274.

26. Respectivamente, en <http://www.privacyconference2009.org> y <http://www.justice.gov.il/PrivacyGenerations/program.htm>.

27. En http://www.privacyconference2011.org/includes/Draft_Programme_Espanol.pdf.

28. Véase HUSTINX, P., “Privacy by design: delivering the promises”, *Identity in the Information Society*, vol. 3, nº 2, 2010, pp. 253-255. Asimismo, INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER/REGISTRATIERKAMER, *Privacy-Enhancing Technologies: The Path to Anonymity*, vol. I y II, 1995, (en <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/10000/184530.pdf>).

II. LA TECNOLOGÍA COMO ALIADA DEL DERECHO Y EL DERECHO COMO ALIADO DE LA TECNOLOGÍA: PRIVACIDAD EN EL DISEÑO (“PRIVACY BY DESIGN”)

La tecnología plantea problemas. Pero ella misma puede aportar soluciones. El primer cambio de visión necesario para lograr una tutela de intereses no cuestionados (o que no debieran serlo) es el de que las Tecnologías de la Información y la Comunicación no necesariamente tienen que configurarse partiendo de una infraestructura de vigilancia y trazabilidad²⁹. A partir de ahí necesitamos respuestas tecnológicas apoyadas legalmente. La idea de la *privacy by design* (privacidad en el diseño), desarrollada en Canadá³⁰ y Holanda³¹, va en esta dirección.

Sin embargo, incorporar en el diseño tecnológico la idea de privacidad, construyendo entornos amigables y garantes de este derecho, no es sino un primer paso al que ha de seguir la toma de conciencia de las personas de cómo protegerse de las consecuencias de sus elecciones y de la puesta a disposición –de quien quiera o pueda utilizarlos– de sus datos, así como el conocer las herramientas con que cuentan para ello, creando verdaderamente un entorno donde la elección de parámetros protectores de la vida privada no conduzcan a una especie de auto-exclusión.

No se trata sólo de “navegar” protegidos, sino de navegar “seguros”; seguros de nuestras elecciones, seguros de que se respetarán nuestros derechos, de que no se violará nuestra privacidad, de nuestra facultad de autodeterminación personal y del respeto de ése, nuestro espacio privado, más allá de su carácter corporal o incorporal. Esta “seguridad” sólo puede construirse a través de la concienciación de las personas y del desarrollo de ambientes que viabilicen un verdadero diálogo, donde libertades y derechos no negociables no sean moneda de cambio de los servicios ofrecidos. Y esto sólo será posible de la mano de la legislación. La tecnología como aliada del Derecho y el Derecho como aliado de la tecnología, se dirá³².

La incorporación de una visión protectora de la privacidad como parámetro necesario en el desarrollo de las nuevas herramientas y dispositivos tecnológicos es una perspectiva que ha sido tímidamente incorporada en diferentes regulaciones³³, aunque más como reacción ante las amenazas de tecnologías ya desarrolladas.

29. Esto implica que debe incorporarse en la conceptualización misma del sistema y como requisito indispensable la protección de la privacidad. En este contexto, PEARSON, S./YUN, S., “Context-Aware Privacy Design Pattern Selection”, *Lecture Notes in Computer Science*, Trust, Privacy and Security in Digital Business, vol. 6264, 2010, pp. 69-80. También, entre otros muchos, CHARLESWORTH, A./PEARSON, S., “Accountability as a Way Forward for Privacy Protection in the Cloud”, *Lecture Notes in Computer Science*, Cloud Computing, vol. 5931, 2009, pp. 131-144 y DEY, A. K./HONG, J. I./LANDAY, J. A./LEDERER, S., “Personal privacy through understanding and action: five pitfalls for designers”, *Personal and Ubiquitous Computing*, vol. 8, n° 6, 2004, pp. 440-454.

30. El concepto se atribuye a CAVOUKIAN, A., *Privacy by design...take the challenge*, Whashington D. C., 1997, pp. 3-7, Comisionada de Información y Privacidad en Canadá.

31. Véase HUSTINX, “Privacy by design”, cit., p. 253.

32. Véase SCHWARTZ, P. M., “Internet Privacy and the State”, cit., pp. 815 ss., quien clama por la necesidad de la intervención estatal a fin de configurar adecuadamente el mercado y las normas protectoras de la *privacy*.

33. A este respecto DIX, “Built-in privacy”, cit., p. 257.

Y, sin embargo, la única forma real y efectiva de garantizar una verdadera protección del derecho a la vida privada es comprender que es hora de repensar las tecnologías y de tomar en cuenta desde el diseño mismo que precede a su materialización la necesidad de considerar ciertos parámetros no negociables³⁴.

Hasta ahora ha primado, incluso en el desarrollo mismo de muchas legislaciones, el sentimiento de que la privacidad es más bien un “freno” –o un derecho que es posible relegar a un segundo plano y, por supuesto, renunciable– frente a las ideas de rentabilidad del mercado (en lo privado)³⁵ y de seguridad (en lo público)³⁶. Así, pareciera, por una parte, que las personas existen para consumir, porque lo exige un “mercado anónimo”, en tanto, por otra, se desarrolla una sociedad del temor, aparentemente siempre en guerra y con enemigos difusos, pareciendo incluso que lo somos todos nosotros cuando nos resistimos a participar de medidas “a favor” de “¿nuestra? seguridad”.

Ahora bien, el mercado existe para satisfacer –de verdad– las necesidades de las personas; el Estado, para garantizar la dignidad y el libre desarrollo de los seres humanos. Y la relación entre desarrollo del mercado, seguridad y privacidad debería ser la de ganar, ganar, ganar y vuelta a ganar. Pero, todos. Ello exige, en nuestra opinión, la incorporación en el desarrollo tecnológico de una nueva filosofía en que la privacidad sea un elemento nuclear a tomar en cuenta dentro del diseño y arquitectura de las tecnologías, herramientas, programas, dispositivos, sistemas y demás avances que acompañen el desarrollo humano y científico.

1. La filosofía de la privacidad en el diseño (o el diseño de la privacidad)

Ann Cavoukian define la *privacy by design* como “la filosofía y el enfoque de incorporar la privacidad en el diseño de las diferentes tecnologías”³⁷. Esta autora señala que si bien ello podría conseguirse a través de la implementación de las “*Fair Information Practices*” en la arquitectura de las mismas, deben tomarse en cuenta no sólo aspectos tecnológicos, sino las prácticas del negocio y el diseño físico así como la propia infraestructura de la Red³⁸. La privacidad es algo a “construir” en la estructura misma de la tecnología y en su aplicación.

Esto es importante en cuanto no se trata sólo de contar con sistemas o programas que contengan algoritmos protectores de la privacidad, sino también de tener a disposición *hardwares*, equipos e infraestructuras que puedan soportarlos, salvaguardando ellos mismos, en su construcción, este derecho, así como personas capaces de gestionar estas herramientas e incluso un espacio físico adecuado para

34. En este sentido, LE MÉTAYER, D., “Privacy by Design: A Matter of Choice”, *Data Protection in a Profiled World*, Part 6, 2010, pp. 323-334.

35. Así, CAVOUKIAN, “Privacy by design”, cit.

36. Sobre los conflictos entre seguridad en la Web y privacidad, JENSEN, C. D./SEIGNEUR, J. M., “Trading Privacy for Trust”, *Lecture Notes in Computer Science*, Trust Management, vol. 2995, 2004, pp. 93-107.

37. CAVOUKIAN. *Privacy by design*, cit., p. 3.

38. CAVOUKIAN, “Privacy by design”, cit., pp. 247 ss.

su incorporación. Se destacan entonces dos pilares en este modelo: por una parte, la construcción de una tecnología protectora de la privacidad (tanto en *software* como en *hardware* como en las infraestructuras que soporten ambos); por otra, la creación y aplicación de parámetros protectores de la privacidad que garanticen su respeto en todo el ciclo de vida de las informaciones que puedan –porque tengan que– generarse y en todos los “estados” de la implementación de la tecnología (es decir la puesta en práctica efectiva de esta protección con una visión protectora de la privacidad).

Ann Cavoukian señala también que la protección de la privacidad no debe verse como una “carga”, sino como algo fundamental para salvaguardar no ya la democracia, sino un mercado mismo que se fundamenta en la confianza que se deposite en él. Enfatiza así la necesidad de erradicar esa visión de “*zero-sum*”, en la cual hay que elegir entre la protección de uno u otro interés (mercado o privacidad) y partir de un paradigma “*positive-sum*” en el que todos pueden verse beneficiados sin importar las decisiones o elecciones tomadas³⁹.

Pero es mucho más que esto. La tendencia en el desarrollo de las tecnologías ha sido la de apostar por la pérdida de privacidad frente a otros intereses. Algo inadmisibles. Son las propias tecnologías las que deben ser capaces de garantizar los derechos a los que parecen oponerse, derechos no negociables que han de conciliarse con otros pero como sumandos. La privacidad, en este sentido, no puede entrar en la ecuación como elemento desechable.

La autora canadiense destaca que la implementación de esta filosofía conlleva siete principios fundamentales: 1º que se asuma un enfoque proactivo no reactivo, preventivo no correctivo; 2º que los parámetros protectores de la privacidad se establezcan “por defecto”; 3º que la privacidad se encuentre integrada en el diseño; 4º que exista una funcionalidad total, asumiendo una visión “*positive-sum*” de la privacidad; 5º que la protección de la privacidad esté presente en todo el ciclo de vida de la información; 6º que las prácticas implementadas sean visibles y transparentes; 7º que se respete la privacidad de los usuarios⁴⁰.

Todo ello, correctamente desarrollado, debería conllevar, sin duda, la reducción de la recolección, utilización, retención y transmisión innecesarias de datos personales (en cuanto relativos a las personas, no en cuanto de índole personal-sensible) por los sistemas, al mismo tiempo que el fortalecimiento de la seguridad de la información y el empoderamiento a los individuos a fin de que ejerzan un verdadero control sobre sus propios datos⁴¹.

Si bien es cierto que este discurso resulta poderoso y atractivo, no es menos cierto que para hacerlo realidad no bastará la transparencia de las prácticas de las empresas. Los más de quince años que han pasado desde que por primera vez surgió este nuevo paradigma de “la privacidad en el diseño” así lo han demostrado. Hará falta mucho más que la buena voluntad de algunos y está llamado el Estado, en cuanto legislador, a devolver un equilibrio hoy perdido a fin de que la suma, frente a

39. CAVOUKIAN, *Privacy by design*, cit., pp. 51-55.

40. CAVOUKIAN, “Privacy by design”, cit., pp. 249-250.

41. Véase CAVOUKIAN, *Privacy by design*, cit., pp. 17 y 24.

intereses y elecciones políticas de gran peso, no se convierta en una resta en detrimento del derecho a la vida privada.

La protección de la privacidad no es negociable y no se trata sólo de crear parámetros por defecto que salvaguarden el derecho a la vida privada, que puedan ser “modificados” por los usuarios, sino la incorporación de forma integral y no mutable de determinados parámetros mínimos protectores de ella, en cuanto muchos de estos usuarios no cuentan con los conocimientos técnicos adecuados para intentar protegerse⁴² y/o desconocen los riesgos de la desprotección.

Indudablemente los aspectos que destaca Cavoukian son fundamentales para un correcto desarrollo de una nueva generación de tecnologías por venir que incorpore dentro de los intereses a considerar en su diseño la protección de la privacidad en todas las etapas de su implementación⁴³; para que todos salgan ganando; se trata, si se quiere, de alcanzar, en la Red inteligente, una “privacidad inteligente”⁴⁴.

Actualmente nos encontramos con tecnologías que deliberadamente prescinden de parámetros protectores de la privacidad, tecnologías que ni siquiera se plantean su impacto en ella, tecnologías que no la garantizan porque están mal diseñadas⁴⁵. Frente a ello, hay que moldear la mentalidad de quienes están implicados en su desarrollo, analizar el impacto de cada herramienta en la privacidad, incorporar formas de auditar y corregir el comportamiento de los sistemas respecto de la configuración de sus parámetros, buscar el modo de hacerlos flexibles.

Daniel Le Métayer acertadamente señala que la elección a la hora de implementar esta filosofía es, ante todo, política; política por depender de una decisión colectiva, aunque no necesariamente concertada o democrática, llevada a cabo por los actores que tienen más peso: la sociedad (los individuos), la ley (el legislador), la tecnología (los científicos) y el mercado (la industria). Y claro, así, los individuos tienen realmente pocas posibilidades de influir en la construcción de diseños de privacidad, quedándoles sólo la opción de renunciar a los servicios que se les ofrecen o aceptar recortes en ella⁴⁶.

Más aún, es cierto que se han desarrollado tecnologías protectoras de la privacidad, pero el conocimiento de su existencia y su uso no son del todo accesibles a “no expertos”; por ello, el concepto de la privacidad en el diseño debe exigir ir más allá. De lo que se trata no es ya de disponibilidad. No se trata de que determinadas tecnologías estén disponibles sino de que determinados parámetros protectores de la privacidad estén integrados, siempre, en esas tecnologías de modo real.

42. SCHAAR, P., “Privacy by Design”, cit., pp. 267 ss.

43. Véase SMITH, J./PROSCH, M., “Extending the value chain to incorporate privacy by design principles”, *Identity in the Information Society*, vol. 3, nº 2, 2010, pp. 295-318.

44. Así, CAVOUKIAN, A./POLONETSKY, J./WOLF, C., “SmartPrivacy for the Smart Grid: embedding privacy into the design of electricity conservation”, *Identity in the Information Society*, vol. 3, nº 2, 2010, pp. 275-294.

45. Véase LE MÉTAYER, “Privacy by Design”, cit., pp. 326-327.

46. *Ibidem*, pp. 328-329.

2. Tecnologías desarrolladas para proteger la privacidad

El primer concepto con el que se relaciona la expresión “*privacy by design*” es el de las *PET*'s (*Privacy-Enhancing Technologies*).

Las *PET*s se definen en el Libro Blanco sobre las tecnologías orientadas a reforzar la privacidad como “*el nombre común de una amplia gama de diferentes tecnologías para proteger los datos personales sensibles dentro de los sistemas de información*”⁴⁷. Kenny y Borking dirán que estas tecnologías son las que hacen referencia a “*sistemas coherentes de tecnologías de la información y de la comunicación que fortalecen la protección de la vida privada de un individuo en un sistema de información mediante la prevención del procesamiento innecesario o ilegal de los datos personales u ofreciendo herramientas y controles a fin de mejorar el control de los individuos sobre su información personal*”⁴⁸. Ambas insatisfactorias, en parte, en cuanto limitan la información a tener en cuenta a la de los datos personales (salvo en base a un concepto extensivo de éste). La primera incluso alude a la expresión “sensibles”. La segunda describe una disyuntiva y, sin embargo, la privacidad ha de garantizarse tanto desde la reducción al mínimo de la recolección y tratamiento de datos como desde el empoderamiento de las personas sobre los mismos.

Las tecnologías orientadas a reforzar la privacidad (*PET*s) están normalmente asociadas a técnicas que permiten a los usuarios de sistemas de comunicación electrónica impedir que sus comportamientos y actividades sean trazados o se les identifique a través de éstos⁴⁹. Esto conlleva que cuando se alude a ellas se piense en tecnologías que tienden a garantizar el anonimato de quien recibe y envía, a ocultar las comunicaciones en sí mismas y a impedir que se relacionen diversos eventos⁵⁰.

Se destacan también como tecnologías transformadoras, entre otras, la encriptación biométrica, el “*clipped tag*” para los *RFID* (identificación por radiofrecuencia) –que permite desactivarlos-, la encriptación de las imágenes, la protección de la imagen corporal que sólo “esboza” el cuerpo humano⁵¹, lo que permite comprender la importancia de la expansión de su aplicación también al mundo físico.

Algunos autores identifican las *PET*s con tecnologías que se focalizan en la reducción de los datos; otros las identifican con las que dan “poder” al usuario sobre su información.

47. KOORN RE, R. (Editor), *Privacy-Enhancing Technologies, White Paper for Decision-Makers*, Ministry of the Interior and Kingdom Relations, Netherlands, 2004.

48. KENNY, S./NORKING, J., *The value of privacy engineering*, citado por CAVOUKIAN, *Privacy by design*, cit., p. 24.

49. Para más detalle, INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER/ REGISTRATIERKAMER, *Privacy-Enhancing Technologies*, cit.

50. Véase FEDERRATH, H., “Privacy Enhanced Technologies: Methods - Markets - Misuse”, *Lecture Notes in Computer Science*, Trust, Privacy, and Security in Digital Business, vol. 3592, 2005, pp. 1-9.

51. Véase CAVOUKIAN, *Privacy by design*, cit., pp. 27-35.

Se clasificarán las mismas en tecnologías de control, de segregación de datos, de consecución del anonimato y de administración de la privacidad⁵².

Habrán autores, en fin, que agregarán a estas tecnologías, distinguiéndolas de las *PETs*, las que tienen activadas las opciones más protectoras de la privacidad (*privacy by default*), los metadatos en el intercambio de información, las tecnologías que previenen la transmisión no autorizada de datos (*data loss prevention*), englobando todas dentro de esas tecnologías que responden al concepto de una *privacy by design*⁵³.

Especialmente completo es el estudio de Dawn N. Jutla, que recoge distintas clasificaciones destacando la que distingue entre las tecnologías que garantizan la privacidad de las comunicaciones, el anonimato, los controles personales, el control sobre las interferencias o las salvaguardias corporativas. Ella, fijándose en las diferentes fases del comportamiento de los usuarios, diferenciará las tecnologías que permiten tomar conocimiento de los asuntos y derechos relacionados con la privacidad, las que permiten actuar para proteger este derecho, las que permiten detectar violaciones y las que permiten resolver conflictos relacionados con el mismo, buscando abarcar de modo completo el “ciclo de vida de la privacidad”. Resalta a este respecto la denominada *P3P* o *Privacy Platform Preferences*, cuya configuración consiste en la incorporación de una serie de opciones de privacidad que reflejan diversos niveles de protección a través de los cuales pueden definirse qué datos serán recolectados, con quién se compartirán, por cuánto tiempo se conservarán y con qué propósito⁵⁴.

La cuestión es que todo esto parte de una relación entre partes en situación de igualdad. Pero, no es así. No lo es porque el peso de la configuración de un usuario no es similar al de los demás sujetos con los que interactúa; el nivel de conocimiento y conciencia sobre las implicaciones de sus elecciones sobre su privacidad no suele ser el adecuado; las elecciones que toma suelen conducir a decisiones discriminatorias y excluyentes; y no se actúa en un ambiente transparente en que estén asegurados e integrados estándares mínimos protectores de la privacidad no negociables.

Así, en esta conceptualización acerca de la incorporación en el diseño de la privacidad cabe observar con preocupación la tendencia a fundamentar esa “adecuada” protección tecnológica desde el prisma de la “auto-regulación” y la “negociación”. Sin embargo, un sistema puede ser transparente y vulnerar con creces la privacidad de usuarios impotentes o ya afectados. Lo importante sigue la cuestión de cuándo y en qué medida es necesario generar, recolectar y tratar la información de los sujetos que acuden a la Red. ¿Qué gana una persona cuando se le atribuye aparentemente un control sobre datos que ya circulan por la Red y cuya ingente cantidad impide una real y efectiva administración de los mismos? ¿Qué gana el usuario si un sistema parte

52. Véase KÖFFEL, C./WÄSTLUND, E./WOLKERSTORFER, P., “PET-USES: Privacy-Enhancing Technology - Users' Self-Estimation Scale”, *IFIP Advances in Information and Communication Technology*, vol. 320, Privacy and Identity Management for Life, 2010, pp. 266-274.

53. Véase MIRALLES, R., “Privacy by design: la privacidad en el diseño”, *INTECO-Formación, Estudios e Informes ENAC*, n.º 4, 2009, pp. 10-14.

54. JUTLA, D. N., “Layering privacy on operating systems, social networks, and other platforms by design”, *Identity in the Information Society*, vol. 3, n.º 2, 2010, pp. 319-341.

de parámetros protectores de la privacidad establecidos por defecto pero que debe ir desmontando a fin de poder acceder de forma fácil y eficiente a los servicios ofertados en la Web? Téngase en cuenta, por ejemplo, la imposibilidad práctica de desactivar determinadas cookies para poder acceder a ciertos sitios o la necesidad de desactivar determinadas alarmas de seguridad, recurrentes pero innecesarias, para poder navegar con cierta libertad⁵⁵. Y la alternativa no puede ser la de “eres libre para decidir lo que quieras, pero, según lo que decidas, te quedas fuera”.

Peter Schaar señala que en el diseño de un sistema de procesamiento de datos, hay que minimizar la datos recolectados y tratados a lo estrictamente necesario, otorgar un control real sobre la información relacionada con una persona a ésta, hacer transparente el funcionamiento del sistema, salvaguardar la confidencialidad de los datos, garantizar la calidad de éstos y posibilitar la segregación de datos para diferentes propósitos⁵⁶. Quizás habría que añadir la necesidad de que las tecnologías faciliten la reducción de la “generación” misma de los datos, favorezcan la ausencia de discriminación o exclusión cuando no se participe del sistema plenamente y permitan en todo momento la posibilidad de desconexión y olvido⁵⁷. Insistimos, no se trata tanto de proteger datos personales o sensibles, sino la masa informativa relacionada con un individuo, sus bienes o sus interconexiones, que puede ser utilizada para generar perfiles en línea y analizar su ser exponiendo su espacio privado tanto en la dimensión virtual como física de su persona condicionando su interrelación con el mundo.

En todo caso, la filosofía de la *privacy by design* implica mucho más que la implementación de tecnologías que protegen la privacidad. Constituye un paradigma en el que deben confluír el apoyo de la regulación, una supervisión independiente, la responsabilidad y transparencia, la fuerza del mercado, la concienciación de todos los actores, la seguridad de la información, las *Fair Information Practices* y, sólo con todo ello, la adecuada infraestructura tecnológica y operativa⁵⁸. Siempre desde la idea de ruptura con la obsesión por la protección “de los datos personales” para buscar la focalización de las decisiones en la devolución de la verdadera autodeterminación informativa y decisional a las personas.

Se trata de retornar a lo básico y de exigir, como dirá Poulet, que se reduzca la información enviada y recibida a lo estrictamente necesario para lo que persigue el usuario y siempre que éste haya solicitado algún tipo de comunicación⁵⁹, no para lo que persiga el mercado o el Estado o los científicos o cualquier “otro”.

Y aquí el Derecho no puede permanecer inactivo.

55. A este respecto, SCHWARTZ, P. M., “Beyond Lessig’S Code For Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy-Control, And Fair Information Practices”, *Wisconsin Law Review*, 2000, pp. 766-771.

56. Así, SCHAAR, P., “Privacy by Design”, cit., p. 273.

57. A este respecto, FINOCCHIARO, G., “La memoria de la rete et il diritto all’oblio”, *Il Diritto Dell’Informazione e Dell’Informatica*, vol. XXVI, n° 3, 2010, pp. 391-404.

58. Véase CAVOUKIAN/POLONETSKY/WOLF, “SmartPrivacy for the Smart Grid”, cit., p. 276.

59. POULLET, “About the E-Privacy”, cit., pp. 27-28.

3. El gran reto del legislador: moldear un “código” propicio para la privacidad que permita transitar de la sensación de protección a la garantía de seguridad

Entendiendo que la configuración actual de la protección legal de la privacidad no resulta plenamente satisfactoria frente a la evolución exponencial de las tecnologías y la creación de una nueva dimensión integral de la persona, que se exterioriza tanto en un mundo “físico” como en un mundo “virtual” cada vez más entrelazados, parece lógico reclamar del legislador la responsabilidad de moldear la arquitectura de la infraestructura tecnológica que nos rodea y exigirle que garantice unos principios mínimos que aseguren el respeto, entre otros, del derecho a la vida privada.

De lo que se trataría es de transitar desde las infraestructuras de vigilancia y trazabilidad a las que sean “amigables” a la privacidad, garantizándose, legalmente, que ello no implique ni exclusión ni discriminación. Aquí es donde el Derecho debe acudir en auxilio de la tecnología para moldear el “código” que configura la infraestructura tecnológica actual a fin de que incorpore parámetros no negociables protectores de la privacidad que permitan a las personas interactuar y transitar de una forma protegida y segura del respeto a sus derechos, a sus elecciones, a su esencia como individuo.

Claro que pueden crearse en el ámbito penal nuevos tipos de lesión o de peligro vinculados con la tutela de intereses tradicionales; por supuesto puede reconocerse la necesidad de tutelar los sistemas de información con propuestas que atiendan la posibilidad de garantizar “nuevos” bienes jurídicos, intermedios o no; podemos también complementar y fortalecer el cumplimiento de los requisitos administrativos del tratamientos de datos con sanciones punitivas. Pero todo ello es insuficiente si no acabamos de comprender el origen de la desprotección de la vida privada y aceptamos como válida, de modo conformista, una tecnología lesiva de ella ya en la propia conceptualización e infraestructura que la soporta.

Como se dice en las conclusiones del Informe MIAUCE “*ha llegado el momento de que la ley también busque la ayuda de la tecnología para asegurar que los mismos instrumentos destinados a la observación de personas y eventos (con fines que van desde la seguridad hasta la comercialización y el entretenimiento; a través de tecnologías que implican la observación y/o la interacción y/o la generación de perfiles) no nieguen a los individuos de forma desproporcionada e ilegítima la protección adecuada de sus derechos y libertades fundamentales*”⁶⁰.

Pero, así como no todo puede dejarse a la ley, tampoco todo puede dejarse a la tecnología. Es el legislador el que tiene que definir en este contexto cuáles son los parámetros con los que ha de operar la tecnología. Hasta ahora el legislador ha focalizado su atención en el uso de datos y sistemas. El paso que ha de dar es el de atender también la configuración tecnológica que sustenta ambos.

60. CORNELIS, M./DARQUENNES, D./GRANDJEAN, N./LOBET-MARIS, C-/POULLET, Y./ROUVROY, A., *Deliverable D5.1.2, Ethical, legal and social issues. Multi modal Interaction Analysis and exploration of Users within a Controlled Environment (MIAUCE)*, 2007, p. 125 (en <http://www.fundp.ac.be/pdf/publications/70144.pdf>).

Y ha de hacerlo incentivando el paradigma de la *privacy by design* y “exigiendo” su aplicación⁶¹, atendiendo los siguientes aspectos: 1º garantizar una generación, recolección y tratamiento mínimo de información sin que ello implique un empeoramiento de la funcionalidad de los servicios recibidos, 2º el parámetro a tomar en cuenta para definir ese “mínimo” debe venir dado por el “propósito” del usuario –no de un tercero–, 3º devolver el “poder” a las personas sobre sus datos (esto implica darles capacidad de auditar, controlar, negar, ocultar, rectificar, acceder, segregar información, volverse anónimo), incluso con un reconocimiento del derecho al olvido digital, 4º reconocer el derecho a la desconexión, sin que esto implique exclusión o discriminación, 5º exigir transparencia en la forma en que funcionan los sistemas y en que recolectan, administran, usan y transmiten la información, haciendo posible verificar su adecuación con la ley y las políticas de privacidad en ellas definidas y auditar su cumplimiento, 6º exigir que por defecto se establezcan las opciones más protectoras de la privacidad, 7º reconocer la existencia de una dimensión virtual y física, personal y privada, de los individuos y la necesidad de protegerla de injerencias e intrusiones no autorizadas, ya sean comunicaciones no solicitadas ya se trate de una vigilancia ubicua con trazabilidad de sus actos en la Web, 8º recordar que el derecho a la vida privada no es “descartable”, por lo que deben existir parámetros protectores mínimos y fijos integrados a la tecnología.

Varios de estos aspectos serán difíciles de definir. Especialmente compleja será la concreción de lo que ha de entenderse por espacio público y privado de acción y de en qué medida, aún dentro del “espacio público”, determinadas acciones pueden o deben quedar protegidas por el “anonimato” del conjunto⁶² frente a la progresiva implementación de ambientes inteligentes⁶³. Es aquí donde el legislador está llamado a trazar la línea entre lo que el Derecho no puede permitir y lo que las personas, empoderadas de sus derechos, sí pueden⁶⁴.

La incorporación de la protección del derecho a la vida privada a la conceptualización y diseño de la infraestructura tecnológica que nos rodea es una necesidad, pero la concienciación de las personas de los riesgos a valores importantes que surgen de su interacción en el mundo virtual es fundamental. De hecho uno de los principales problemas a los que nos enfrentamos hoy en día es el de la banalización de la exposición de datos en el mundo virtual, de la que deriva la facilidad para recolectar información sin conocimiento del implicado. Es necesario concienciar sobre riesgos y consecuencias. Y es importante crear un espacio de diálogo real y transparente en el que la interacción entre usuarios y servicios y/o productos ofrecidos no sea, como se decía, un “perder-ganar” o un “perder-perder”, sino un “ganar-ganar”.

Y lo que ha de garantizar el marco normativo es la creación de espacios donde puedan asegurarse unos derechos que no cabe banalizar como parte del intercambio que motoriza la economía digital o la sed de control estatal y en los que no primen los

61. Véase HUSTINX, “Privacy by design”, cit., pp. 253 ss.

62. FRIEDMAN, B./HAGMAN, J./KAHN, P. H., “The Watcher and the Watched”, cit., pp. 145 ss.

63. CORNELIS *et alter*, *Deliverable D5.1.2*, cit., pp. 87-89.

64. A este respecto, LE MÉTAYER, “Privacy by Design”, cit., pp. 329-330.

intereses del mercado o la “oscurantista” pretensión de seguridad estatal. Unos derechos sobre los que se obligue al usuario a pensar en una realidad en que la opción no sea la de “o lo tomas o lo dejas”, la de “diga sí para continuar”, la de “estoy informado de”, cuando no es cierto. No se trata sólo de favorecer la interacción dentro de esquemas de protección aparentemente respetuosos con la vida privada y transparentes, sino de exigir aquéllos que nos den la absoluta seguridad de que sean cuales sean las decisiones que tomemos, nuestros derechos, irrenunciables, están a salvo, seguridad de que nuestra privacidad, no ya en el momento de la decisión que tomamos, sino en el futuro, no será violada por lo que hayamos decidido, más allá de distinciones entre espacios corporales o incorporeales.

¿Con el Derecho penal? También. Son muchas las legislaciones que, siguiendo las recomendaciones u obligaciones internacionales, penalizan el “abuso de dispositivos” que permiten (o con la intención de) cometer delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos, ya sea en cuanto a su creación, en cuanto a su difusión, su uso o cualquier forma de puesta a disposición. ¿Por qué no cabe atender también la posibilidad de sancionar la ausencia de incorporación de la privacidad en el diseño de la infraestructura tecnológica, cuando se sabe que de no incorporarse es imposible que ese derecho (quizás no de forma inmediata) no sufra?

Seguramente no estemos sino comenzando a vislumbrar lo que la tecnología puede hacer, por lo que el principio de neutralidad tecnológica debe permear todos los niveles de tutela jurídica, incluyendo un Derecho penal que no puede cegarse por terminologías atrayentes y discursos pseudo-científicos sin atender cuáles son los intereses realmente en juego. Un Derecho penal que debe poder utilizarse como herramienta para garantizar que en el desarrollo de las nuevas tecnologías se tome en cuenta la tutela de la vida privada desde su diseño como condicionante necesaria para su aceptación. Para, así, asegurar el retorno al usuario del verdadero control sobre su información. Un Derecho penal que permita garantizar que nadie esté obligado a dejarse perfilar, clasificar y codificar bajo amenaza de discriminación o exclusión. Un Derecho penal que garantice la mínima y necesaria generación y recolección de información, la desconexión, el olvido y, en el más amplio sentido de la expresión, el poder ser “dejado en paz”.

Esto no tiene que implicar renunciar a la idea de un Derecho penal mínimo. Mínimo pero suficiente. El planteamiento de aquella posibilidad se revela simplemente como opción, quizás única, para evitar la proliferación de tecnologías que, voluntariamente o por negligencia, en su diseño, más que coadyuvar, conducen a la vulneración de la privacidad. ¿Se adelantan con ello las barreras tradicionales de intervención del Derecho Penal? Sin duda. Pero es que es difícil actuar de otro modo aquí, en un ámbito en el que si el Derecho no crea esos espacios amigables aludidos la pérdida de lo que la privacidad conlleva será imposible de evitar.

III. BIBLIOGRAFÍA

BABBITT, R./CHANG, C./YANG, H. I./WONG, J., “Environment Objects: A Novel Approach for Modeling Privacy in Pervasive Computing”, *Lecture Notes in Computer Science, Ambient Assistive Health and Wellness Management in the Heart of the City*, vol. 5597, 2009, pp. 166-173.

- BURNIK, J./PIRC MUSAR, N., "The Dangers of Electronic Traces: Data Protection Challenges Presented by New Information Communication Technologies", *Lecture Notes in Computer Science, Ethics and Policy of Biometrics*, vol. 6005, 2010, pp. 7-13.
- CAVOUKIAN, A., *Privacy by design...take the challenge*, Whashington D.C., 1997.
- , "Privacy by design: the definitive workshop", *Identity in the Information Society*, vol. 3, n° 2, 2010, pp. 247-251.
- /POLONETSKY, J./WOLF, C., "SmartPrivacy for the Smart Grid: embedding privacy into the design of electricity conservation", *Identity in the Information Society*, vol. 3, n° 2, 2010, pp. 275-294.
- CHARLESWORTH, A./PEARSON, S., "Accountability as a Way Forward for Privacy Protection in the Cloud", *Lecture Notes in Computer Science, Cloud Computing*, vol. 5931, 2009, pp. 131-144.
- COLEMAN, S., "E-mail, terrorism and the right to privacy", *Ethics and Information Technology*, vol. 8, n° 1, 2006, pp. 17-27.
- CORNELIS, M./DARQUENNES, D./GRANDJEAN, N./LOBET-MARIS, C./POULLET, Y./ROUVROY, A., *Deliverable D5.1.2, Ethical, legal and social issues. Multi modal Interaction Analysis and exploration of Users within a Controlled Environment (MIAUCE)*, 2007 (en <http://www.fundp.ac.be/pdf/publications/70144.pdf>).
- DE HERT, P./GONZÁLEZ FUSTER, G./GUTWIRTH, S., "Legal safeguards for privacy and data protection in ambient intelligence", *Personal and Ubiquitous Computing*, vol. 13, n° 6, 2009, pp. 435-444.
- DEY, A. K./HONG, J. I./LANDAY, J. A./LEDERER, S., "Personal privacy through understanding and action: five pitfalls for designers", *Personal and Ubiquitous Computing*, vol. 8, n° 6, 2004, pp. 440-454.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n° 7, 2005, pp. 1-36.
- DIX, A., "Built-in privacy - no panacea, but a necessary condition for effective privacy protection", *Identity in the Information Society*, vol. 3, n° 2, 2010, pp. 257-265.
- FEDERRATH, H., "Privacy Enhanced Technologies: Methods - Markets - Misuse", *Lecture Notes in Computer Science, Trust, Privacy, and Security in Digital Business*, vol. 3592, 2005, pp. 1-9.
- FINOCCHIARO, G., "La memoria de la rete et il diritto all'oblio", *Il Diritto Dell'Informazione e Dell'Informatica*, vol. XXVI, n° 3, 2010, pp. 391-404.
- FRIEDMAN, B./HAGMAN, J./KAHN, P. H., "The Watcher and the Watched: Social Judgments about Privacy in a Public Place", *Computer Supported Cooperative Work, Media Space 20 + Years of Mediated Life*, 2009, pp. 145-176.
- HUSTINX, P., "Privacy by design: delivering the promises", *Identity in the Information Society*, vol. 3, n° 2, 2010, pp. 253-255.
- INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER/REGISTRATIERKAMER, *Privacy-Enhancing Technologies: The Path to Anonymity*, vol. I y II, 1995 (en <http://www.onlta.on.ca/library/repository/mon/10000/184530.pdf>).
- JENSEN, C. D./SEIGNEUR, J. M., "Trading Privacy for Trust", *Lecture Notes in Computer Science, Trust Management*, vol. 2995, 2004, pp. 93-107.
- JOHNSON-PAGE, G. F./THATCHER, R. S., "B2C data privacy policies: current trends", *Management Decision*, vol. 39, n° 4, 2001, pp. 262-271.

- JUTLA, D. N., "Layering privacy on operating systems, social networks, and other platforms by design", *Identity in the Information Society*, vol. 3, n° 2, 2010, pp. 319-341.
- KÖFFEL, C./WÄSTLUND, E./WOLKERSTORFER, P., "PET-USES: Privacy-Enhancing Technology - Users' Self-Estimation Scale", *IFIP Advances in Information and Communication Technology*, vol. 320, Privacy and Identity Management for Life, 2010, pp. 266-274.
- KOORN RE, R. (Editor), *Privacy-Enhancing Technologies, White Paper for Decision-Makers*, Ministry of the Interior and Kingdom Relations, Netherlands, 2004.
- KOTZANIKOLAOU, P./MAGKOS, E., "Enhancing Privacy-Preserving Access Control for Pervasive Computing Environments", *Lecture Notes of the Institute for Computer Sciences, Social Informatics and Telecommunications Engineering*, 1, vol. 47, Security and Privacy in Mobile Information and Communication Systems, Part 2, pp. 53-64.
- LE MÉTAYER, D., "Privacy by Design: A Matter of Choice", *Data Protection in a Profiled World*, Part 6, 2010, pp. 323-334.
- /MONTELEONE, S., "Automated consent through privacy agents: Legal requirements and technical architecture", *Computer Law & Security Review*, vol. 25, n° 2, 2009, pp. 136-144.
- LANGHEINRICH, M., "Privacy by Design - Principles of Privacy-Aware Ubiquitous Systems", *Lecture Notes in Computer Science, Ubicomp*, vol. 2201, 2001, pp. 273-291.
- LEIGHTON, P., "Uso excesivo de las redes sociales tiende a borrar el límite entre lo público y lo privado", *El Mercurio*, Chile, 25 de junio de 2011, p. A14.
- LESSIG, L., *Code: and other laws of Cyberspace*, version 2.0 Basic Books, New York, 2006.
- McADAMS, A. J., "Review: Internet Surveillance after Septiembre 11: is the United States becoming GreatBritain?", *Comparative Politics*, vol. 37, n° 4, 2005, pp. 479-498.
- ORTIZ PRADILLO, J. C., "El 'Remote Forensic Software' como herramienta de investigación contra el terrorismo", *INTECO-Formación, Estudios e Informes ENAC*, n° 4, 2009, pp. 1-9.
- PEARSON, S./YUN, S., "Context-Aware Privacy Design Pattern Selection", *Lecture Notes in Computer Science, Trust, Privacy and Security in Digital Business*, vol. 6264, 2010, pp. 69-80.
- PEISSL, W., "Information Privacy in Europe from a TA Perspective", *Data Protection in a Profiled World*, London, 2010, pp. 247-256.
- POULLET, Y., "About the E-Privacy Directive: Towards a Third Generation of Data Protection Legislation?", *Data Protection in a Profiled World*, London, 2010, pp. 3-30.
- SCHAAR, P., "Privacy by Design", *Identity in the Information Society*, vol. 3, n° 2, 2010, pp. 267-274.
- SCHWARTZ, P. M., "Beyond Lessig'S Code For Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy-Control, And Fair Information Practices", *Wisconsin Law Review*, 2000, pp. 743-788.
- , "Internet Privacy and the State", *Connecticut Law Review*, vol. 32, 2000, pp. 815-859.
- , "Privacy, Ethics, and Analytics", *IEEE Security & Privacy*, mayo/junio 2011, pp. 66-69.
- SMITH, J./PROSCH, M., "Extending the value chain to incorporate privacy by design principles", *Identity in the Information Society*, vol. 3, n° 2, 2010, pp. 295-318.
- VAN DEN HOVEN, J., "The Tangled Web of Tiny Things: Privacy Implications of Nano-electronics", *Nanotechnology & Society*, n° 3, 2009, pp. 147-162.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
275-286

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA LA RECOGIDA Y REGISTRO DE MUESTRAS ENTOMOLÓGICAS EN UNA INVESTIGACIÓN PERICIAL FORENSE

Maite GIL ARRIORTUA*,
Ailander URTIAGA VILLEGAS**,
M^a Ángeles MARTÍNEZ DE PANCORBO*,
Marta I. SALOÑA BORDAS**

*Grupo Consolidado BIOMICS
Universidad del País Vasco UPV/EHU
Dpto de Zoología y Biología Celular Animal
* Centro de Investigación Lascaray Ikerunea,
Vitoria-Gasteiz*

*** Facultad de Ciencia y Tecnología,*

Resumen: Los artrópodos asociados a restos cadavéricos pueden aportar información fundamental que permita una estimación muy precisa del intervalo postmortem de un individuo (IPM). Por ello, su recolección puede ser fundamental durante una investigación pericial. Se presentan unas pautas sobre los procedimientos a seguir durante la inspección y recogida de evidencias de origen entomológico tanto el lugar de los hechos como durante la autopsia que aseguren la fiabilidad y validez de dichas evidencias ante un Tribunal de Justicia. Por último, se ajunta una ficha de registro que permita la recogida sencilla de información complementaria fundamental para la adecuada interpretación de dichas evidencias entomológicas.

Laburpena: Gorpuzkinei lotutako artropodoek funtsezko informazioa eman diezagukete, pertsona bat hil denetik igarotako denbora-tartea zehaztasunez kalkulatzeke. Hori dela eta, horiek biltzea funtsezkoa izan daiteke adituen ikerketa batean. Gertaerak jazo diren tokian eta autopsian jatorri entomologikoko ebidentziak biltzeko eta aztertzeko erabili behar diren prozedurei buruzko jarraibide batzuk aurkezten dira, bermatu egingo dutenak ebidentzia horiek justizia-auzitegi batek fidagarritzat eta onargarritzat hartzea. Azkenik, erregistro-fitxa bat erantsi da, aukera ematen duena oso erraz biltzeko ebidentzia entomologikoak behar bezala interpretatzeko informazio osagarria.

Résumé : Arthropodes associés avec des restes de cadavres peuvent fournir des informations essentielles permettant une estimation très précise de l'intervalle post-mortem d'un individu (IPM). C'est ainsi que sa collection peut donc s'avérer critique lors d'une enquête judiciaire. Des directives sont données sur les procédures à suivre pendant l'inspection et la collecte de preuves d'origine entomologique tantôt sur scène

comme lors de l'autopsie de façon à garantir la fiabilité et la validité d'une telle preuve devant une Cour de Justice. Enfin, un formulaire d'inscription qui permet la simple collection d'informations essentielles pour la bonne interprétation de ladite preuve entomologique est attaché.

Summary: Arthropods found in a corpse can provide crucial information to take out very precisely the post-mortem interval of a person (PMI). Therefore, its collection can be vital during expert research. There are several guidelines on the procedures which have to be followed during the inspection and collection of entomological evidences both at the crime scene and during the autopsy to guarantee the reliability and validity of said evidences before a court of law. Lastly, a registration form is attached in order to easily collect further essential information for a correct interpretation of the aforementioned entomological evidences.

Palabras clave: Entomología Forense, protocolo, muestras, etiquetado, conservación, artrópodos, insectos, ácaros.

Hitz gakoak: Auzitegiko entomologia, protokoloa, laginak, etiketak, kontserbazioa, artropodoak, intsektuak, akaroak.

Mots clés : Entomologie médico-légale, protocole, échantillons, étiquetage, conservation, arthropodes, insectes, acariens.

Keywords: Forensic entomology, protocol, sample, labelling, conservation, arthropoda, insects, mites.

I. INTRODUCCIÓN

La **Entomología Forense** estudia los artrópodos que pueden considerarse como evidencias en los procesos legales^{1,2}, incluidos los problemas civiles derivados de la contaminación de mercancías, inmuebles, etc^{3,4,5}. No obstante, en la práctica, esta disciplina se aplica principalmente a casos de fallecimientos que requieran de una investigación de las causas de la muerte^{2,3,4}. De esta forma, el conocimiento de la distribución, biología y comportamiento de los insectos encontrados en un cadáver puede ser utilizado como apoyo, en las investigaciones forenses, para determinar el tiempo, lugar y modo en el que tuvo lugar el crimen o la muerte^{6,7,8}. En la actualidad, el papel más relevante de esta Ciencia Forense es aportar pruebas indubitadas que permitan

1. R. D. HALL. Medico criminal entomology. In: EP Catts, NH Haskell, eds. *Entomology and death*. Forensic Entomology Associates, 1990, pp. 1-8.

2. J. AMENDT, C. S. RICHARDS, C. P. CAMPOBASSO, R. ZEHNER, M. J. R. HALL. Forensic entomology: applications and limitations. *Forensic Science, Medicine and Pathology*, vol. 7, 2011, pp. 379-392.

3. J. H. BYRD Laboratory rearing of forensic insects, in: J. H. BYRD, J. L. CASTNER eds. *Forensic Entomology. The Utility of Arthropods in Legal Investigations*, CRC Press, London, New York, 2001, pp. 127-128.

4. E. P. CATTS, M. L. GOFF Forensic entomology in criminal investigations. *Annu Rev Entomol* vol. 37, 1992 pp. 253-272.

5. M. I. ARNALDOS, A. LUNA, J. J. PRESA, E. LÓPEZ-GALLEGO, M. D. GARCÍA. Entomología forense en España: Hacia una buena práctica profesional. *Ciencia Forense*, vol. 8, 2006, pp. 17-38.

6. G. S. ANDERSON The use of insects to determine of decapitation: a case study from British Columbia. *Journal of Forensic Sciences*, vol. 42, 1997 pp. 947-950.

7. C. P. CAMPOBASSO, F. INTRONA. The forensic entomologist in the context of the forensic pathologists role. *Forensic Science International*, vol. 120, 2001, pp. 132-139.

8. B. GREENBERG, J. C. KUNICH. Problems estimating time of death, in: *Entomology and the Law, Flies as Forensic Indicators*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 154, 161-164.

precisar la estimación del intervalo *postmortem* (IPM)^{9,10,11,12}. Del mismo modo, el adecuado conocimiento de los insectos presentes en un determinado entorno puede ayudar a estimar el origen, tiempo y tipo de contaminación de alimentos, muebles y otros enseres^{3,4}; incluso de personas dependientes como enfermos, ancianos, niños (en casos asociados a miasis)^{2,12}, y de otras especies animales (ganado, mascotas, etc). Por ello, toda la información obtenida durante la recogida de muestras de origen entomológico puede ser de gran utilidad para el desarrollo de la investigación pericial.

En este sentido, al igual que las huellas dactilares, pelos, fibras o muchos otros materiales biológicos, los especímenes de insectos deberían considerarse como evidencias físicas^{13,14}, tanto en el lugar del suceso como durante una autopsia, siendo debidamente recolectadas, procesadas, registradas, almacenadas y custodiadas^{15,16}.

Recientemente, algunos trabajos han puesto de manifiesto la importancia de la calidad de estas evidencias en la Ciencia Forense^{17,18}. Por ello, es fundamental tener un especial cuidado durante las etapas más críticas de la toma de muestras entomológicas, recolección, procesamiento preservación y custodia, para prevenir tanto la contaminación como la destrucción de dichas evidencias¹⁴. Además, el mantenimiento de la cadena de custodia es esencial para asegurar la validez de las mismas^{14,19}.

9. P. NUROTEVA. Sarcosaprophagous insects as forensic indicators. In: G. C. TEDESCHI, W. G. ECKERT, L. G. TEDESCHI (eds) *Forensic medicine: a study in trauma and environmental hazards*, vol. 2. Saunders, Philadelphia, PA, 1977, pp. 1072-1095.

10. B. GREENBERG. Flies as forensic indicators. *Journal of Medicine Entomology*, vol. 28, 1991, pp. 565-577.

11. I. R. DADOUR, D. F. COOK, J. N. FISSIOLI, W. J. BAILEY. Forensic Entomology: Application, Education and Research in Western Australia. *Forensic Science International*, 120, 2001, pp. 48-52.

12. M. MARTÍNEZ DE PANCORBO, R. RAMOS DE PABLO, M SALOÑA, P SÁNCHEZ. Entomología molecular forense. *Ciencia Forense*, vol. 8, 2006, pp. 107-130.

13. D. LORD, J. F. BURGER. Collection and preservation of forensically important entomological materials, *Journal of Forensic Sciences*, vol. 28, 1983, pp. 936-944.

14. J. AMENDT, C. P. CAMPOBASSO, E. GAUDRY, C. REITER, H. N. LEBLANC, MJR HALL. Best practise in forensic entomology - Standards and guidelines. *International Journal of Legal Medicine*, vol. 121, 2007, pp. 90-104.

15. E. P. CATTS, N. HASKELL (eds). *Entomology and Death, a Procedural Guide*. Clemson: Joyce's Print Shop, Inc., 1990, 182 pp.

16. N. H. HASKELL, WD LORD, JH BYRD (2001) Collection of Entomological Evidence during death investigations. En: Byrd JH, Castner JL (eds.). *Forensic Entomology. The Utility of Arthropods in Legal Investigations*. CRC Press LLC. Boca Ratón, Florida, 2001, cap. 3, pp.: 81-120.

17. B. B. RANDALL, M. F. FIERRO, R. C. FROEDE. Practice guideline for forensic pathology. *Arch Pathol Lab Med*, vol. 122, 1998, pp. 1056-1064.

18. S. RITZ-TIMME, G ROCHHOLZ, H. W. SCHUTZ, M. J. COLLINS, E. R. WAITE, C CATTANEO, H. J. KAATSCH. Quality assurance in age estimation based on aspartic acid racemisation. *International Journal of Legal Medicine*, vol. 114, 2000, pp. 83-86.

19. Y. RAMOS-PASTRANA, J. R. PUJOL-LUZ, M. I. WOLFF ECHEVERRY () Técnicas para la recolección de evidencias entomológica de interés forense para la determinación del intervalo *postmortem* (IPM). *Momentos de Ciencia* vol. 9, nº1, 2012.

Por todo ello, la adecuada aplicación de la Entomología a las investigaciones forenses requiere de la formación previa de especialistas, su entrenamiento y el desarrollo de destrezas apropiadas⁵. Dado que la toma de muestras entomológicas debería de considerarse una rutina más durante una pesquisa, resulta necesario el adiestramiento del personal adscrito a los Organismos Oficiales pertinentes, como peritos forenses, agentes forestales y fuerzas policiales, en conocimientos entomológicos básicos, especialmente en lo referido al procedimiento de recogida y conservación de dichas evidencias^{5,20}.

Además, teniendo en cuenta la transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV), resulta fundamental disponer de guías simplificadas de consulta, centradas en la toma y el procesamiento de muestras, que tengan en cuenta los estándares internacionales, no solo por su utilidad y aplicabilidad, sino también para proporcionar una mejor cobertura a las necesidades que surjan en el ámbito de la Entomología Forense.

Este trabajo proporciona un protocolo de actuación revisado y actualizado en edición bilingüe euskera-castellano, siguiendo estándares internacionales, para que sirva de modelo para la recogida y procesamiento de muestras entomológicas en la CAPV, y como referencia para la formación de nuevos colaboradores. Es, además, una introducción simplificada de la metodología entomológica de trabajo en el ámbito forense de nuestra comunidad autónoma.

II. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN

Para la realización de exámenes entomológicos de calidad, los expertos recomiendan seguir estrictamente determinados estándares y guías de trabajo^{14,21}, así como disponer del material e indumentaria adecuados. La mayoría del material referido a continuación se puede adquirir en la red comercial habitual, siendo conveniente mantenerlo preparado y revisado hasta el momento de su utilización.

Equipamiento, Herramientas y Conservantes

Para la recogida de evidencias entomológicas se recomienda vestir ropa de protección adecuada, que evite la exposición a posibles agentes infecciosos y la contaminación cruzada por transferencia entre el investigador y el entorno^{5,14}. En general, es imprescindible el uso de material de protección laboral, buzo, calzas, gorro, guantes desechables, mascarilla y gafas protectoras, de uso habitual en una inspección pericial, y que evitan toda contaminación cruzada¹⁴.

Para la recogida de evidencias entomológicas y el registro de la información asociada, se recomienda disponer del siguiente equipamiento^{14,19}:

20. H. KLOTCHBACH, R. KRETTEK, H. BRATZKE, K. PUSCHEL, R. ZEHNER, J. AMENDT. The history of forensic entomology in German-speaking countries. *Forensic Science International*, vol. 144, 2004, pp. 259-263.

21. J. H. BYRD, W. D. LORD, J. R. WALLACE, J. K. TOMBERLIN. Collection of entomological evidence during death investigations. In: J. H. BYRD, J. L. CASTNER, eds. *Forensic entomology: the utility of arthropods in legal investigations*. CRC Press, Florida, Boca Raton, 2010, pp. 127-76.

1. Formulario de toma de muestras en el que se registre toda la información.
2. Lapicero de grafito o bolígrafo de tinta resistente al agua y al alcohol.
3. Etiquetas para identificación y registro de cada muestra.
4. Cinta adhesiva, para el fijado de etiquetas en el exterior de los viales.
5. Viales y botes de almacenamiento de diferentes tamaños para preservar los especímenes, a ser posible de cierre hermético que eviten pérdidas del conservante.
6. Pinzas que ejerzan diferentes niveles de presión.
7. Cucharillas desechables para la recogida masiva de los primeros estadios (huevos, larvas LI-II).
8. Pinceles finos para la recogida selectiva de huevos y ácaros.
9. Cámara de fotos o de vídeo para la documentación fotográfica.
10. Termómetro electrónico para el registro de la temperatura ambiental, del suelo y del cadáver durante la toma de muestras.
11. *Datalogger* para el registro de las temperaturas del lugar durante un periodo de 2 a 6 días tras la inspección.
12. Etanol para preservar los especímenes en viales independientemente etiquetados (adultos 70% e inmaduros 80%).
13. Rastrillo de mano para remover y recoger la tierra del entorno del cadáver y bajo él.
14. Bolsas de plástico para el transporte de las muestras de tierra anteriores.

Toma de Muestras Entomológicas

Las evidencias entomológicas únicamente tendrán valor si son recolectadas, etiquetadas, procesadas y almacenadas de forma adecuada. Por ello, la recogida de la información asociada a la muestra es fundamental. Se deberán anotar datos como fecha, hora, lugar de recogida y su entorno, así como, detalles del individuo, sexo, edad aproximada y situación, entre otros^{5,22}. En las páginas finales de este documento se adjunta un modelo de formulario.

II.A. En el Cadáver y su Entorno

Normalmente, la colonización de las diferentes regiones corporales es secuencial y cumple un patrón definido. Las primeras zonas del cuerpo donde ovopositan los insectos son los orificios naturales (ojos, nariz, boca, oídos, ano o zona genital). Cualquier otra área en la que aparezcan larvas durante los estadios tempranos de descomposición, seguramente están indicando la presencia de heridas^{2,22}.

Además, hay que considerar que los diferentes orificios naturales y regiones corporales de un cadáver pueden estar infestados por especies diferentes; por ello, todos

22. Wolff M & Pérez SP (2003) Métodos para la recolección de insectos como evidencia entomológica en determinación del intervalo postmortem (IPM). Casos forenses en medicina legal, 16: 43-52.

deben de examinarse y muestrearse². Si el cuerpo estuviera vestido, envuelto o introducido en una bolsa, todos estos materiales y tejidos deberán inspeccionarse^{5,14,21}.

La toma de muestras en las diferentes regiones corporales tiene que ser identificada e introducida en diferentes viales etiquetados, especificando su procedencia.

Para la toma de muestras deben inspeccionarse detenidamente^{5,14,19}:

- Los orificios naturales y los ojos (sitios preferidos de ovoposición).
- Las heridas traumáticas (sitios preferidos de ovoposición).
- La zona debajo del cadáver y su entorno.
- Los materiales en los que se encontraba el cuerpo envuelto.
- La bolsa en la que los restos cadavéricos se han almacenado hasta el momento de la autopsia.

En el cadáver, la toma de muestras tiene que ser homogénea y no limitarla a las zonas donde se observa mayor concentración de insectos⁵. Hay que recoger especímenes de todos los tipos, formas y tamaños (huevos, larvas grandes y pequeñas, pupas y adultos), utilizando diferentes viales para cada tipo de insecto, tamaño y lugar de muestreo^{2,14}. El muestreo no debe limitarse a las larvas más grandes, aunque en teoría sean las más antiguas. Algunas veces, las larvas pequeñas de una especie, son más antiguas que las grandes de otras especies². También es muy importante recolectar los puparios vacíos, ya que son indicativos de insectos que han completado el desarrollo, y pueden proporcionar una idea sobre la primera oleada de colonización^{2,22}.

El tamaño de muestra depende del número de especímenes que se encuentren; como orientación, del 1% al 10%, cuando el número presente es elevado, aumentando el porcentaje al disminuir el número de individuos¹⁴.

Además, se recomienda muestrear los adultos cuando estén presentes, en especial de dípteros y de coleópteros. Los adultos de dípteros recientemente emergidos se reconocen por su color grisáceo, con las alas recogidas¹⁴, y por presentar un aspecto similar a una araña. Asimismo, también es recomendable recoger los restos de insectos muertos que se encuentren en el entorno cadavérico¹⁴.

II.B. Registro y Etiquetado de Muestras

- Anotar el tiempo de comienzo y finalización de la toma de muestras con la mayor precisión posible.
- Especificar el código del muestreo, asignándole un número o nombre. Este código servirá de referencia para el caso en el futuro, y se debe indicar en todas las muestras.
- Recoger las larvas de morfologías y tamaños diferentes utilizando unas pinzas suaves y colocarlas en viales separados según su morfología y región corporal de la que proviene^{5,14,23}. Esta colocación selectiva es muy importante ya que, por ejemplo, las larvas de coleópteros se alimentan habitualmente de larvas de

23. C. MAGAÑA. La Entomología Forense y su aplicación a la Medicina Legal: Data de la muerte. *Boletín de la Sociedad Entomológica Aragonesa*, vol. 28, 2001, pp. 49-79.

dípteros. De forma similar, los estadios inmaduros de algunos dípteros, como *Chrysomya albiceps*, son caníbales.

- Etiquetar cada muestra indicando el código del caso, la región corporal de origen y el número de muestra²⁴. Para evitar pérdidas, se recomienda duplicar el etiquetado colocando una etiqueta adherida en el exterior y otra en el interior del recipiente.
- Escribir una relación de muestras recogidas, indicando el código de muestreo, el estado de conservación, etc.

Es muy importante considerar que una muestra sin etiquetar previamente será posteriormente invalidada, dado que no podrá ser relacionada de forma indubitada con el caso forense⁵. Por ello, se debe tener especial cuidado en incluir en cada muestra, una etiqueta que contenga la siguiente información:

Código del Caso:
Código de la muestra:
Lugar:
Fecha:
Hora:
Recolector/-a:

Toda la información complementaria a esta etiqueta se incluirá en el formulario de registro del muestreo detallado al final de este documento. Cualquier descripción general de las condiciones del cadáver, puede ser de gran utilidad, especialmente si está complementada con documentación fotográfica o de video^{2,5,24}. Si es posible, se recomienda el registro de la temperatura ambiental durante los días posteriores (de 5 a 10), al descubrimiento del cadáver^{2,14}. Toda esta información es fundamental para permitir una estimación más precisa del IPM²².

II.C. Método de Preservación de Evidencias Entomológicas

1. En el caso de que los individuos recolectados, adultos e inmaduros, estén muertos, deberán ser preservados en etanol (70% adultos, 80% estadios inmaduros)^{2,14,25}. Se utiliza alcohol como conservante por razones de salud y seguridad. No es recomendable el uso de otras sustancias químicas, como la formalina, el formaldehído o el etilacetato, por su menor eficacia, al alterar los tejidos y tener un efecto dañino en el ADN, lo que puede dificultar la identificación tanto morfológica como molecular^{2,14,26}.
2. Si es posible, se recomienda la recolección de especímenes vivos en las diferentes fases de desarrollo presentes debidamente conservados independientemente de las muestras preservadas.

24. J. AMENDT, R. KRETTEK, R. ZEHNER. Forensic Entomology, *Naturwissenschaften*, vol. 91, 2004, pp. 51-65.

25. Z. J. O. ADAMS, M. J. R. HALL. Methods used for the killing and preservation of blowfly larvae, and their effect on postmortem larval length. *Forensic Science International*, vol. 138, 2003, pp. 50-61.

– Huevos:

Colocar los huevos, sobre papel humedecido, en viales que permitan el flujo de aire¹⁴. Transferir las muestras a un recipiente con sustrato adecuado para su cría. Si no fuera posible, sacrificar y preservar todos los especímenes en alcohol 70-95%¹⁴.

– Inmaduros (Larvas):

Se almacenará la mayoría de los individuos de cada muestra bajo condiciones controladas (temperatura y humedad)^{5,14}. Se recomienda mantenerlos refrigerados (2-6°C), para ralentizar su desarrollo, hasta el momento de su examen^{2,14}. Los recipientes de almacenaje permitirán la entrada de aire y evitarán la fuga de las larvas. Se colocará un papel de filtro en el fondo del recipiente para absorber los fluidos producidos por las larvas^{2,14}. Tras su examen, los inmaduros vivos se deben transferir, lo antes posible, a un contenedor adecuado para su cría.

Los inmaduros no destinados a su cría deberán sacrificarse según las siguientes pautas:

Los dípteros inmaduros se colocarán en agua muy caliente (>80°C)²⁶ al menos durante 30 segundos (se recomienda de 1 a 2 minutos)²⁶. Este procesamiento acondiciona los tejidos y destruye la protección cuticular que impediría la penetración del conservante (alcohol 80%)²⁶. En caso de no disponer de agua caliente, las larvas serán sacrificadas y conservadas mediante congelación (-20°C)¹⁴. En ningún caso se deben sacrificar las larvas de díptero sumergiéndolas directamente en alcohol, al quedar inservibles en menos de una semana (por encogimiento, oscurecimiento y putrefacción)^{14,26}.

Los coleópteros inmaduros se sacrificarán sometiéndolos a temperaturas de congelación (-20°C) o directamente en etanol (70%)^{2,27}.

– Pupas:

Las pupas se mantendrán bajo condiciones controladas de temperatura para su cría¹⁴. La tapa del contenedor deberá permitir el flujo de aire.

– Adultos:

Los adultos vivos se sacrificarán sometiéndolos a temperaturas de congelación (-20°C)¹⁴, durante un periodo de tiempo de 30 minutos a 1 hora. Después se pueden preservar bien en alcohol 70% que evita el endurecimiento de las membranas articulares y la fragilidad de las articulaciones, o en seco, utilizando alfileres y cajas entomológicas¹⁴, y preservando el material del ataque de insectos necrófagos.

26. T. I. TANTAWI, B. Greenberg. The effect of killing and preserving solutions on estimates of maggot age in forensic cases. *Journal of Forensic Sciences*, vol. 38, 1993, pp. 702-707.

27. J. M. MIDGLEY, M. H. VILLET. Effect of the killing method on *postmortem* change in length of larvae of *Thanathophilus micans* (Coleoptera: Silphidae) stored in 70% ethanol. *International Journal of Legal Medicine*, vol. 123, 2009, pp. 285-292.

GIZA GORPUETAN LAGIN BILKETARAKO FORMULARIOA
FORMULARIO PARA LA TOMA DE MUESTRAS EN CADÁVERES HUMANOS

Biltzailea / Recolector: _____ Data / Fecha: _____ Ordua / Hora: _____
 Herria / Localidad: _____ Probintzia / Provincia: _____ Herrialdea / País: _____
 Kasuaren zenbakia / Número de caso: _____

ESPEZIFIKOTASUNAK/ ESPECIFICACIONES

Adina / Edad: _____ Sexua / Sexo: _____ Pisua / Peso: _____ Altuera / Altura: _____

Posizioa/ Posición:

Lurperatua / Enterrado (Sakonera estimatua / Profundidad estimada: _____) Lur gainean / Sobre el suelo Etzanda / Tumbado
 Eskegita / Colgado (Lurrarekin kontaktuan / En contacto con el suelo: _____) Uretan / En agua

Behaketak / Observaciones: _____

Jantziak/ Vestimenta:

Osoa / Completo Partziala / Parcial Biluzik / Desnudo Gorputza estalita / Cuerpo cubierto

Behaketak / Observaciones: _____

Deskonposizio-gradua:

Freskoa / Fresco Hanpatua / Hinchado Deskonposizio goiztiarra / Descomposición activa
 Deskonposizio aurreratua / Descomposición avanzada Eskeletizazioa / Esqueletización

Behaketak / Observaciones: _____

Sarraskijaleen ebidentzia / Evidencia de carroñeros *: _____

Lesio traumatikoen presentzia / Presencia de lesiones traumáticas *: _____

Lesio mota / Tipo de lesión: _____

*Mesedez adierazi kokapena 3. orrialdean / Por favor marque su posición en la página 3 de esta hoja.

HERIOTZAREN ESZENATOKIA/ ESCENARIO DE LA MUERTE

Landa-giroa / Rural _____ Hiritarra / Urbano _____

Kanpoaldean/ Exterior:

Bosoa / Bosque Landa / Campo Larrea / Pastizal Sasi-tartean / Matorrales

Parke publikoa / Lurrean / Itxitako alorra /
Parque público / En el suelo / En un terreno cerrado

Bestelakoak/
Otros: _____

Barrualdean/ Interior:

Garaje, biltegi / Ukuilu, Aletegi / Pisua / Baserria /
Garaje, almacén / Establo, Granero / Piso / Casa de campo

Bestelakoak/
Otros: _____

Lurrean (alfonbra, moketa, parquet, baldosa eta abar) /
Suelo (alfombra, moqueta, parquet, baldosa, etc.): _____

Gela mota / Tipo de habitación: _____ Klimatizatua / Climatizada: _____
Leiho irekirik / Ventanas abiertas: _____

Bestelakoak (kotxea, eta abar) / Miscelánea (coche, etc.): _____

Behaketak /

Observaciones: _____

Kokapena / Localización:

Itzalpean / Eguzkipean / Mistoa /
A la sombra / En el sol / Mixto

Behaketak /

Observaciones: _____

INGURUNEAREN BALDINTZAK/ CONDICIONES AMBIENTALES

Temperatura / Temperatura:

Gela/Ingurunea 1 (2 m zoruaren gainetik) /
Habitación/Ambiental 1 (2 m sobre el suelo): _____

Gela/Ingurunea 2 (5 cm zoruaren gainetik) /
Habitación/Ambiental 2 (5 cm sobre el suelo) _____

Gorputzaren gainazala /
Superficie del cuerpo: _____

Egotekotan, larba-masa LM1 / LM2/
Si hubiera, Masa larvaria ML1*: _____ ML2*: _____

*Mesedez, posizioa adierazi 3. Orrialdean / Por favor indique la posición en la página 3.

Gorputzaren eta zoruaren arteko mugan / Zorua (20 cm-tako sakoneran)/
Interfaz entre el cuerpo y el suelo: _____ Suelo (a 20 cm de profundidad): _____

Egotekotan, ura /
Si hubiera, agua: _____

METEREOLOGIA/METEREOLOGÍA

Egun horretan / Ese día:

Euritsua / Ekaiztsu / Eguzkitsua / Haizetsua / Berotsu /
Lluvioso / Tormentoso / Soleado / Ventoso / Cálido

Behaketak /

Observaciones: _____

Aurreko egunak / Días anteriores::

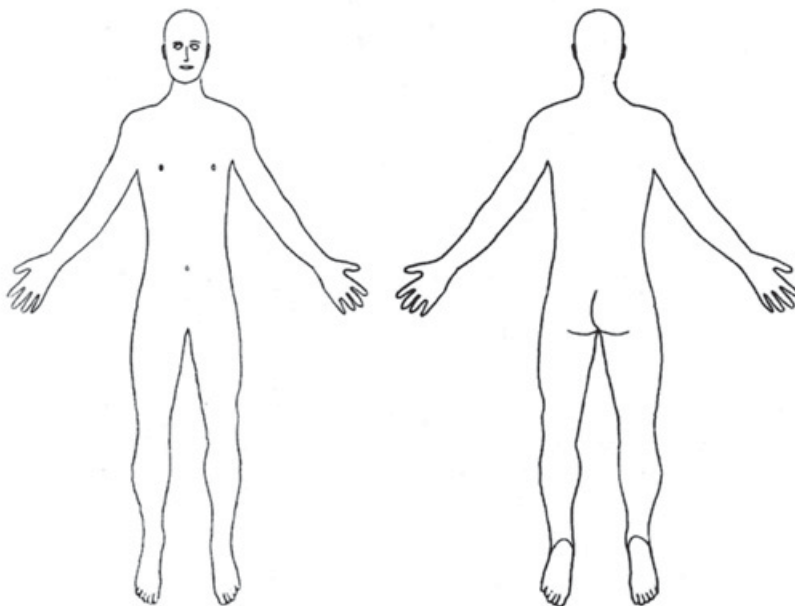
Euritsua / Ekaiztu / Eguzkitsua / Haizetsua / Berotsu /
Lluvioso Tormentoso Soleado Ventoso Cálido

Behaketak /

Observaciones: _____

Mesedez, adierazi marrazkian / Por favor señale en el dibujo la localización de:

- Janzkera / Vestimenta
- Sarraskijaleen ebidentziak (SE) / Evidencias de carroñeros (EC)
- Zauriak (Z) / Heridas (H)
- Larva-masak (LM1, LM2...) / Masa larvaria (ML1, ML2...)
- Laginaren kokapena (1, 2, 3...) / Localización de la muestra (1, 2, 3...)



AUTOPSIA / AUTOPSIA

Tokia / Data /
Lugar: _____ Fecha: _____

Ordua /
Hora: _____

Denbora hozkailuan /
Tiempo en cámara frigorífica: _____

Temperatura/
Temperatura: _____

Lesioak /
Lesiones*: _____

Kausa posibleak /
Posibles causas: _____

Oharrak /
Observaciones: _____

*Mesedez, posizioa adierazi irudian / Por favor indique su posición en el dibujo.

LAGINAK / MUESTRASBiltzailea /
Recolector: _____Data /
Fecha: _____Ordua /
Hora: _____Herria /
Localidad: _____Probintzia /
Provincia: _____Herrialdea /
País: _____Kasuaren zenbakia /
Número de Caso: _____

Lagin zk Nº muestra	Ale kopurua Nº individuos	*Lagin mota *Tipo de muestra	**Preserbatua/bizirik ** Preservado/vivo	***Kokapena gorputzean ***Localización en el cuerpo
1		A/H L P H/A		
2		A/H L P H/A		
3		A/H L P H/A		
4		A/H L P H/A		
5		A/H L P H/A		
6		A/H L P H/A		
7		A/H L P H/A		
8		A/H L P H/A		
9		A/H L P H/A		
10		A/H L P H/A		
11		A/H L P H/A		
12		A/H L P H/A		
13		A/H L P H/A		
14		A/H L P H/A		
15		A/H L P H/A		

* A/H = Arrautzak / Huevos, L = Larbak / Larvas, P = Pupak / Pupas eta / y H/A = Helduak / Adultos

** **Preserbatua:** Preserbatua hilik alkoholean; **Bizirik:** Bizirik mantenduta hazkunderako.**Preservación:** Preservado muerto en alcohol; **Vivo:** Mantiene vivo para la cria.

*** Mesedez adierazi posizioa aurreko orrialdean / Por favor indique la posición en la página anterior.

Testu hau Amentdt et al.-ek "Best Practice in Forensic Entomology – Standards and Guidelines" International Journal of Legal Medicine-en publikatutako adostuak dauden gidalerro europarretan oinarrituta dago.

Este formulario está basado en las pautas europeas consensuadas y publicadas por Amentdt et al. "Best Practice in Forensic Entomology – Standards and Guidelines" International Journal of Legal Medicine.

DIVERSOS ESCENARIOS JUDICIALES Y SU IMPACTO EN LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA¹

Verónica ARRIETA OUVIÑA

*Licenciada en Derecho
Postgrado de Asistencia a Víctimas
de experiencias traumáticas*

Resumen: La visibilización de las víctimas en el sistema judicial genera ciertos problemas en la práctica del proceso penal. Nos referimos concretamente a la contradicción que surge entre una legislación emergente cada vez más implicada con las demandas victimológicas y los espacios arquitectónicos y de mobiliario destinados a la aplicación de dicha normativa. El presente trabajo pretende hacer reflexionar al lector acerca de la repercusión que puede producir esta paradoja en la denominada victimización secundaria.

Laburpena: Sistema judizialean biktimen ikusgarritasunak zenbait arazo sortzen ditu prozesu penalaren praktikan. Zehazki, eskaera biktimologikoein gero eta gehiago inplikatzten den eta suspertzen ari den legedi baten eta araudi hori aplikatzera bideratutako espazio arkitektonikoen eta higargarrietakoen artean sortzen den kontraesana aipatu nahi dugu. Lan honek irakurlea gogoeta egitera bultzatu nahi du paradoxa horrek bigarren mailako biktimizazioan izan dezakeen oihartzunari buruz.

Résumé : La visibilité des victimes dans le système judiciaire génère certains problèmes dans la pratique de la procédure pénale. Dont, notamment, la contradiction entre une législation émergente de plus en plus impliquée dans les demandes victimologiques et les espaces architecturaux et de mobilier destinés à l'application de cette législation. Cet article vise à faire réfléchir le lecteur sur la répercussion de ce paradoxe sur la victimisation dite secondaire.

Summary: Making victims visible in the legal system generates certain problems in the practice of criminal procedure. We refer specifically to the contradiction that arises between emerging legislation that is increasingly concerned with victimological demands and the architectural and furnished spaces aimed at implementing these regulations. This paper sets out to make the reader reflect on the possible repercussions of this paradox in terms of so-called secondary victimisation.

Palabras clave: Victimología, victimización secundaria, escenario judicial, proceso penal.

Hitz gakoak: Biktimologia, bigarren mailako biktimizazioa, agertoki judiziala, prozesu penala.

Mots clés : Victimologie, victimisation secondaire, scène judiciaire, procédure pénale.

Keywords: Victimology, secondary victimisation, legal scenario, criminal procedure.

1. Trabajo presentado al III Premio de Investigación Victimológica "Antonio Beristain" y expuesto en el Encuentro "Los significados de la memoria en victimizaciones graves", Donostia-San Sebastián, 7 noviembre 2013.

SUMARIO²:

- I. INTRODUCCIÓN: VICTIMOLOGÍA, VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA Y ESPACIOS JUDICIALES
- II. SÍMBOLOS, INDUMENTARIA, TEATRALIDAD Y ARQUITECTURA
 - 2.1. Ritos y símbolos
 - 2.2. Indumentaria
 - 2.3. Teatralidad del proceso penal
 - 2.4. Edificios judiciales y mobiliario
 - 2.5. Recapitulación: La relevancia victimológica actual de los espacios judiciales ritualizados
- III. ESTUDIO EXPLORATORIO DE DIVERSOS ESPACIOS DE JUSTICIA PENAL EN DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN
 - 3.1. Planteamiento
 - 3.1.1. Objetivos
 - 3.1.2. Metodología
 - 3.1.3. Límites
 - 3.2. Resultados relativos a una posible victimización secundaria
 - 3.2.1. Respecto de los foros de justicia
 - 3.2.1.1. De enjuiciamiento en sentido amplio (Juzgado de Guardia, Juzgados de lo Penal, Audiencia Provincial)
 - 3.2.1.2. De mediación
 - 3.2.2. Respecto de la vulnerabilidad de las víctimas
 - 3.2.3. Respecto de los victimarios adultos y menores
 - 3.2.4. Respecto de la asistencia a las víctimas del terrorismo
- IV. CONCLUSIONES
- V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN: VICTIMOLOGÍA, VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA Y ESPACIOS JUDICIALES

“¡Hay cosas en este mundo que, por muy sagradas que sean, no pueden dejarse tal cual son!”

Günter Grass

La victimología definida como el estudio científico de la víctima en el seno de la celebración en Jerusalén del I Simposio Internacional de Victimología en 1973, trata actualmente, entre otras cuestiones, de introducir a las víctimas en el sistema de justicia penal. Efectivamente, a lo largo de la historia penal las mismas han pasado por tres estadios diferenciados: protagonismo, neutralización y redescubrimiento, clasificación realizada por García-Pablos (2009).

En una primera etapa histórica, cuando se cometía un delito, correspondía a las víctimas o a sus familias infligir un daño al autor del mismo o a la comunidad a la que pertenecía (protagonismo). Posteriormente, con la implantación de la razón a partir de la Revolución Francesa, se atribuyó al Estado el “ius puniendi” provocando la neutralización de las víctimas. Es en este momento cuando se instaura la concepción

2. La extensión de este trabajo es ligeramente mayor a la requerida debido a que contiene una serie de fotografías insertadas a lo largo del texto como ubicación necesaria de acuerdo con la estructura del mismo.

legal del delito y de la pena, plasmándose en una serie de dogmas procedentes del humanitarismo de la Ilustración en el siglo XVIII, con arreglo a los cuales, según Lalinde Abadía (1992), “no hay delito sin previa ley penal”, “la inocencia se presume antes de la condena” y “la pena debe medirse conforme al delito”. Como podemos observar, la víctima queda totalmente orillada, al margen de dichos presupuestos que regían el proceso penal. No obstante, alrededor de la segunda mitad del siglo XX, surge la necesidad de dotar a las víctimas de un protagonismo de carácter activo. Se produce su redescubrimiento.

A partir de este punto se plantea la siguiente cuestión: ¿Cómo dar entrada a la víctima en un sistema de carácter garantista y que este hecho no suponga una merma de derechos para el procesado? En este sentido, Subijana (2000), refleja la preocupación de los especialistas que han abordado este tema en disipar cualquier duda sobre el posible menoscabo de los derechos del victimario relacionado con el hecho de reforzar la posición jurídica de las víctimas. Añade citando a Martínez Arrieta, que se trata de refutar la teoría de los vasos comunicantes según la cual “...un mayor protagonismo y efectividad de los derechos de la víctima suponga, necesariamente, un menoscabo de los derechos de los imputados en el proceso penal...”. Por otra parte, Beristain (2004) habla de la necesidad de una relación trilateral entre el poder judicial, la víctima y el victimario.

La denominada victimología de la acción, que surge a partir de los años setenta del pasado siglo, y trata de dar respuesta a qué hacer con aquellos que han sido víctimas, se identifica con la defensa de los derechos de las mismas proponiendo lo siguiente:

1. Se exigen políticas públicas de asistencia integral a las víctimas.
2. Se demanda el reconocimiento y la tutela de los derechos de las víctimas en el proceso.
3. Se considera que han de producirse fórmulas orientadas a la reparación del daño producido por el ilícito penal.

Aunque la llamada victimología de la acción ha sido criticada por algunos autores como Fattah (1997) en cuanto que el objetivo científico podía quedar en un segundo plano respecto del activismo, cabe preguntarse de qué manera se disponen estos parámetros en la realidad social y judicial. ¿Tienen estas buenas intenciones reflejo directo en concreto en el diseño urbano, arquitectónico y de mobiliario de las sedes judiciales?

Cabe relacionar lo descrito anteriormente con la denominada victimización secundaria a la que se han atribuido diferentes definiciones, aunque encontramos puntos en común entre ellas. Según Rodríguez Manzanera (1989, 323), “la exposición de las víctimas al proceso de justicia penal a menudo aumenta el trauma que sufren y acrecienta el sentimiento de desamparo y frustración, así como de resentimiento porque no se les ha ofrecido protección o recursos adecuados”.

La victimización secundaria es la derivada de la relación que se produce entre las víctimas y el sistema jurídico-penal. En palabras de Landrove Díaz (1998, 50), “en contacto con la administración de justicia o la policía, las víctimas experimentan muchas veces el sentimiento de estar perdiendo el tiempo o malgastando su dinero; otras, sufren incomprensiones derivadas de la excesiva burocratización del sistema o,

simplemente, son ignoradas. Incluso, en algunos casos y con relación a determinados delitos, las víctimas pueden llegar a ser tratadas de alguna manera como acusados y sufrir la falta de tacto o la incredulidad de determinados profesionales”.

Otra definición es la aportada por Tamarit (2006, 32-33), según el cual “la victimación secundaria constituye el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento. El concepto comprende los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración médico-forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral. En un sentido más extenso cabe también considerar los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación”.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el objetivo general del presente estudio se centra en una revisión teórica y en un limitado estudio empírico, basado en la observación de juicios y de material fotográfico de espacios de la administración de justicia penal en Donostia-San Sebastián. Ello nos permitirá reflexionar sobre ciertos problemas que la visibilización de las víctimas en el sistema judicial genera en la práctica del proceso penal. En definitiva, ahondaremos en la paradoja de una legislación cada vez más receptiva a las demandas victimológicas que debe aplicarse en unos espacios arquitectónicos y de mobiliario que no parecen reflejar los principios inspiradores de dicha legislación emergente, y cómo ello puede repercutir en los procesos de victimización secundaria. En este sentido, desde un marco teórico victimológico interdisciplinar, trataremos de dar respuesta a las siguientes cuestiones:

1. La solemnidad y simbología en las formas procesales, en las costumbres y la indumentaria, ¿generan fricciones con el cumplimiento de los objetivos planteados por la victimología?
2. ¿Qué supone la teatralidad del proceso penal entendida como la puesta en escena en los juicios desde un punto de vista victimológico?
3. ¿Presentan los actuales foros de justicia elementos representativos de jerarquía y poder legitimados en un Estado democrático de Derecho? ¿Qué impacto pueden tener en la victimización secundaria?
4. Sin olvidar la salvaguarda de los derechos del procesado que nuestro ordenamiento jurídico contempla, ¿está el procedimiento penal, tal y como se desarrolla desde un punto de vista arquitectónico y de diseño, orientado a garantizar el reconocimiento y la tutela de los derechos victimales? ¿O por el contrario los espacios arquitectónicos dedicados a la justicia penal entran en conflicto con las medidas de protección victimal?

II. SÍMBOLOS, INDUMENTARIA, TEATRALIDAD Y ARQUITECTURA

2.1. Ritos y símbolos

Garapon (1985) presenta a la justicia como un equivalente moderno de la religión, que ha tomado el relevo en la celebración de los ritos. Entendemos los ritos como actos ceremoniales o religiosos con carácter simbólico que se repiten de manera invariable, y se hallan sujetos a una serie de normas estrictas.

Según Lucien (2010), de acuerdo con la concepción clásica del acto judicial, el Palacio de Justicia es un templo y el juicio una ceremonia. Los orígenes de esta puesta en escena se arraigan en el mito, la religión y la mediación de los símbolos.

Cabe señalar lo comentado al respecto por Berbell y Rodríguez Vidales (2009), según los cuales en el principio de los tiempos se producía una confusión entre la justicia y la religión. Los seres humanos se regían por dos clases de normas: costumbres y preceptos religiosos. Las leyes eran sagradas ya que poseían un origen divino. Como ejemplos se encuentran el Código de Hammurabi, entregado por el dios Shamash al rey de Babilonia, las Tablas de la Ley que le fueron entregadas a Moisés por Dios, o el Corán que fue revelado en sueños al profeta Mahoma por Alá. Continúan citando al antropólogo Campbell para quien los rituales son, en esencia, ritos mitológicos.

Los rituales juegan un papel fundamental en la Justicia. Como ejemplo sirva la ceremonia de toma de posesión del nuevo presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial que se lleva a cabo con un ritual que tiene casi doscientos años.

En la definición de rito hemos encontrado alusión al carácter simbólico del mismo. Efectivamente nuestra Justicia se encuentra trufada de una amplia variedad de símbolos que hacen referencia a los tiempos de inicio de nuestra civilización. Perviven hoy en día una serie de elementos que así lo demuestran, de los que destacamos los siete siguientes:

- La balanza, quizá el símbolo más conocido, que porta en la mano una mujer con los ojos tapados representando a la Justicia, y significa la igualdad con la que la misma trata a todos. La balanza tiene su origen en la pesada de las almas contra la pluma de la verdad durante el juicio final en el Antiguo Egipto.
- La espada que porta la Justicia en la otra mano que hace referencia a la fuerza y que hoy en día representa a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de los que se sirve la Justicia a la hora de imponer sus decisiones.
- La campanilla, que aunque no es muy utilizada por las nuevas generaciones de jueces españoles todavía se emplea en sala por el juez para imponer su autoridad. En la tradición occidental fueron los egipcios quienes las empleaban en las fiestas consagradas a Osiris, siendo posteriormente adoptadas por los griegos en las fiestas a Dioniso y por los romanos en las procesiones considerando siempre que su sonido atraía las buenas influencias alejando las perniciosas. Asimismo, este elemento se emplea durante la misa que se tañe en el momento de la elevación. El empleo de la campanilla en la iglesia se trata de una derivación de la utilización de las campanas. De hecho, en la época paleocristiana, las campanas se usaban en las catacumbas a la hora de convocar a los fieles a la misa.
- El mazo, también llamado malleto, se emplea actualmente en los países anglosajones. Su origen es masón y tanto en los tribunales como en el mundo de las logias masónicas tiene un mismo sentido: representa el poder y la autoridad.
- El "haz de fasces" que se encuentra en la mayoría de los palacios españoles de Justicia que representa el poder de sentenciar y castigar de los jueces. En la antigua Roma el "fasces" estaba compuesto por treinta varas, una por cada curia, atadas con una cinta de cuero rojo alrededor de un hacha. En los cortejos

oficiales era portado por un alguacil llamado “lictor” que precedía a las autoridades políticas y judiciales. Para los romanos era un símbolo del poder de castigo y del derecho de vida y muerte sobre los ciudadanos.

- El “ojo que todo lo ve” que se encuentra en el escudo oficial del Tribunal Supremo, junto con el haz de fasces, la balanza y la espada. El origen del ojo se remonta a Egipto, al llamado ojo mágico de Horus o Udyat que se consideraba que poseía propiedades sanadoras y protectoras encarnando el orden perfecto. Para los asirios y los babilonios este ojo fue considerado como un símbolo de protección divina. Los judíos y cristianos lo adoptaron para representar la omnipotencia de Yahvé y Dios, y con el nacimiento de la masonería en Europa en el siglo XVIII fue empleado por las diferentes logias que lo enmarcaron en un triángulo equilátero para representar al gran arquitecto del Universo. El “ojo que todo lo ve” del escudo del Tribunal Supremo representa al Rey. La institución que precedió al Tribunal Supremo (1812) era el Consejo de Castilla, órgano asesor del monarca y Supremo Tribunal del Reino. El emblema de sus miembros era un ojo que aparecía multiplicado en sus togas siendo los que las portaban considerados como los ojos de los reyes.
- El número 12 simboliza la perfección absoluta a la que aspira la Justicia. Se encuentra en los lugares más importantes del Tribunal Supremo: en la mesa presidencial del Salón de Plenos y en el suelo del Salón de Pasos Perdidos. Es un número que representa el orden y el bien: fueron doce los dioses del Olimpo griego, doce los apóstoles, doce las tribus de Israel y doce los meses del año.

2.2. Indumentaria

Otro aspecto simbólico que mantiene la Justicia actual es la indumentaria. En nuestro ordenamiento se emplea la toga cuyo uso está regulado en el art. 187.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los jueces, magistrados, fiscales, secretarios, abogados y procuradores usarán toga y, en su caso, placa y medalla de acuerdo con su rango”. Su origen se encuentra en la antigua Roma, siendo el distintivo de cónsules, senadores, sacerdotes y pretores, que era el nombre que recibían los jueces en aquel momento. La toga praetexta de aquel entonces se diferenciaba de la actual en el color. Eran blancas con bandas de color carmesí tejidas en los bordes. Las togas negras tienen su precedente en el traje que usaban los miembros del Consejo de Castilla, institución creada en el siglo XIV.

En 1814 el Tribunal Supremo de España estableció de manera reglamentaria su uso para todos los jueces y magistrados así como el del birrete, el gorro judicial. ¿De dónde viene esta tradición por este tipo de indumentaria que contribuye a una puesta en escena? Antiguamente la justicia se administraba en nombre del Rey. Por ello, para subrayar la vinculación que existía con el monarca los jueces se vestían como “pequeños reyes” (Berbell y Rodríguez Vidales, 2009) rodeándolo con un protocolo estricto de respeto dentro de la sala. Esta indumentaria se denominó garnacha en España y fue suprimida por el Gobierno republicano en los primeros meses de la guerra civil. Finalizada la contienda se reinstauró el uso de la toga. Durante el avance de los años sesenta el birrete cayó en desuso permaneciendo el de la toga.

Para distinguir la categoría en la carrera judicial se emplean las puñetas o vuelillos cosidos sobre las bocamangas de las togas. Su aparición data del s. XIV para evitar el

desgaste de la bocamanga convirtiéndose posteriormente en un símbolo que hoy en día distingue a los jueces de los magistrados. Un elemento de distinción que marca la jerarquía presente en la Justicia. En la actualidad, se baraja la posibilidad de unificar la terminología y que sean todos jueces, una intención de generar igualdad a través del lenguaje, pero habrá que observar si en un futuro se elimina la distinción presente.

2.3. Teatralidad del proceso penal

Garapon (1997, 196) escribe lo siguiente:

“La justicia es indisoluble de un lugar que permita a cada actor identificarse con su papel, y asimismo de un escenario en el que el grupo social cumpla incansablemente su destino. El parentesco entre el escenario teatral y el escenario moral es profundo: el escenario de la jurisdicción remite a la jurisdicción del escenario... De ahí la importancia de no rehuir esta dimensión espectacular del oficio del juez, que ha de preocuparse de escenificar adecuadamente esta virtud. La democracia espera del legislador que sea un buen director dramático del debate judicial, y que los jueces sean buenos actores”.

Según Zientara-Logeay (2011), el proceso penal presenta una dimensión teatral original, que se aprecia en la escenografía judicial y en la necesidad de una dramaturgia judicial para permitir a la justicia cumplir su misión de resolución de conflictos.

Efectivamente, se encuentran numerosas similitudes entre el escenario teatral y el judicial. Según Macgowan y Melnitz (1966) el teatro parte del rito y está en sus orígenes totalmente ligado a lo divino. Existe teatro cuando contamos con:

- a) Una obra escrita.
- b) Representada por actores.
- c) En un medio formado por todos o algunos de estos elementos: el auditorio, el escenario, el decorado, el vestuario y la iluminación.

Estos elementos se hayan de igual manera en un juicio: la obra escrita sería el conjunto normativo, las declaraciones de las partes (a pesar de la oralidad); los actores serían las partes amparadas por sus representantes técnicos. En este aspecto, puede haber discrepancias también con Garapon, que atribuye a los jueces la función de actores. Serían más bien directores de escena independientes del conflicto que se representa. En toda obra dramática ha de haber escenas de conflicto en las que dos partes antagónicas luchan para conseguir sus objetivos. Esto también se observa en la escena judicial, pero no es el juez quien ha de actuar en esa pugna, sino únicamente establecer las directrices necesarias para la resolución del conflicto planteado y finalmente adoptar una resolución motivada en base a derecho.

Desde un punto de vista victimológico, cabe apuntar que de una manera diferente a lo que sucede en el teatro, los actores participantes en el proceso penal, en muchas ocasiones, desconocen tanto la estructura del procedimiento como su lenguaje, un tanto farragoso. Las víctimas disponen de sus representantes (abogados y procuradores) para ejercer las funciones técnicas, pero muchas veces este desconocimiento supone un obstáculo para el completo entendimiento del procedimiento al que se enfrentan y otras, los técnicos asumen un rol que sobrepasa los límites de sus actuaciones pudiendo suplantar a sus representados. Para combatir estas carencias sería necesario encontrar un equilibrio para que se produjera una información veraz y entendible, como derecho

incluido en un futuro estatuto jurídico de las víctimas, tanto por parte de los técnicos como de jueces y otros representantes de la justicia. En este sentido, según Alonso Rimo (2006, 345) “sería deseable una declaración expresa en la que se recojan formalmente y de modo sistematizado el conjunto de derechos que le son reconocidos a las víctimas en nuestro ordenamiento”. Esta ausencia “obliga al intérprete a confeccionar el estatuto jurídico de la víctima a partir de la identificación de las concretas prerrogativas que se le conceden a ésta en las diversas normas vigentes en el sistema español”.

Por último, respecto al medio en el cual sucede la representación, apuntamos que igualmente hallamos los elementos presentes en la representación teatral (indumentaria, escenario, decorado, auditorio...).

Para Macgowan y Melnitz (1966) la historia del teatro es tanto la historia de la sala teatral como la de las obras. Según ellos, no se puede estudiar el drama sin considerar el teatro físico; un teatro no tiene significado separado del drama que presenta. En cualquier período, tanto el teatro como la obra teatral son productos de las condiciones sociales y de los valores estéticos de la época.

Si esto es así y el drama y el escenario teatral evolucionan al compás del momento en que se encuentren, ¿qué ocurre con el derecho y el escenario judicial, con el proceso? Si hay tantas similitudes entre ambos campos, ¿qué impide al sistema judicial avanzar en sintonía con la época que le toca vivir? ¿Por qué el teatro es vivo y cambiante y la justicia se empeña en alimentar el anacronismo? Una vez más nos damos de bruces con la resistencia al cambio, ¿será que el teatro está libre de cuestiones como la jerarquía y el poder y esta ausencia le permite que sea más flexible?

Cierto es que las cuestiones que se dirimen en un proceso penal desembocan en una serie de consecuencias para las personas, y el drama es ficción, es ilusión, pero eso no significa que merezcamos una justicia hierática.

Quizá lo que impide evolucionar a la justicia sea el empeño en momificar elementos arcaicos innecesarios. Las víctimas necesitan que los cambios se produzcan de una manera real y efectiva para que sus derechos estén presentes en el proceso, para que nuestro sistema de justicia sea equitativo.

2.4. Edificios judiciales y mobiliario

Para Garapon (1997, 200), “el edificio del tribunal del justicia contribuye a instituir la autoridad del juez, entendida como capacidad de dar forma –tanto en lo material como en lo simbólico y en lo intelectual– a la deliberación pública”.

Efectivamente, en las sedes judiciales hallamos señales simbólicas de poder, y a pesar del transcurso del tiempo y de las nuevas construcciones encontramos detalles que vuelven a apuntar hacia una asignatura todavía pendiente.

Por otro lado, cabe cuestionar si los nuevos espacios arquitectónicos dedicados a la Justicia recuperan los aspectos tradicionales en su mobiliario y si están preparados para la pretendida visibilidad y protección que propugna la victimología. Estas cuestiones serán tratadas específicamente en el epígrafe siguiente.

Adicionalmente destaca la proliferación de las denominadas “Ciudades de la Justicia” en los últimos años en nuestro país (en Madrid, Barcelona, Valencia, Zaragoza...).

Respecto a la Ciudad de la Justicia de Barcelona, sus arquitectos Vázquez y Chipperfield (2012) contemplan en el proyecto el empleo del vidrio en la construcción como metáfora de la transparencia de la justicia. Añaden que en la ciudad de Barcelona y L'Hospitalet de Llobregat originariamente la actividad de los departamentos judiciales se repartía en diecisiete inmuebles con la consiguiente dispersión y problemas funcionales que esto suponía para los trabajadores. Defienden la unificación en la nueva Ciudad de la Justicia en base a criterios de eficiencia: esto permite la adaptación de los espacios de trabajo a la constante transformación del cuerpo judicial.

Tal y como se observa, estos profesionales tienen en cuenta aspectos de funcionalidad, transparencia y eficiencia que poco tienen que ver con las cuestiones de naturaleza victimal. Las Ciudades de la Justicia y sirva como ejemplo la de Barcelona, se hallan emplazadas en lugares alejados del núcleo urbano, con lo cual esto supone una distancia física en el día a día del ciudadano. Por otra parte, la amplia magnitud que alcanzan dichos complejos, lejos de facilitar la inmediatez de las gestiones, puede añadir confusión y nerviosismo al estado en que se puedan encontrar las víctimas cuando acudan a presentar una denuncia o prestar declaración. Este gigantismo recuerda a la arquitectura propagandística al servicio del poder, materializado por ejemplo en las Termas de Caracalla del Imperio romano, o en la altura alcanzada por las catedrales góticas que, entre otras cuestiones, reafirmaba el poder de la iglesia católica empujando al peregrino que acudía a los templos.

Respecto al mobiliario continente en este tipo de complejos cabe hacer alusión a lo observado por el abogado Muelas Cerezuela (2012) respecto de la Ciudad de la Justicia de Valencia. En este sentido alude de manera crítica al contraste entre la modernidad de la construcción y el deficiente mobiliario improvisado en muchas ocasiones por los propios funcionarios a partir de materiales como el cartón y la cinta de embalar, cuestión acentuada con la crisis económica. Refleja además la “aventura” por la que ha de pasar un ciudadano cuando acude a este lugar: “Supongamos que un ciudadano se acerca a la “Ciudad de la Justicia de Valencia” para interesarse por el estado de su procedimiento. Para ello se desplazará hasta el ominoso edificio, localizará con no pocas dificultades dónde está el Juzgado al que ha de ir y, cuando llegue a él, (planta 5ª zona roja, por ejemplo) se encontrará con que le resulta imposible hablar con ningún funcionario, ya que los funcionarios se encuentran reclusos en unas habitaciones absolutamente incomunicadas con la zona por donde deambulan los ciudadanos. Este logro de que los ciudadanos y los funcionarios vivan en ecosistemas estancos hay que atribuirlo, sin ningún género de dudas, a quienes diseñaron el edificio”. Tal y como reflejan estas palabras, parece ser que la organización de las Ciudades de la Justicia genera una serie inconvenientes en la praxis diaria de sus usuarios. En este sentido, lo que puede definirse como incomodidad para un ciudadano no victimizado, puede desembocar en una victimización secundaria para las víctimas.

2.5. Recapitulación: La relevancia victimológica actual de los espacios judiciales ritualizados

Una vez contemplados esta serie de elementos simbólicos, su origen y significado actual, cabe preguntarse qué sentido tiene en el sistema de administración de justicia de hoy en día. Como hemos visto prácticamente la totalidad de los mismos mantienen los resquicios de su esencia inicial, allende los tiempos: consideraciones de supremacía del

poder monárquico, divinidad, jerarquización, orden estricto, respeto absoluto, ceremonial... ¿Tienen cabida en un sistema social y democrático de derecho?

En este sentido, para el juez francés Garapon (1997, 200) “estos símbolos en apariencia anticuados son la clave de la modernidad; al recordar nuestras tradiciones superadas continuamente por la aventura democrática, permiten seguir adelante”.

No obstante, cabe cuestionar esta afirmación. En primer lugar, la Justicia, al igual que otros parámetros en nuestra sociedad debería adaptarse a los cambios que nos asisten como comunidad, y caminar de la mano junto a ellos. La pervivencia de la rigidez, de las costumbres inamovibles impide el avance. ¿Realmente es tan necesario para la sociedad democrática recordar lo que fuimos a través de formas estrictas que siguen en vigencia? ¿O son los miedos a una aventura desconocida, al verdadero progreso lo que nos encorseta? Lo planteado por Garapon presenta un contrasentido: sería como dotar de alas a una oruga sin permitir que abandonara su crisálida.

Según Varona Martínez (1996, 150), Garapon “parece asumir en todo momento que el rito es algo positivo (garantizador de derechos)” y como objeciones recuerda citando a Barcellona que “la teoría marxista considera la formalidad del derecho como una “fórmula mágica” vacía de contenido” y añade haciendo referencia a Azcona que “la gran y última función del ritual es hacer creer a los participantes que lo establecido socialmente es algo natural”.

Por otro lado, desde el punto de vista victimológico, estos contextos no siempre favorecen la protección de los derechos de las víctimas. La simbología, lo solemne en las formas y en el vestir, son a menudo cuestiones con las que las víctimas no se encuentran familiarizadas. Recogiendo la máxima “Se ama lo que se conoce y se desprecia y/o se teme lo que se desconoce”, cabe apuntar que el desconocimiento por parte de las víctimas de aspectos que se presentan a través del ritual del proceso penal, representa un problema añadido a la situación en la que se encuentran las víctimas que han de atravesar un camino en muchas ocasiones largo y tortuoso.

Un cambio de mentalidad, de contenido, ha de reflejarse de la misma manera en el aspecto formal. Respecto a esta idea, Pujol García (2007, 51-52) recoge las siguientes palabras del ex Presidente del Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, Dorado Picón:

“Sobre nosotros recae mucha responsabilidad en la eliminación de esas formalidades que alejaban desde antaño la justicia del ciudadano. Se busca la eliminación de barreras, la simplificación del lenguaje jurídico y forense, la información en términos atendibles y entendibles por el ciudadano, y el camino de su participación..., sin olvidar que muchas veces psicológicamente, el ciudadano necesite igualmente, y ello no es una contradicción, ciertas formalidades que le hacen sentirse que está recibiendo un servicio especial, la Justicia, mediante ciertos aspectos rituales que le muestre un Tribunal debidamente constituido y del que espera algo más que un papel, espera una solución a sus problemas, a los que ha planteado ante ese órgano. Pero es claro que esos elementos formales no deben de ninguna manera convertirse en obstáculos a su participación, ni mucho menos elementos de sometimiento símbolos de aristocracias pretéritas...”.

En un sistema democrático que propugna la igualdad a través de nuestra norma suprema no han de tener espacio manifestaciones reales y palpables de antiguos regímenes absolutistas y sociedades arcaicas. Ciertamente es que algunos autores defienden la autoridad de la justicia como un elemento necesario para la legitimidad de sus actuaciones,

una autoridad que le confiere la ley que emana de la soberanía popular en un Estado democrático de derecho, pero esto no ha de estar reñido con la evolución de la justicia hacia un sistema más cercano a las necesidades que plantea la ciencia victimológica.

Sampedro Arrubla (2003, 7) sugiere una propuesta desde la victimología de humanización del proceso penal, afirmando la necesidad de una reformulación de sus estructuras con la finalidad de permitir el acercamiento de la administración de justicia a las víctimas. Según este autor, la palabra humanización “debe entenderse como hacer algo más humano, más comprensible para el hombre”. En este sentido apreciamos que la distancia que generan los símbolos del poder entre la justicia y los ciudadanos se interpone en esta labor de acercamiento.

III. ESTUDIO EXPLORATORIO DE DIVERSOS ESPACIOS DE JUSTICIA PENAL EN DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN

3.1. Planteamiento

3.1.1. Objetivos

Este estudio tiene como objetivo general el conocimiento del impacto de los diversos escenarios de justicia penal en la victimización secundaria.

Como objetivos específicos podemos señalar los tres siguientes:

1. Analizar la existencia de elementos simbólicos de poder, solemnidad y jerarquía en los foros de justicia examinados y su posible incidencia en dicha victimización.
2. Valorar si el diseño de los modernos edificios judiciales y su mobiliario está orientado a la protección de las víctimas con especial atención a las más vulnerables por razón de edad, capacidad o circunstancias derivadas del delito sufrido.
3. Analizar las similitudes y diferencias entre los espacios judiciales destinados a los victimarios adultos y menores, para determinar si existe una protección específica a los últimos acorde con la legislación vigente.

3.1.2. Metodología

La metodología del presente estudio se basa:

- a) en la revisión bibliográfica,
- b) en la observación y posterior análisis de siete sesiones de juicios penales en la Audiencia Provincial de Guipúzcoa comprendidos entre los meses de marzo a mayo del 2013 y que han versado sobre delitos contra la salud pública, lesiones con deformidad, violencia de género, agresiones sexuales y estafa, y
- c) en la observación de los diferentes espacios de la justicia penal mediante el análisis fotográfico.

Para poder fotografiar los distintos espacios, actividad desarrollada durante el mes de mayo, se ha obtenido el permiso del Presidente de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y de la Decana de los Juzgados de San Sebastián, a quienes agradecemos su amable colaboración.

Por otra parte, este estudio se enmarca dentro de la victimología, como ciencia interdisciplinar, considerando de manera particular cuestiones etnográficas, jurídicas y arquitectónicas así como su paralelismo con el arte dramático, como forma de conocimiento no científico pero sí relevante para expresar los intereses de las víctimas.

3.1.3. Límites

Cabe indicar que la bibliografía específica en castellano sobre el objeto de este estudio, con una perspectiva victimológica, resulta muy limitada. La búsqueda bibliográfica se realizó en el mes de abril de 2013 en diversas bases de datos bibliográficas bajo los términos “arquitectura y justicia”, “espacios judiciales”, “ritos judiciales”...

Por otra parte, además de los límites temporales y de recursos materiales propios del proyecto y que justifican el carácter exploratorio del análisis, en este estudio solo se ha considerado la justicia penal en los Juzgados de Donostia-San Sebastián y en la Audiencia Provincial de Gipuzkoa.

3.2. Resultados relativos a una posible victimización secundaria

3.2.1. Respecto de los foros de justicia

3.2.1.1. De enjuiciamiento en sentido amplio (Audiencia Provincial, Juzgados de lo Penal, Juzgado de Guardia)

Para proceder a este análisis tomaremos como punto de partida una serie de imágenes realizadas en los edificios de los Juzgados de Atocha en San Sebastián y de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.

He decidido acudir a estos elementos gráficos porque indican cuestiones significativas y hablamos de dos edificios de reciente construcción y reforma. A partir de la observación de los espacios y la realización de las fotografías he podido apreciar la pervivencia de ciertos rasgos aludidos con anterioridad. Asimismo se aprecia que cuestiones arquitectónicas tanto prácticas como estéticas entran en conflicto con las medidas de protección de las víctimas.



Foto 1. Vista del estrado.

En primer lugar, presentaré una imagen de la Sala de Vistas de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (foto 1) donde se dirimen asuntos de carácter penal:

Estamos viendo la zona donde se sitúa el tribunal al fondo formado por tres magistrados. Se encuentran sobre el estrado. En cuanto a los estrados, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su art. 187.2 establece la igualdad de alturas, sobre estrados, para Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores. Esta es una primera barrera

arquitectónica que separa a los elementos representativos del Estado y las partes del resto de participantes en el acto. ¿Por qué esa diferenciación en las alturas? Se trata

de favorecer la jerarquización en las Salas de Vistas. La jerarquización supone la existencia de diferentes categorías. Si el poder del Estado se sitúa en lo alto, ¿qué sucede con las víctimas? ¿Por qué no son merecedoras de un trato formal de igual a igual, un trato más humano? Tras la asistencia y posterior análisis de diversos actos de juicio oral, cabe apreciar que estos ingredientes de desigualdad favorecen la incomodidad, el nerviosismo, y el malestar, aspectos añadidos al hecho de tener que participar en un proceso que hacen de su paso por el mismo un calvario para las víctimas.

Otro aspecto a tener en cuenta sería la posibilidad de que alguno de los legitimados para ocupar la zona del estrado tuviera algún tipo de discapacidad que le impidiera el libre acceso al mismo. En este sentido, la barrera simbólica se transformaría en un impedimento físico. Esto choca directamente con lo establecido en el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, que en su art. 5.1 dispone lo siguiente: “Entre los espacios accesibles ubicados en cotas distintas existirá al menos un itinerario accesible entre diferentes niveles que contará, como mínimo, con un medio accesible alternativo a las escaleras”. Imaginemos, por ejemplo, el caso de una víctima-testigo que acude a la Sala en silla de ruedas, habiendo sido generada esta discapacidad por el suceso delictivo. Además de sufrir las consecuencias derivadas del delito, se encontraría con un impedimento físico en la Sala de enjuiciamiento.

Por otra parte, según una vista frontal desde el espacio destinado al público de la Sala, la derecha se ocupa por la defensa y el acusado en caso de ser una única persona. Si hubiera más acusados y el espacio fuera insuficiente, los mismos ocuparían el banquillo. El hecho de que los acusados se sitúen junto a su abogado defensor genera facilidades a la hora de establecer su defensa ya que ambos se pueden mantener el contacto durante el acto del juicio oral. Esta práctica no se realiza siempre. En muchas ocasiones los jueces consideran que las partes no han de ocupar parte del estrado y refuerzan la jerarquización anteriormente mencionada. Así los acusados se sitúan en el banquillo, sufriendo la denominada “pena de banquillo”. Esto habitualmente se considera un agravio ya que el hecho de estar sometido a un proceso judicial supone en muchas ocasiones un estigma social.

Antiguamente, la pena de banquillo era más “incómoda” ya que el lugar para sentarse era un banco y no las sillas que apreciamos en las Salas más actuales. Un ejemplo de ello se encuentra en otra Sala de Vistas de la Audiencia Provincial, más antigua:

A diferencia de los bancos acolchados destinados al público de la Sala, encontramos el banquillo de los acusados desprovisto de cualquier atisbo de comodidad (foto 2). Esta es una diferenciación simbólica pero representativa de tiempos pretéritos. No olvidemos la presunción de inocencia y el hecho de causar de inicio un agravio a una persona que aun no ha sido declarada culpable por sentencia supone una cuestión de injusticia generada por el sistema procesal.



Foto 2. Banquillo de los acusados en Sala de Vistas de la Audiencia Provincial.

En la parte izquierda de la Sala, atendiendo de nuevo a la visión frontal del escenario desde el público, se coloca la acusación representada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular si la hubiere. Un aspecto que no se ha tenido en cuenta a la hora de construir nuevas Salas de enjuiciamiento o de reformar antiguos espacios, es la aparición en escena del Jurado Popular. El mismo se sitúa en la parte correspondiente a la defensa, mediante la colocación improvisada de unas sillas obligando a las partes a sentarse juntas enfrente. Esto hace que generalmente los acusados tengan que utilizar el banquillo directamente debido a la falta de espacio, y de alguna manera se desvirtúa la concepción del espacio creado para que dos partes enfrentadas pugnen para obtener la resolución de un conflicto.



Foto 3. Sala de deliberación del Jurado Popular en la Audiencia Provincial.



Foto 4. Vista frontal desde la presidencia del tribunal.

A pesar de que el nacimiento del Jurado se produce a partir de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, y han transcurrido varios años desde entonces, las nuevas y reformadas Salas de las Audiencias no contemplan un espacio específicamente preparado para los juicios con Jurado Popular, aunque sí se han preparado las Salas de deliberación aledañas (foto 3). En este sentido, llama la atención que no se haya tenido en cuenta un espacio propio para su situación en la celebración del acto de juicio oral.

A continuación, quisiera exponer la visión espacial de la moderna Sala de Vistas desde el punto donde se ubica el Presidente del Tribunal en la Audiencia Provincial (foto 4):

Destaco este aspecto porque como se puede apreciar está situado en el punto central de la perspectiva, con una visión simétrica de todo el entorno, y a mayor altura que el espacio destinado al banquillo y al público. ¿Qué razón de ser tiene esta posición? Reaparecen la jerarquía y el poder. Este aspecto lo relacionamos de nuevo con el escenario teatral y concretamente con la visión del llamado “ojo del príncipe”.

En efecto, a partir del Renacimiento italiano encontramos la perspectiva como elemento esencial de la escenografía teatral. En España nos remontamos al siglo XVII, a la restauración en 1650 del Coliseo en el Retiro, teatro diseñado según el modelo italiano. Según Fiadino (2003), enfrente del escenario estaba situado el palco real según unos planos que datan de 1655.

Desde ese palco, Felipe IV gran amante del espectáculo teatral disfrutaba de obras escritas principalmente por Calderón y cuya escenografía diseñaba Cosme Lotti. Este palco real alzado disfrutaba de una visión perfecta de la perspectiva de la sala teatral al igual que lo hace en la sala judicial el presidente del tribunal, que además permitía un control total tanto del escenario como del resto de los espacios a la vista. Era un privilegio del que gozaban príncipes y reyes en aquel entonces y un recurso que se sigue empleando en la justicia de hoy en día. No olvidemos que hubo un momento en la historia en la que los jueces eran considerados como “pequeños reyes”.

En los países anglosajones en cambio, se mantiene la superioridad de alturas de los jueces pero se rompe el modelo de perspectiva renacentista italiana, ya que las declaraciones de acusados y testigos se realizan en un extremo de la Sala a la izquierda del juez. Este aspecto nos conduce a comentar el lugar destinado a la declaración y los elementos empleados en la misma.

Como podemos apreciar, estas Salas de Vistas presentan aspectos diferenciados en cuanto a la zona donde peritos, testigos, víctimas-testigo y acusados prestan declaración. Mientras que en la Sala de lo penal de los Juzgados de San Sebastián aparece un micrófono de pie únicamente (foto 5), en la Sala de la Audiencia el soporte es más amplio, ya que hay una mesa y una silla además.

Esta cuestión resulta interesante desde el punto de vista victimológico. Para una persona es muy diferente declarar de pie o sentada. No estamos hablando de comodidad únicamente sino de emplear elementos sencillos que puedan aportar seguridad. En muchas ocasiones las declaraciones son largas y las víctimas atraviesan por momentos complicados en los que han de recordar y verbalizar una serie de acontecimientos difíciles, y responder además a las preguntas formuladas en el proceso. Una simple mesa con una silla pueden ayudar a que mejoren las circunstancias de la declaración. Siendo ésta una consideración tan evidente, ¿por qué se sigue utilizando el micrófono de pie? La respuesta legal se encuentra en el art. 685 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según el cual: “Toda persona interrogada o que dirija la palabra al Tribunal deberá hablar de pie”. No hemos de olvidar que la LECrim data de 1882, pero en la práctica diaria observamos que esta disposición se sigue aplicando. No obstante, el artículo continúa con la siguiente excepción: “Se exceptúan el Ministerio Fiscal, los defensores de las partes y las personas a quienes el Presidente dispense de esta obligación por razones especiales”. De alguna manera, es el propio artículo el que legitima una interpretación protectora de la manera de realizar las declaraciones, que puede adaptarse a las circunstancias que presentan las víctimas que han de pasar por este trago, pero si pretendemos que se establezca una relación de equilibrio entre las personas que han de prestar declaración, todas habrían de hacerlo sentadas, incluidos victimarios, peritos, testigos y víctimas-testigo, práctica que ya se realiza en la sede de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.



Foto 5. Micrófono Sala de lo Penal núm. 3 San Sebastián.

El edificio de la Audiencia ha sufrido una reforma interior relativamente reciente (2004). A pesar de ello, aparecen detalles que revelan que se trata de una construcción presidencialista.



Foto 6. Detalle del Tribunal.



Foto 7. Vista general frontal de la Sala.



Foto 8. Detalle del Tribunal.

En esta imagen (foto 6) se aprecia por ejemplo la diferencia en los respaldos de los sillones de los tres magistrados. Se trata de una Sala con una serie de prestaciones novedosas de carácter tecnológico pero que conserva esta distinción nada moderna.

Esta apreciación puede realizarse igualmente de otra de las Salas de la Audiencia que actualmente no se emplea para asuntos penales sino mercantiles, pero donde anteriormente a la construcción de la nueva Sala se celebraban juicios penales.

En la fotografía número 7 vemos cómo los poderes del Estado se reflejan en un distintivo físico. Los sillones de los magistrados y el correspondiente al fiscal tienen un respaldo más alto que los destinados por ejemplo a los letrados tanto de la acusación como de la defensa.

Si acercamos el objetivo al tribunal se aprecia en la imagen número 8 un detalle labrado en la madera de la silla del presidente. Asimismo la mesa presidencial está colocada a mayor altura que la del resto de los magistrados y en su parte frontal aparece un relieve de la balanza de la justicia: un símbolo representativo del equilibrio y la igualdad inmerso en una escenografía con indicadores de desigualdad manifiesta.

A continuación, quisiera hacer referencia a un lugar que en muchas ocasiones alberga situaciones de primer contacto entre las víctimas y el aparato judicial: el Juzgado de Guardia.

En la ciudad de San Sebastián la entrada al mismo es diferente que para el resto de los juzgados. Dicha entrada se realiza “por la parte de atrás”. Cuando las víctimas se acercan al edificio judicial se encuentran con una bajada con cierto aire lúgubre que finaliza en la confluencia entre la puerta del juzgado, el Servicio de Clínica Forense y la

Sala de Bodas (foto 9). De hecho cabe la posibilidad de transitar dicho camino para denunciar un delito, o para someterse a una evaluación médico-forense con la ambientación festiva en los alrededores de un ¡Viva los novios! Una vez llegamos al interior del Juzgado de Guardia tras pasar el control de acceso, nos encontramos con un panorama poco acogedor. La sensación que recibimos del espacio es de frialdad y falta de luz.

Esta imagen pertenece a una especie de hall junto a la garita de acceso (foto 10). Es además una zona de paso entre la sala de espera y los servicios. El hecho de que los servicios masculinos y femeninos se encuentren juntos y haya que transitar por esta zona para su uso, puede generar situaciones complicadas. Imaginemos un caso de violencia de género en la que la víctima se encuentre separada de su supuesto agresor en virtud de un intento de protección de aquella. El victimario se encuentra en espera en esta zona, pero la víctima ha de cruzarla porque necesita utilizar el servicio. Estas circunstancias se producen a menudo en este lugar y podrían evitarse a través de una redistribución espacial diferente a la actual.

Por otro lado, una vez entramos a lo que es la zona de espera antes de ponerse en contacto con los funcionarios del juzgado, nos encontramos un lugar lleno de sillas contiguas muy alejado de lo que podría ser favorecedor de un clima de confianza y de una acogida adecuada al estado en que en muchas ocasiones se hallan las víctimas sufridoras de un delito violento (foto 11). Es posible además, que mientras éstas aguardan su turno para ser atendidas, coincidan en dicho lugar con otras tantas víctimas que acudan a interponer una denuncia, o con el victimario, por ejemplo en caso de situaciones de violencia de género. En estos casos, cuando los funcionarios prevén un posible encuentro en las instalaciones del Juzgado entre víctima y victimario, se traslada a la víctima a una Sala Multiusos para evitar el contacto con su agresor.



Foto 9. Bajada hacia el Juzgado de Guardia (San Sebastián).



Foto 10. Hall junto a garita de control de acceso.



Foto 11. Sala de espera del Juzgado de Guardia.



Foto 12. Sala Multiusos número 1.

Esta Sala Multiusos (foto 12) tiene la función de albergar víctimas o victimarios para establecer una distancia entre ambos que la distribución actual del Juzgado no permite garantizar de otra manera. Una vez llegado el momento de interponer la denuncia, las víctimas se enfrentan a la situación de tener que repetir lo vivido a través del suceso traumático, delante de un personal no especializado en una primera intervención con las víctimas. En efecto, los funcionarios de justicia, que se mantienen cada día en contacto con situaciones de este tipo,

disponen de una formación que no está especializada para estos casos. De hecho, en los temarios de oposición para acceder a estos puestos no se contempla ningún tema relacionado con la victimología.



Foto 13. Mostrador 1 del Juzgado de Guardia.



Foto 14. Mostrador 2 del Juzgado de Guardia.

A esta observación se añade la concepción tan singular del espacio que ha tenido quien diseñó este lugar:

Las imágenes nos muestran un mostrador (fotos 13 y 14). Y es aquí, carentes una vez más de toda intimidad, donde las víctimas realizan sus declaraciones, delante del funcionario que les toque y del resto de personas que se hallen en las inmediaciones. Cierto es que

los trabajadores del servicio, cuando consideran que las víctimas que acuden al Juzgado de Guardia necesitan un espacio más íntimo, recurren a la utilización de una Sala Multiusos.

El empleo de esta Sala queda a merced de la consideración de su necesidad por parte de un trabajador del Juzgado sin formación victimológica. Sin poner en duda su sentido común y las mejores intenciones de este personal, ¿no sería más adecuado para las víctimas que el espacio guardara desde un principio unas mínimas condiciones de intimidad?

3.2.1.2. De mediación

Hasta el momento, hemos analizado los foros de enjuiciamiento penal en un sentido amplio, que poco tienen que ver con los destinados al acto de la mediación, práctica que se ha ido extendiendo particularmente desde 2008 con la creación de los

entonces servicios de mediación penal, hoy servicios de mediación intrajudicial, expresión del movimiento global de la llamada justicia restaurativa.

En los foros de enjuiciamiento, tal y como hemos visto, encontramos una distribución espacial que favorece el enfrentamiento entre las partes. El espacio de las Salas de Vistas destinado al estrado se construye con forma de U situándose cada parte en un extremo, y el juez o tribunal en el centro. Asimismo hemos observado que la figura del juez contiene elementos de poder y autoridad sobre las partes que pugnan para obtener una resolución favorable a sus intereses. Toda la disposición del escenario y el mobiliario empleado en las Salas acompañan esta manera de hacer.

En los foros de mediación, la figura del juez desaparece, al menos momentáneamente, y junto con él, las acepciones de jerarquía y poder. Aquí encontramos las partes reunidas junto con el mediador. En este caso, son las partes las que adoptan el protagonismo a la hora de alcanzar acuerdos para la solución de un conflicto. El mediador se limita a conducir y guiar estas actuaciones. En este sentido, es necesario que el espacio y el mobiliario empleados en estos foros sean favorables al acto de mediación. Lo ideal sería disponer de Salas que generaran un ambiente agradable, con mesas redondas u ovaladas, sin aristas, para favorecer la comunicación entre las partes, en lugar de hallarse espacialmente enfrentadas. De hecho, muchas de las Salas de mediación, en diversas ciudades y países, disponen de un mobiliario con estas características.

En la ciudad de San Sebastián, los servicios de mediación intrajudicial se encuentra dentro del edificio de la Audiencia Provincial.

Como podemos observar, en este caso las mesas empleadas son cuadradas (foto 15), algo que no agrada especialmente a los mediadores del servicio que, a través de su solicitud, esperan que sean sustituidas por unas redondas más adecuadas.

Otro aspecto a tener en cuenta en estos espacios es el hecho de que se hallan dentro de los Palacios de Justicia. En muchas ocasiones, cuestiones como el ahorro energético contemplado en estos grandes espacios, impiden realizar algo tan sencillo como abrir una ventana. Según los mediadores, este simple hecho favorece que las partes, que a menudo llegan a este lugar con un alto grado de nerviosismo, respiren un ambiente más calmado e idóneo para el acto que se va a llevar a cabo.

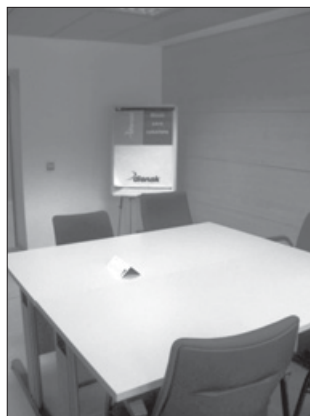


Foto 15. Sala mediación intrajudicial.

3.2.2. Respeto de la vulnerabilidad de las víctimas

Nuestro proceso penal es garantista ya que es el derivado del Estado de Derecho. En base a ello, el acto del juicio ha de ser oral precisando que la actividad alegatoria y probatoria se realice en el juicio oral, público, realizándose la práctica de la prueba mediante la posible asistencia física de las partes y la sociedad en general, y contradictorio, permitiendo la intervención, en la fase práctica de la prueba, de las partes procesales dialécticamente enfrentadas. Es por ello que, en principio, las declaracio-

nes de las víctimas, si tratan de utilizarse como prueba de cargo, hayan de evacuarse estando presente el victimario, delante del órgano judicial y con asistencia de público. Esta preceptiva presencia de las víctimas en el juicio oral ha generado inquietudes victimológicas, sobre todo en delitos que afectan a valores sobre los que se basa la dignidad personal y en relación a personas que presentan condiciones de especial vulnerabilidad por razones subjetivas (menores de edad); relacionales (agresiones sexuales) y ambientales (victimarios familiares) (Subijana, 2000).

El encuentro en este contexto de las víctimas con la mirada del victimario genera ansiedad, temor, tensión y recuerdos indeseables. Para mitigar estos efectos que genera para las víctimas acercarse al escenario judicial para declarar en el juicio oral, se han puesto en práctica una serie de programas de asistencia específicas para las víctimas testigos. A través de ellos se realizan actividades como el asesoramiento de la víctima-testigo acerca de su intervención en el procedimiento penal; hacer requerimientos puntuales sobre las fechas en que debe acudir a los tribunales y la forma de hacerlo; establecer contactos con el lugar de trabajo del testigo para facilitar los permisos oportunos; acondicionamiento de salas de espera adecuadas, etc. (Landrove Díaz, 1998).

En la provincia de Guipúzcoa contamos para la realización de esta asistencia con el Servicio de Atención a las Víctimas (SAV) sito en la sede de los Juzgados de San Sebastián. Al frente de este servicio que atiende a todo tipo de víctimas, se encuentra un equipo de trabajo formado por una psicóloga clínica, una trabajadora social y una jurista que ofrecen en concreto los siguientes servicios:

- Facilitar ayuda psicológica inmediata (primera contención y atención psicológica)
- Asesorar sobre procedimientos policiales y judiciales hasta la finalización de los mismos
- Ayuda si se necesita recibir una rápida atención sanitaria
- Orientar sobre los recursos sociales disponibles y facilitar apoyo en la solicitud de los mismos
- Proporcionar ayuda en su entorno social a través de la colaboración institucional, etc.

No obstante, el volumen de trabajo en la provincia es muy amplio, ascendiendo en 2012 a la cifra de 1228 casos atendidos en 2012 (Memoria del SAV, 2012), por lo que quizá sería positivo ampliar la plantilla o crear un segundo órgano para reducir la espera y que el servicio prestado sea lo más efectivo posible. En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial (1997) pide que se creen más oficinas de asistencia a la víctima del delito, especificando que haya al menos una con carácter provincial y en la medida de lo posible, se establezcan delegaciones en cada partido judicial.

Un aspecto muy positivo de este servicio es que se halla en el interior del edificio judicial. Esto facilita la conexión y comunicación con las dependencias judiciales por ejemplo a la hora de mostrar a las víctimas la Sala donde se va a celebrar el juicio, consiguiendo que las mismas se familiaricen con el escenario tan desconocido para ellas en muchísimas ocasiones.

Por otro lado, esta Sala de Espera del SAV (foto 16) está cerrada al tránsito del personal que circula por los pasillos de los juzgados de manera que la intimidad de las personas que acuden queda protegida. Esto no ocurre siempre en otras zonas del edificio. Basta como ejemplo situarse en el vestíbulo principal del mismo.

Se trata de un espacio amplio que sirve de nexo de unión de las diferentes Salas de Vistas. El citado vestíbulo hace las veces de área de espera antes de las vistas orales, comunicación entre Juzgados, zona de paso de funcionarios de justicia, patio de chascarrillos, tránsito de jueces, letrados, fiscales, víctimas, victimarios, ciudadanos que ejercen su derecho a acudir a una Vista y, por ejemplo, una servidora como observadora.

Resulta obvio que en la construcción del edificio donde anidan los Juzgados de San Sebastián se ha tenido en cuenta la entrada de luz, tal y como muestran sus amplias cristalerías. Asimismo se percibe un intento de minimalismo en las formas y el mobiliario carentes de ornamento, probablemente persiguiendo una sensación de modernidad.

Pero ¿se ha contemplado en todo este conjunto a las víctimas? Y si es así, ¿han sido acertadas las elecciones llevadas a cabo? Basta con dar unos pasos para descubrir una especie de habitáculos cercanos a las puertas de entrada a las Salas. El nombre que reza un cartelito azul es el de Sala de Testigos.

Como se puede observar, las puertas y paredes delanteras son semitransparentes (foto 17) huyendo de la opacidad. La búsqueda de luz se completa con un falso techo de rejilla produciendo una sensación de estar encerrado en una especie de jaula (foto 18).

Estas salitas fueron creadas con el propósito de que los testigos tuvieran un lugar en el que esperar antes de realizar sus declaraciones. Imaginemos por un momento que también se tuvo en cuenta a las víctimas-testigos con ingredientes de vulnerabilidad, para que se sintieran protegidas por el hecho de disponer de un espacio de intimidad. La posibilidad de que varios testigos de



Foto 16. Sala de espera del Servicio de Atención a las Víctimas (San Sebastián).



Foto 17.



Foto 18.

Vista de la entrada y el "techo" de la Sala e interior.

una misma causa confluyan en un mismo espacio de espera durante un determinado lapso de tiempo genera la siguiente aberración procesal: varios testigos juntos, dispuestos en un lugar con cierto grado de privacidad, con la posibilidad de comentar sus impresiones respecto a lo sucedido podrían contaminar sus testimonios. Imaginemos además el caso de que una víctima tuviera que compartir ese momento en dicho mínimo espacio con testigos de cargo, de descargo, letrado de la defensa, etc...¿Sería esta situación la más conveniente para que la víctima se sintiera protegida, cómoda? ¿O este camarote de los hermanos Marx causaría por el contrario situaciones de nerviosismo, incomodidad?

En este caso en concreto, estas celdillas que originariamente se pensaron como Salas de testigos, se convirtieron en lugares donde realizar negociaciones entre letrados, y entre estos y sus clientes, desvirtuando totalmente la función para la que fueron diseñadas.

Resulta prácticamente imposible que en el paisaje de nuestros juzgados existan espacios únicos destinados a albergar por separado a los testigos de un mismo procedimiento. Esto, aunque sería una opción ideal, generaría un gran coste económico. En la práctica, se realiza una estimación temporal y se cita en diferentes franjas horarias para evitar las coincidencias. En caso de contar con un testigo que requiera una especial protección, se le conduce a una Sala Polivalente hasta que proceda su declaración en la Sala de Vistas. Debido a esta manera de proceder, resulta chocante la idea de sembrar el vestíbulo de los juzgados de Atocha de estos espacios comunes, tan alejados de las necesidades reales de las víctimas.

A nivel teórico, tradicionalmente el objetivo del proceso penal, y así ha sido creado su diseño, ha sido garantizar los derechos fundamentales del imputado posteriormente acusado. En este devenir, la víctima ha quedado reducida a un segundo término y se le ha sustraído su ancestral papel protagonista a la hora de resolver el conflicto representado por el delito. El desarrollo completo del estatuto garantístico del acusado y el nacimiento como disciplina de la victimología explican que en los últimos decenios haya surgido la debida consideración a la víctima en el mismo proceso penal (Beristain, 2004).

Cierto es que nuestro ordenamiento tradicional no refleja un exceso de medidas de protección victimal. Sí hallamos, por ejemplo, la posibilidad de celebración del juicio oral a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad, de orden público o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia de acuerdo con lo establecido en el art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Otras disposiciones aunque no directamente vinculadas a la tutela de las víctimas han permitido que los testigos, eventualmente víctimas, presten declaración estando el acusado ausente en la Sala, bien conforme al art. 793 de la LECrim, que prevé la posibilidad de celebración del juicio sin asistencia del acusado debidamente citado, y el art. 687 de la LECrim orientado a salvaguardar el orden de la vista facultando al tribunal para expulsar al acusado de la Sala cuando su conducta altere el orden.

La consideración de la necesidad de un nuevo estatuto que garantice la participación, protección, información y reparación de las víctimas como pilares integrantes del mismo ha derivado hacia la asunción en nuestro ordenamiento de una serie de soluciones que permiten la tutela de los derechos de las víctimas sin menoscabar los

del victimario. Así en el año 1990 el Tribunal Supremo resolvió en *sentencia de 7 de septiembre de 1990*, un recurso de casación de un condenado frente a la decisión de la Audiencia de oír a la testigo sin presencia de los procesados, entendiendo que no se vulneraban los derechos de contradicción y defensa, ni la publicidad ya que permanecían en la Sala todos los demás y los acusados conservaban su derecho a decir la última palabra reconocido en el art. 739 de la LECrim. Otra sentencia, en este caso del *Tribunal Constitucional (sentencia 64/1994)*, respondió a un recurso de amparo que presentaba como contraria a derecho y a un proceso con todas las garantías la declaración de una víctima desde un lugar de la Sala donde no podía ser vista (sí por su abogado defensor y el Tribunal), aunque sí oída por el victimario. El TC ratificó la validez del testimonio entendiendo que no se trataba de un testigo anónimo dado que la defensa conocía su identidad y podía de esta manera cuestionar su credibilidad, y el Tribunal lo había percibido a su vez de forma oral y visual.

La mencionada doctrina fue confirmada por *auto del TC de 17 de octubre de 1994* y *asumida por el TS en sentencia de 14 de febrero de 1995*, y sirvió como punto impulsor para la elaboración y publicación de la *Ley Orgánica 19/1994, 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (BOE, 14 de diciembre de 1994)* según la cual se toman medidas de protección a las víctimas que asuman en el proceso penal el papel de testigo, como por ejemplo, adoptando las siguientes decisiones: garantizar el anonimato procesal, preservar la imagen, gozar de protección policial durante el proceso y una vez finalizado el mismo en caso de persistir el peligro, y obtener un cambio de identidad, de residencia y lugar de trabajo en supuestos excepcionales. Estas medidas pueden adoptarse en la fase de investigación judicial y mantenerse, suprimirse o modificarse en la fase de juicio oral atendiendo a lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley (Subijana, 2000).

Huelga apuntar la aparición reciente de una sentencia del TC, *sentencia 57/2013, de 11 de marzo de 2013*, en respuesta a un recurso de amparo presentado por supuesta vulneración de los derechos a una tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (arts. 24.1 y 2 CE). La base de esta solicitud de amparo se centra la ausencia de declaración en el juicio de siete menores de edad que sufrieron agresiones sexuales cuando tenían edades comprendidas entre 4 y 6 años. En este caso la especial vulnerabilidad de las víctimas por razón de edad y del delito sufrido llevó a tomar la decisión de realizar una grabación del proceso de evaluación de las niñas realizado por el equipo psicossocial correspondiente. El TC deniega el amparo basándose en la puesta a disposición de este material a las partes incluida la defensa para que pudiera ejercerse la contradicción necesaria en todo proceso ajustado a derecho. En este caso aunque se vean alteradas las garantías del procesado, prima salvaguardar los derechos de estas víctimas menores según el TC:

Al igual que en el supuesto abordado en la STC 174/2011, de 7 de noviembre –aunque con decisivos matices diferenciales– la cuestión planteada en la demanda tiene que ver con las eventuales limitaciones y modulaciones de las garantías procesales del acusado que, en atención a la menor edad de quienes pueden haber sido víctimas de abusos sexuales, pueden adoptarse para conocer su versión de los hechos y, en cuanto sea necesario, para evitar que su interrogatorio formal con plena contradicción procesal en el acto del juicio oral –en cuanto son testigos de cargo especialmente vulnerables–, afecte negativamente a su desarrollo personal y su indemnidad moral y psíquica,

que según experiencias contrastadas, presentan especiales tasas de vulnerabilidad en estas situaciones (STEDH de 2 de julio de 2002, caso *S.N. contra Suecia*).

La apreciación de estos elementos presentes en nuestro ordenamiento nos lleva a plantearnos lo siguiente: ¿Cómo se plasman estas disposiciones teóricas en la práctica procesal? En los edificios judiciales que tomamos como ejemplo, encontramos medios de distinta naturaleza para llevar a cabo estos avances legislativos y jurisprudenciales. Cabe señalar que en las Salas de Vistas de estos modernos hogares de la justicia se ha llevado a cabo la instalación de sistemas de videoconferencia.



Foto 19. Pantalla en Sala de Vistas de la Audiencia Provincial.



Foto 20. Sala de declaración de testigos protegidos en la AP.

Como podemos apreciar en las imágenes, en este caso existen medios físicos para llevar a cabo declaraciones de víctimas-testigo o testigos protegidos en caso de que el Tribunal lo estime necesario, y también para la realización de videoconferencias de carácter externo (fotos 19 y 20). En la praxis, según he observado, son recursos que presentan diversas dificultades: el sonido en las sesiones es habitualmente deficiente empobreciendo la comprensión de lo manifestado por el testigo y la videoconferencia externa es irrealizable en numerosas ocasiones al no existir una red de uniformidad al respecto. Además, no todas las dependencias judiciales cuentan con un sistema tecnológico de estas características.

En este sentido, hemos de poner encima de la mesa la reciente *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 (DOUE de 14 de noviembre de 2012)*. Según la misma: “La Directiva 2012/29/UE tiene como finalidad garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales”.

En el aspecto que nos ocupa la Directiva establece lo siguiente: “Se debe poner a disposición de los profesionales del Derecho la más amplia gama de medidas posible con objeto de evitar angustia a la víctima en el transcurso del proceso judicial, especialmente como resultado del contacto visual con el delincuente, su familia, sus colaboradores o el público en general. A tal efecto, se ha de animar a los Estados miembros a que introduzcan, especialmente en las dependencias judi-

ciales y las comisarías de policía, medidas prácticas y viables para que las dependencias cuenten con instalaciones como entradas y salas de espera separadas para las víctimas”. Tal y como se puede apreciar, la Directiva no establece una medida preceptiva sino que

habla de “animar a los Estados”. No olvidemos que las Directivas son normas de obligado cumplimiento por los Estados miembros que disponen de un plazo para poder adaptar sus ordenamientos conforme a lo establecido en este rango normativo. La expresión “animar a los Estados”, ¿cómo se ejecutará en la práctica de nuestro ordenamiento? ¿Quedará esta cuestión bañada en agua de borrajas? Resulta obvio que la aplicación de estos avances requiere una inversión económica importante. Actualmente no parece que este país esté encaminado a financiar iniciativas de estas características.

La mencionada Directiva nace en el seno de un contexto en el que nuestro país presenta uno de los ordenamientos penales más punitivistas. De hecho, el anteproyecto de reforma del Código Penal en su exposición de motivos expresa lo siguiente: “La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos...” siendo uno de ellos “la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad”. Teniendo esto en cuenta, ¿de qué manera se van a implementar las cuestiones planteadas en una Directiva con una madurez considerable, que supone un avance hacia las demandas victimológicas en nuestro sistema normativo, con una futurible reforma del Código Penal que parece ser que tiende a concentrar sus esfuerzos en el aspecto punitivo?

Frente a la tecnología mencionada apreciamos en nuestros juzgados algunas soluciones “de andar por casa”. Tal es el caso de los biombos (foto 21). A pesar de contar con los medios audiovisuales necesarios, todavía se sigue utilizando este elemento rudimentario. Algunos autores y operadores de la justicia desaconsejan su empleo. Tal es el caso del presidente de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, I. Subijana (2000, 113) que se pronuncia al respecto con estas palabras:

“...la angustia de las víctimas resulta reforzada por la mera constancia de la presencia a escasa distancia del victimario, aunque no se perciba visualmente su asistencia, amén de que, dada la configuración de las Salas de Justicia, en muchas ocasiones las medidas de ocultación visual de las víctimas (por ejemplo, declarando tras un biombo) adornan su declaración de un cierto sabor de indignidad”.

A este respecto cabe recordar el caso de Jordi, un menor que declaró mediante este método como víctima-testigo, en un juicio por abusos sexuales contra el ex concejal del Ayuntamiento de Cubells, Juan Rodríguez. La noticia saltó a los medios porque ocho días después de la declaración el chico se quitó la vida. La madre de la víctima manifestó su creencia en que el hecho de sentir al otro lado a su agresor (cuando Jordi esperaba que no iba a encontrarse en la Sala) “tosiendo reiteradamente para ponerle nervioso”, generó en el menor un desasosiego y un estado de terror que desembocó en dicho trágico final (*Diario D* en cuatro.com, 19/06/2012).



Foto 21. Biombo en Sala de lo Penal núm. 5 de los Juzgados de San Sebastián.

Es responsabilidad de los profesionales que rodean a los menores que se encuentran atravesando estas circunstancias, establecer un sistema adecuado de coordinación y comunicación. Un estudio realizado por Echeburúa y Subijana (2008) tiene como objetivo ofrecer una guía de buena práctica en este ámbito. En cuanto a la declaración del menor, conviene en que independientemente del formato que se elija para la misma, ésta ha de ser una para minimizar el riesgo de victimización secundaria. Para ello habrán de seguirse una serie de reglas básicas. Mencionamos a continuación aquellas relevantes para este estudio:

- La declaración del menor se realizará en un espacio adecuado, garantizando su intimidad y estableciendo, en su caso, restricciones específicas de la publicidad (artículo 680 de la LECrim.). Se evitará siempre la confrontación visual de los menores con el inculpado, utilizando para ello medios técnicos, como el circuito cerrado de televisión o la videoconferencia (artículo 731 de la LECrim.), que permiten, incluso, que el testimonio se realice sin necesidad de que el menor se desplace al Palacio de Justicia. Si no resulta imprescindible, hay que intentar que los niños menores de 7 años no acudan a la sala de juicios.
- Se pueden evitar las vestimentas solemnes de abogados, jueces y fiscales para crear un clima de confianza en el menor.
- La actuación del menor en el juicio deberá ir acompañada, en muchas ocasiones, de estrategias de apoyo a nivel educativo y clínico para afrontar temas como la estigmatización, los sentimientos de culpa y el miedo. Así, por ejemplo, son de gran utilidad programas específicos que incluyen, además del acompañamiento del menor para conocer la sede judicial, la preparación para el acto del juicio oral y una información específica del proceso.

El estudio mencionado revela la trascendencia de los lugares donde el menor preste su declaración, la necesidad de despojar de solemnidad a las formas de la justicia, y la importancia de que la información prestada a las víctimas sea comprendida por las mismas, todo ello encaminado a evitar que aumente el malestar originario causado por el acto delictivo.

Asimismo, resulta necesaria una buena comunicación entre el entorno del proceso y el del menor (en su ámbito educativo, familiar y terapéutico) para que no haya dificultades y para adaptar los tempos del proceso a los de la víctima, sin menoscabo de las garantías de contradicción para realizar la defensa del acusado. En este sentido, no disponemos de una regulación específica acerca de la exploración de la víctima menor de edad, pero esto no ha de impedir que se realice un acto de “imaginación normativa”, porque sí existen elementos normativos que nos permiten proteger a los menores. A pesar de que la regla general dicta que la práctica de la prueba ha de realizarse en el acto del juicio oral, podemos citar varias excepciones y ejemplos de disposiciones protectoras para los menores en este sentido:

- a) El Código Civil en su art. 158.4 estima que el juez dictará las disposiciones que considere oportunas para apartar al menor de un peligro o para evitarle perjuicios.
- b) Se podría asimilar la circunstancia de un menor víctima a las descritas en los requisitos para que se pueda establecer la prueba anticipada (arts. 448, 777.2 y 792.2 de la LECrim)

- c) Evitar la declaración del menor en el juicio oral, siempre a través de una resolución judicial debidamente motivada, en base a la incapacidad del menor para declarar (arts. 417.3 y 707 de la LECrim) o la causación de daños psíquicos relevantes si se lleva a cabo la declaración (art. 158.4 CC). Este último punto sería el más severo, pero aun a riesgo de que el acusado resultara absuelto por producirse déficits en la investigación o en la práctica probatoria, el resultado sería más favorable que la “condena” a un menor victimizado de por vida.

3.2.3. Respetto de los victimarios adultos y menores

Pero ¿qué sucede con la protección de los menores cuando se convierten en victimarios? Partiendo de la realidad en la que la legislación penal que regula las actuaciones de menores y adultos es diferente y que supuestamente la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores surgió para dar respuesta a un intento de protección del interés del menor, nos centraremos en analizar los aspectos formales de los espacios judiciales realizando una comparativa entre los destinados a los menores y los utilizados para los adultos. Vamos a observar qué similitudes y diferencias se establecen entre ambos. Comenzaremos con las Salas de Vistas:

La diferencia principal que nos muestran ambas imágenes (fotos 22 y 23) es el espacio reservado al público en la Sala: en la destinada a los procedimientos penales a menores, dicho espacio está ostensiblemente reducido.

Generalmente, en estos casos, las sesiones no son públicas. Este hecho se encuentra amparado en el art. 35.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores según el cual: “El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”.

Como el propio artículo indica, se establece la prohibición a los medios de obtener y difundir imágenes y datos del menor, por lo cual estas Salas no disponen de un espacio destinado a la prensa. De hecho, los pocos asientos que encontramos se destinan a los representantes legales del menor, en caso de asistencia, al representante del equipo técnico responsable de la elaboración de un informe conforme a lo dispuesto en el art. 27 de la misma Ley, y otros asistentes contemplados en el art. 35.1 de la LO 5/2000.



Foto 22. Sala de Vistas para juicios a menores (San Sebastián).



Foto 23. Sala de Vistas Juzgado de lo Penal San Sebastián.

En principio, la distribución del espacio en ambas Salas es bastante similar: estrado para jueces, representantes de las partes y Ministerio Fiscal, zona del banquillo, y zona para el “público”. Con los componentes del mobiliario y equipos tecnológicos sucede de igual manera: mesas sobre el estrado, circuito de videoconferencia y micrófono de pie. Es este último punto el que llama la atención. Considerando que las declaraciones, tanto de acusados como de testigos, peritos y víctimas-testigos habrían de realizarse con un soporte diferente (una mesa y una silla), no deja de asombrar que esto no se tenga en cuenta en una Sala destinada a enjuiciar a menores, que recoge otros aspectos de protección.



Foto 24. Sala Multiusos zona menores.

En el edificio que contiene los Juzgados de San Sebastián, la zona de los menores está ubicada en el primer piso. Se encuentra separada del resto de estancias pero fácilmente comunicada a través de ascensores y escaleras. En ocasiones, cuando las circunstancias convierten los casos en caramelos mediáticos, se procede a acordonar el recinto para establecer una separación física de seguridad con el fin de cumplir lo mencionado anteriormente en la LO 5/2000 respecto a la salvaguarda de la identidad de los menores.



Foto 25. Zona de espera junto a los ascensores.

Junto a la Sala de Vistas del Juzgado de Menores encontramos “puerta con puerta” una Sala Multiusos (foto 24) conectada con la primera a través de un sistema de videoconferencia donde se puede realizar declaraciones de víctimas-testigos, o testigos vulnerables conforme a la Ley, tal y como sucede en los procedimientos en los que se enjuicia a personas adultas. Cuando los menores son quienes prestan declaración como testigos, o víctimas testigos en estas Salas aledañas, lo hacen acompañados de un miembro componente del equipo psicosocial o persona de apoyo que pueda ayudar a que se genere un clima de mayor confianza y seguridad.



Foto 26. Zona de espera junto al pasillo.

En esta planta hallamos además las oficinas del equipo psicosocial. En muchas ocasiones, los menores (sean víctimas o victimarios) han de pasar por estas dependencias para ser evaluados. Antes de que sean atendidos, han de esperar en el espacio que presentan las siguientes imágenes (fotos 25 y 26):

Se echa de menos que esta “zona de espera” sea un espacio cerrado en vez de estar ubicada junto al ascensor y al pasillo donde se genera un tránsito que elimina cualquier esperanza de intimidad. Además de esto, ¿sería una utopía considerar que la espera se realizara en un ámbito adecuado, (lejos de la frialdad de los espacios multiusos) más íntimo y donde los menores, algunos de muy corta edad pudieran realizar, por ejemplo, alguna actividad creativa o lúdica?

3.2.4. Respeto de la asistencia a las víctimas del terrorismo

La ciudad de San Sebastián no alberga en sus espacios judiciales una oficina de asistencia específica a las víctimas del terrorismo. En nuestro ordenamiento, la competencia objetiva para el enjuiciamiento en sentido amplio de causas por delitos de terrorismo corresponde a la Audiencia Nacional. Este organismo ofrece en su sede en Madrid un servicio de atención a las víctimas del terrorismo a través de una oficina cuyas funciones se encuentran delimitadas en el artículo 51 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. Estas son:

- Facilitar información sobre el estado de los procedimientos que afecten a las víctimas del terrorismo.
- Asesorar a las víctimas del terrorismo en todo lo relacionado con los procesos penales y contencioso-administrativos que les afecten.
- Ofrecer acompañamiento personal a los juicios que se celebren en relación a los actos terroristas de los que traigan causa los afectados.
- Promover la salvaguarda de la seguridad e intimidad de las víctimas en su participación en los procesos judiciales, para protegerlas de injerencias ilegítimas o actos de intimidación y represalia y cualquier otro acto de ofensa y denigración.
- Establecer cauces de información a la víctima acerca de todo lo relacionado con la ejecución penitenciaria, hasta el momento del cumplimiento íntegro de las penas. Particularmente, en los supuestos que supongan concesión de beneficios o excarcelación de los penados.

Encontramos en este servicio algunos aspectos que podrían generar ciertos inconvenientes de cara a una protección integral de las víctimas. El más significativo consistiría en la ubicación del mismo. Para requerir sus servicios, las víctimas, independientemente de su provincia de residencia, han de acudir a la sede de la Audiencia Nacional en Madrid, lo que supone en muchas ocasiones además de la incomodidad derivada del desplazamiento, revivir experiencias traumáticas para ellas con el consiguiente riesgo de que padezcan una victimización secundaria.

Para tratar de resolver estos aspectos, el Ministerio de Justicia ha diseñado y desarrollado una aplicación informática que permite que las víctimas puedan obtener información sobre el estado de las causas judiciales que les afectan, a través de una clave personal facilitada a través de la oficina de atención a las víctimas. Esta novedad instaurada desde el mes de enero del presente 2013, está contemplada además como un homenaje para las víctimas, como un lugar de reconocimiento y de permanencia en la memoria colectiva. A través de la oficina electrónica:

- Se otorga la posibilidad de acceder a la información actualizada sobre el estado del procedimiento judicial en el que cada víctima esté interesada.
- Se permite un seguimiento superior de las víctimas, de su estado personal y de la asistencia que precisan.
- Se centraliza la información básica para las víctimas, permitiendo su consulta completa e inmediata.

Cierto es que la utilización de medios informatizados conlleva la eliminación del factor humano como aspecto importante en la relación víctima-asistente pero a la vez, por su inmediatez, puede resultar una iniciativa efectiva como complemento de la atención física. A través de esta ventana virtual, las víctimas pueden conocer toda la evolución del proceso, desde la fase de instrucción, hasta la notificación de la sentencia. En caso de sentencias condenatorias, la información podrá extenderse también a la fase de ejecución de las penas. Esta nueva herramienta tecnológica permitirá a la Audiencia Nacional elaborar una base de datos de víctimas del terrorismo y vincular de manera casi inmediata a la víctima con su causa judicial. Así se refuerza el servicio que viene prestando desde 2006 la oficina de asistencia a las víctimas del terrorismo.

IV. CONCLUSIONES

1. En este trabajo se ha intentado analizar el impacto de los diversos escenarios judiciales en la victimización secundaria. Concretamente, hemos visto que la justicia de hoy en día mantiene una serie de elementos rituales y simbólicos representativos de una aristocracia pretérita que, a pesar de la defensa de Garapon (1985), encuentran objeciones a su valor esencialmente positivo como garantizador de derechos, de víctimas y victimarios por parte de autores como Varona Martínez (1996), en base a lo expuesto al respecto por Barcellona y Azcona.

Desde un punto de vista victimológico, lo simbólico, la solemnidad en las formas, en la indumentaria, son aspectos con los que las víctimas no se encuentran familiarizadas puesto que generalmente no forman parte de su realidad diaria. Estas formalidades generan un alejamiento entre la justicia y el ciudadano que, según Dorado Picón (2007), obliga a los operadores jurídicos a la eliminación de barreras, a simplificar el lenguaje jurídico y forense y a informar en términos entendibles por las personas ajenas a la administración de justicia. Ciertamente es que la justicia ha de contener unas formalidades, pero éstas deberían adaptarse a lo esperable dentro de un sistema democrático con una legislación emergente cada vez más receptiva a las demandas victimológicas. En este sentido, Sampedro Arrubla (2003) plantea una reformulación de las estructuras del proceso penal para permitir el acercamiento de la administración de justicia a las víctimas, aspecto que el autor denomina “humanización del proceso penal”.

2. En cuanto a la teatralidad del proceso penal entendida como la puesta en escena del mismo, cabe concluir que una vez realizado el paralelismo entre el acto teatral y el procesal, hallamos varias similitudes, como la establecida por Garapon (1997), en cuanto al parentesco entre escenarios, o las surgidas a través de la definición de teatro que presentan Macgolwan y Melnitz (1966). A la vez, encontramos una serie de diferencias en cuanto a los actores participantes que encarnan un interés desde un punto de vista victimológico: en el proceso penal, al contrario que en el teatral, las

víctimas, como actores secundarios, rara vez dominan el lenguaje y las formas, y a no ser que disfruten de una adecuada información por parte de los representantes técnicos y del poder judicial, ese desconocimiento puede suponer un perjuicio para las víctimas que acuden a la justicia. Por otro lado, en cuanto a la diferente evolución de los escenarios teatrales y judiciales, cabe determinar que posiblemente el hecho de que el teatro se encuentre libre de cuestiones como la jerarquía y el poder le permite presentar una mayor flexibilidad a la hora de evolucionar.

3. En lo que respecta a los modernos edificios judiciales y su mobiliario, haciendo referencia específicamente a las “Ciudades de la Justicia”, hemos de señalar que existen dos aspectos que pueden producir consideraciones negativas de cara a un tratamiento adecuado a las víctimas. En primer lugar, la construcción de estos complejos lejana a los centros urbanos, que Chipperfield y Vázquez (2012) defienden como una cuestión positiva de eficiencia laboral y funcional, podría generar la incomodidad de tener que desplazarse hasta los mismos y aumentaría la distancia entre la justicia y los ciudadanos. En segundo lugar, la amplia magnitud de estos aglomerados de edificios y su organización en cuanto a mobiliario y personal, según el abogado Muelas Cerezuela (2012), podría causar confusión a la hora de realizar las gestiones necesarias por parte de las personas necesitadas de este servicio. En todo caso, observamos que actualmente en el diseño de las modernas construcciones de la justicia parecen obviarse los intereses de las víctimas, a favor de una preocupación por lo estético, o por la funcionalidad favorable a los trabajadores de la administración de justicia.

4. Tras el análisis de los diversos escenarios de la justicia penal en Donostia-San Sebastián a partir del material fotográfico empleado, podemos afirmar que, pese a una construcción y una reforma relativamente recientes, hallamos elementos significativos representantes de la jerarquía y el poder judicial como: la pervivencia de los estrados, la utilización del “banquillo”, la ausencia de un espacio específico para la ubicación del Tribunal del Jurado, la consideración presidencialista del edificio de la Audiencia Provincial reflejada en el mobiliario y en la pervivencia de la visión perfecta de la perspectiva de la Sala de Vistas que se remonta a las características de la sala teatral española del s. XVII, y la obligación a declarar de pie en los Juzgados de San Sebastián, incluido el Juzgado de Menores.

4.1 Asimismo, destacamos los inconvenientes del espacio destinado al Juzgado de Guardia, respecto de su ubicación, su distribución y su estructura que pueden traducirse en una total falta de intimidad para las víctimas que se acercan a interponer una denuncia. Asimismo, cabe recalcar la ausencia de especialización victimológica de los trabajadores de este servicio que, en muchas ocasiones, se convierten en la primera toma de contacto entre las víctimas y el sistema procesal penal.

4.2 Por las especiales características de los foros de mediación, no hallamos los elementos estructurales presentes en los foros de enjuiciamiento en sentido amplio: la jerarquía y el poder desaparecen y las partes cobran el protagonismo del acto. Sin embargo, hay aspectos que podrían mejorarse en estos ámbitos como son la elección de un mobiliario adecuado (mesas ovaladas o redondas), demandada por los propios mediadores, y las condiciones ambientales de los espacios destinados a tal efecto.

4.3 Respecto a la existencia de elementos de protección victimal en el diseño de los modernos edificios de la justicia y su mobiliario, cabe apuntar que encontramos algunos intentos, unos más efectivos que otros, referidos a los siguientes cuatro aspectos:

- a) Los sistemas de videoconferencia, aunque en muchas ocasiones presentan problemas técnicos,
- b) El empleo del biombo, a pesar de que genera ciertas dudas de protección real para las víctimas,
- c) Las Salas de Testigos, cuya función primigenia ha sido desvirtuada por un uso indiscriminado, además de generar una aberración procesal por el hecho de acumular en el mismo espacio personas que van a testificar en un mismo proceso, y cuyo diseño es bastante deficiente de cara a asegurar la intimidad, la seguridad y la comodidad, y
- d) El Servicio de Atención a las Víctimas del Delito, que realiza funciones benéficas de cara a la protección victimal aunque se echa de menos alguna otra delegación para aligerar la carga de trabajo y reducir la espera.

4.4 Tras el análisis de estos espacios y de la legislación vigente, podemos concluir que la protección de las víctimas especialmente vulnerables por razón de edad, por el delito sufrido o relación con el agresor, supone un reto de futuro, tanto a nivel legislativo como en el ámbito espacial de la justicia penal. Ciertamente es que se han producido avances, pero queda mucho por hacer en este sentido.

4.5 Los resultados respecto de la comparativa de los escenarios judiciales que albergan a victimarios adultos y menores, nos llevan a determinar que son mayores las similitudes que las diferencias, y que ésta es otra cuestión pendiente para resolver en un futuro si se pretende una protección de los menores real y eficaz. Respecto a las Salas de Vistas, hallamos como única diferencia el tamaño más reducido del espacio reservado al público en base a lo establecido en el art. 35 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, respecto a la publicidad de los actos. Atendiendo a las zonas de espera, antes de entrar en Sala, o para ser evaluados por el equipo psicosocial del Juzgado, encontramos también deficiencias en cuanto a la intimidad de los menores, puesto que se sitúan en zonas abiertas al tránsito, al lado de los pasillos.

4.6 Atendiendo a la asistencia de las víctimas de delitos terroristas, hemos de concluir que no hallamos en los espacios judiciales de San Sebastián una oficina de atención específica. Debido a una cuestión de competencia objetiva, las causas por delito de terrorismo se enjuician en la Audiencia Nacional. Por este motivo, encontramos en su sede en Madrid una oficina de asistencia a las víctimas. Los obligatorios desplazamientos por parte de las víctimas para ser atendidos y la posibilidad de revivir experiencias traumáticas derivadas del proceso judicial han llevado a desarrollar desde enero de 2013 una herramienta virtual para atender las necesidades inmediatas de las mismas en cuanto a información acerca del procedimiento penal que les afecta. De esta manera, a pesar de perder el factor humano tan importante a nivel asistencial, encontramos un servicio interesante como refuerzo de la oficina física.

5. Finalmente, cabe concluir con la apreciación generalizada de que los diversos escenarios de justicia penal sí presentan un impacto importante en la victimización secundaria. A través del recorrido teórico y del limitado análisis empírico exploratorio presentado llegamos a la conclusión de que es necesaria una línea común de actuación: la ley, junto con el proceso penal y los edificios judiciales contenedores de los esce-

narios judiciales, han de caminar de la mano hacia una verdadera visibilización de las víctimas en la justicia penal. Se trata de realizar una conjunción equilibrada entre forma y fondo, creando un sistema que avance en ambos aspectos de manera simultánea, haciendo protagonistas a las personas que se acercan a los espacios judiciales y a los profesionales que trabajan en ellos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO RIMO, Alberto. 2006. La víctima en el sistema de justicia penal II. En *Manual de Victimología*, coordinado por Enrique Baca Baldomero, Enrique Echeburúa Odriozola y Josep M^a Tamarit Sumalla. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BERBELL BUENO, Carlos y Yolanda Rodríguez Vidales. 2009. *Historias de la Justicia*. Madrid: La Ley.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. 2004. *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana: (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CHIPPERFIELD, David y Fermín VÁZQUEZ. 2012. *Color en masa: Hormigón y pigmentos. Ciudad de la justicia de Barcelona*. Barcelona: Actar.
- Consejo General del Poder Judicial. 1997. *Libro blanco de la justicia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Diario D a pie de calle*. 2012. Disponible en http://www.cuatro.com/diario-de/pederastia/Mari-Librado-segura-Juan-Rodriguez_0_1430625016.html (consultado el 03.05.2013).
- ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique e Ignacio SUBIJANA ZUNZUNEGUI. 2008. Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente. *International Journal of Clinical and Health Psychology* 8, 3: 733-749.
- ELIACHEFF, Caroline y Daniel SOULEZ LARIVIÈRE. 2009. *El tiempo de las víctimas*. Madrid: Akal.
- FATTAH, Ezzat A. 1997. *Criminology. Past, present and future. A critical overview*. Londres: MacMillan.
- FIADINO, Elsa Graciela. 2003. Calderón y el Palacio del Buen Retiro. Espacios, representaciones y dramaturgia en la renovación teatral. *Celehis- Revista del Centro de Letras Hispánicoamericano* 15: 261-276.
- GARAPON, Antoine. 1985. *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*. París: Le centurion.
- _____. 1996. *Bien Juger. Essai sur le rituel judiciaire*. París: Odile Jacob.
- _____. 1997. *Juez y democracia: una reflexión muy actual*. Barcelona: Flor del viento.
- GARCÍA-PABLOS, Antonio. 2009. *Tratado de criminología, 4ª edición, revisada y aumentada*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- KUPPE, René y Richard POTZ. 1995. *Cuaderno de antropología jurídica, Núm. 3*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- LALINDE ABADÍA, Jesús. 1992. *Las culturas represivas de la humanidad (H. 1945)*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. 1998. *La moderna victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- LUCIEN, Arnaud. 2010. Staging and the Imaginary Institution of the Judge. *International Journal for the Semiotics of Law* 23, 2: 185-206.
- MACGOWAN, Kenneth y William MELNITZ. 1966. *La escena viviente: historia del teatro universal*. Buenos Aires: Eudeba.
- MUELAS CERZUELA, José. 2012. La ciudad de la justicia de Valencia o el nuevo interiorismo judicial valenciano. Diario de un abogado. Disponible en <http://diariodeunabogado.josemuelas.org/2012/05/10/la-ciudad-de-la-justicia-de-valencia-o-el-nuevo-interiorismo-judicial-valenciano/> (consultado el 15.04.2013).
- Portal de la Administración de Justicia: víctimas de terrorismo. 2013. Disponible en http://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/servicios/para_ti/victimas/victimas_terrorismo!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3gzT1dTz6BgExNjA0szA08vgwBjc0NnAwwsvM6B8JLJ8qluJgadxWJhrglevgYGJATG6DXAAR0K6w0Guxa3CxRy_flAxuyjq670N8cuDfAeSx-N-P4_83FT9gtzQCI NMzywTROVFAPsqSjs!/dl3/d3/L2dBISevZ0FBIS9nQSEh/ (consultado el 17.06.2013).
- PUJOL CAPILLA, Purificación. 2007. *Guía de comportamiento en las actuaciones judiciales: modos y formas ante los Tribunales*. Madrid: La Ley.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. 1989. *Victimología. Estudio de la víctima*. México: Porrúa.
- SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. 2003. *La humanización del proceso penal: una propuesta desde la victimología*. Bogotá: Legis.
- SORIA VERDE, Miguel Ángel. 1993. *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*. Barcelona: PPU.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio. 2000. Las víctimas: juicio oral y sentencia. En *Las víctimas en el Proceso Penal*, coordinado por Ignacio Subijana Zunzunegui. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. 2006. La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas. En *Manual de Victimología*, coordinado por Enrique Baca Baldomero, Enrique Echeburúa Odriozola y Josep M^a Tamarit Sumalla. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VARONA MARTÍNEZ, Gemma. 1996. Cosmovisiones legales: la mediación en el sistema penal contemporáneo. ¿Nuevo ritual? *Actas del Congreso de Estudiantes de Antropología*. Donostia-San Sebastián: UPV/EHU.
- ZIENTARA-LOGEAY, Sandrine. 2011. La théâtralité du procès-verbal: entre archaïsme et modernité. Disponible en <http://criminocorpus.revues.org/2376> (consultado el 09.04.2013).

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
321-323

RECENSIÓN

Ixusko Ordeñana Gezuraga. *El estatuto jurídico de la Víctima en el Derecho Jurisdiccional penal español. Análisis lege data y lege ferenda a partir de la normativa europea en la materia*, IVAP, Oñati, 2014, 484 pp.

José Francisco ETXEBERRIA GURIDI

Catedrático de Derecho Procesal UPV/EHU

Fruto de la ayuda destinada al fomento de la investigación sobre temas relacionadas con la Administración Pública, el Derecho Público o la Ciencia de la Administración, en el periodo 2012-2013, concedida por el IVAP a su autor, Ixusko Ordeñana Gezuraga, profesor de Derecho Procesal de la UPV-EHU, acaba de ver la luz la obra *El estatuto jurídico de la Víctima en el Derecho Jurisdiccional penal español. Análisis lege data y lege ferenda a partir de la normativa europea en la materia*. Como ya hizo el IVAP, no podemos más que reconocer lo acertado del tema y su planteamiento. Es cierto, como manifiesta el autor, que, la crisis que vive actualmente el sistema penal, tanto en su vertiente sustantiva, como procesal, ha catapultado a la víctima y a todo lo atinente a ella, a un primer plano en cualquier debate social, en general, y jurídico, en particular. Consciente no sólo del olvido que padece la víctima en un entramado en el que el Estado se apodera del conflicto penal, monopolizando su tratamiento –centrado en el delincuente–, sino del sufrimiento adicional que en el ínterin se le causa (la denominada “victimización secundaria”), el procesalista convierte a aquélla en eje de su estudio, que, en último término, “pretende ofrecer una propuesta que mejore su situación en el sistema penal español”.

El profesor, con una sistemática totalmente adecuada, que facilita, a nuestro juicio, la lectura parcial de la obra conforme al interés del lector, divide el trabajo en tres partes. En una primera, a la que denomina “la justicia española con ojos de víctima”, mediante un análisis objetivo (*lege data*, califica el autor), justifica la necesidad de un estatuto jurídico de la víctima en el ordenamiento jurídico español. Para llegar a esta conclusión, el profesor Ordeñana realiza una radiografía exhaustiva y coherente de la situación vigente de la víctima en el Derecho español. Muestra la dispersión normativa en torno a la víctima y la falta de una definición de la misma, en un entramado normativo en el que, hasta hace poco, no se ha utilizado el propio término de

víctima, sustituido por otros, menos contundentes, como el de ofendido, agraviado o perjudicado. Especialmente plausible resulta, en las primeras páginas de la monografía, el análisis de la protección y garantías constitucionales de la víctima en el ordenamiento jurídico español (pp. 39-60). El autor, con base jurisprudencial y doctrinal, destaca que el derecho de acción o tutela judicial efectiva constitucionalizado en el art. 24 de la Constitución ampara no, únicamente, al autor del hecho punible, sino también, a la víctima. Es, sin duda, el fundamento para una variación legislativa en nuestro ordenamiento jurídico, que posibilita un cambio de timón en la materia. En su senda a demostrar la necesidad de un estatuto jurídico de la víctima en España, el autor justifica su investigación, mirando un poco a la historia, identificando tres etapas en la reacción social al conflicto penal (“desde que el hombre es hombre y la mujer mujer, en cuanto siempre han existido actos o conductas más o menos violentas de unas personas hacia otras, siempre ha existido”): (a) la época de la justicia privada, en la que la víctima devenía eje de la reacción social al delito, (b) el desapoderamiento de la víctima, en la que el Estado adquiere el monopolio en el tratamiento del hecho delictivo, y (c) el resurgimiento de la víctima, última fase “en la que el conflicto penal no es únicamente una cuestión entre delincuente y Estado. Esa línea recta que unía hasta entonces a éstos, se convierte en triángulo, al sumársele otras dos líneas que unen al delincuente y a la comunidad con la víctima”. El autor ubica, en esta última fase, la creación de la Victimología, ciencia que viene a devolver a la víctima el lugar que debe ocupar, tanto en el proceso penal, como en la sociedad, en general. Entendiendo, del mismo modo, acertadamente, que “en la actualidad, la jurisdicción es eje de la protección que el ordenamiento jurídico le ofrece a la víctima”, el profesor Ordeñana termina de establecer la base de su investigación convirtiendo, en núcleo de la misma, las posiciones que aquélla ofrece a la víctima: su personación como parte o su intervención en calidad de testigo (gráficamente, en términos psiquiátricos, habla de “bipolarización”). Partiendo de esta dicotomía, en las siguientes líneas, analiza el proceso penal vigente en España, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito. Estimamos un valor de la obra –que hace de ella un referente en la materia– que no se limite al análisis general del proceso penal y su trascendencia o repercusión en la víctima, atendiendo, al mismo tiempo, a elementos claves para el verdadero amparo de ésta, como el coste del delito y la victimización, la información que recibe, su protección y asistencia. Especialmente plausible se nos antoja, en este punto, el análisis de la mediación penal que realiza el autor. Muestra, con contundencia, sus virtudes y taras, en general, para la sociedad, y en particular, para la víctima, al tiempo que atina al divisar su límite: “no se puede privatizar la resolución del conflicto penal, ni renunciar a la intervención penal del Estado”.

Proclamada la necesidad de una norma concreta que, de manera sistemática, recoja todos los derechos y deberes de la víctima en el sistema penal, tras dibujar su realidad en el proceso penal español, el profesor, en la segunda parte de su investigación (“En busca de referentes para la ordenación del estatuto de la víctima en el ordenamiento jurídico español: análisis de la normativa de la Unión Europea en la materia”), huyendo de la posibilidad de realizar un examen de Derecho comparado, acude a la Unión Europea en busca de referentes, al estimarla –con total acierto– “el ente supranacional que más influencia directa tiene en el ordenamiento jurídico español”. Mostrando grandes dotes pedagógicas, el autor examina, antes de ahondar en la Unión Europea, en la ordenación, sobre la materia, ofrecida por las Naciones Unidas y por el Consejo de Europa, considerándolos “el referente del referente”. En

lo sucesivo, siguiendo un hilo temporal, el profesor Ordeñana analiza, en 5 fases, la evolución en la protección de la víctima en la Unión Europea. Desgrana las distintas etapas con rigor científico, apoyándose en las distintas Resoluciones, Dictámenes, Decisiones Marco, Directivas y Reglamentos que han visto la luz en el ámbito del viejo continente. Combina el autor el análisis objetivo y subjetivo de cada una de estas etapas, evaluando, en su caso, su aportación a la mejora de la situación de la víctima. No se puede más que aplaudir el examen pormenorizado y completo que el profesor hace de la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Esta última, junto a un compendio de normas que analiza detenidamente el autor en relación a víctimas concretas, constituyen la ordenación vigente en la materia.

En la tercera parte de la obra (“A modo de conclusión: propuesta de un estatuto jurídico de la víctima para España a partir de la normativa de la Unión Europea”), culminando lo que verdaderamente debe ser una investigación jurídica, apoyándose en las dos anteriores –en la realidad jurídica que vive la víctima en España y el acervo comunitario en la materia– y cumpliendo el objetivo inicialmente planteado, el autor presenta un estatuto jurídico de la víctima. Una vez más, y sin perjuicio de que todas sus propuestas no sean admisibles –sin duda, en cuanto tales, están siempre abiertas al debate– el autor hace muestra de sus dotes organizativas, sistematizando correctamente lo que podría ser el verdadero estatuto de la víctima en España (fundamento, objetivo, oportunidad, forma y contenido, diferenciando derechos y deberes).

Con todo, y como, en el prólogo de la obra, apunta el Catedrático de Derecho Procesal Iñaki Esparza Leibar, “el presente trabajo constituye una magna obra, referencia insoslayable, que ofrece un tratamiento integral y sistemático de la materia, que incluye propuestas concretas, bien sustentadas y formuladas, para abordar los abundantes retos pendientes. Nos hallamos ante una investigación que contempla y propugna un tratamiento normativo pormenorizado, que ofrezca una cumplida respuesta jurídica, también a las necesidades psicológicas específicas y características que la víctima, en su singularidad, presenta”.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
325-326

NOMBRAMIENTO DE MIEMBRO DE HONOR DEL IVAC/KREI a

D.^a INMACULADA IRAOLA PIÑUETACO

El día 7 de noviembre de 2012, en el marco del Acto de apertura del curso académico 2012-13 del Instituto Vasco de Criminología, celebrado en la sede del IVAC/KREI, en San Sebastián, se procedió al nombramiento de Miembro de Honor del IVAC/KREI, a perpetuidad, a D.^a Inmaculada Iraola Piñuetaco, Secretaria del Instituto desde el año 1985.

La entrega de esta condecoración académica supone la continuación de la pauta iniciada por el IVAC/KREI hace treinta y tres años, cuando:

- el día 12 de junio de 1979, D. José Miguel de Barandiarán fue nombrado primer Miembro de Honor del Instituto. Con posterioridad, recibieron también este galardón, otorgado por el Instituto:
 - Prof. Dr. D. Julio Caro Baroja, día 28 de diciembre de 1988.
 - Excmos. Sres. D. Emilio Barberá Guillem, Rector Magnífico de la Universidad del País Vasco, y D. Juan Ramón Guevara Saleta, Consejero de Presidencia, Justicia y Desarrollo Autónomo del Gobierno Vasco, el día 30 de junio de 1989.
 - Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, Presidente de la Sala 2^a del Tribunal Supremo y Presidente del Instituto Europeo de España, y el Profesor Doctor D. Reynal Ottenhof, Director del *Centre de Sciences Criminelles de la Université de Pau et des Pays de l'Adour*, el 14 de julio de 1990.
 - Sr. D. Jean Pinatel, Presidente H. de la Sociedad Internacional de Criminología, el 23 de noviembre de 1990.
 - Excmo. Sr. D. José Ramón Recalde, Consejero de Justicia del Gobierno Vasco, el 2 de julio de 1993.
 - Excmo. Sr. D. José Angel Cuerda, Alcalde de Vitoria-Gasteiz, el 30 de junio de 1995.
 - Excmo. Sr. D. Eduardo Chillida, el 27 de junio de 1996.
 - El que fuera Profesor del IVAC/KREI y Psicólogo de la prisión de Martutene, Francisco Javier Gómez Elósegui –a título póstumo–, el 27 de junio de 1997.

- Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, Presidente de la Audiencia Provincial de Bilbao, el 10 de junio de 1998.
- Excmo. Sr. D. Juan José Goiriena de Gandarias, Catedrático de Fisiología y ex Rector de la UPV/EHU, el 25 de junio de 1999.
- Excma. Sr.ª D.ª Esther Giménez-Salinas, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, el 13 de julio de 2000.
- Prof. Dr. D. Tony Peters, Catedrático de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), el 19 de julio de 2002.
- Profesor Georges Picca, Secretario General de la Sociedad Internacional de Criminología (París), el 25 de junio de 2003.
- Profesor Denis Szabo, Presidente Honorario de la Sociedad Internacional de Criminología, Montreal (Canadá), el 27 de junio de 2003.
- Ilmo. Sr. D. Luis Navajas, Fiscal del Tribunal Supremo, el 28 de octubre de 2003.
- Dr. D. José Luis Munoa, Profesor de Historia de la Medicina en la UPV/EHU, el 26 de octubre de 2004.
- Excma. Sr.ª D.ª Mercedes Agúndez, ex Ararteko, el 7 de noviembre de 2005.
- Ilmo. Sr. D. Alfonso Aya, Fiscal del Tribunal Supremo, el 30 de octubre de 2006.
- Kutxa-Caja Gipuzkoa San Sebastián, el 22 de octubre de 2007.
- Prof. Dr. D. Luis Rodríguez Manzanera, Presidente de la Sociedad Mexicana de Criminología, Profesor de Criminología en la Universidad Nacional Autónoma de México y de Victimología en el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México, el 17 de octubre de 2008.
- Prof. D. Miguel Alonso Belza, Abogado y Profesor de Derecho penal de la Facultad de Derecho donostiarra y del Instituto Vasco de Criminología, el 30 de octubre de 2009.
- Excmo. Sr. D. Luis Arroyo Zapatero, Rector H. de la Universidad de Castilla La Mancha, Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional y Presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social, el 11 de noviembre de 2010.
- D. Antonio García Chazarra, Presidente de la Asociación Vasca de Criminólogos, 4 de noviembre de 2011.

Antes de proceder a la entrega de la Medalla y el Diploma a la nueva Miembro de Honor, el Director del IVAC/KREI, Prof. Dr. D. José Luis de Cuesta, resumió los motivos que han llevado al Instituto Vasco de Criminología a conceder este nombramiento, como justo y obligado reconocimiento a la citada persona.

Tras concluir esta intervención, la galardonada D.ª Inmaculada Iraola Piñuetaco agradeció con generosas y emotivas palabras la entrega de este título de Miembro de Honor del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua.

EGUZKILORE

Número 28.
San Sebastián
2014
327-357

**MEMORIA DE LAS ACTIVIDADES
DOCENTES E INVESTIGADORAS DEL
INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGIA
KRIMINOLOGIAREN EUSKAL INSTITUTUA**

Octubre 2012 - Septiembre 2013

INDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. INVESTIGACIÓN
 - II.1. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN
 - II.2. GRUPOS DE INVESTIGACIÓN
 - II.3. PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN
 - II.4. OTROS PROYECTOS
 - II.5. SEMINARIOS PERMANENTES DE INVESTIGACIÓN
 - II.6. ESTANCIAS INVESTIGADORAS EN EL IVAC-KREI
 - II.6.1. Investigador visitante
 - II.6.2. Otras estancias investigadoras:
 - II.7. PUBLICACIONES
 - II.7.1. Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología
 - II.7.2. Libros
 - II.7.3. Artículos y contribuciones a libros y revistas
 - II.7.4. Artículos en publicaciones extranjeras
 - II.7.5. Otras publicaciones
 - II.8. BECAS DE INVESTIGACIÓN/COLABORACIÓN
 - II.9. PREMIOS DE INVESTIGACIÓN CONCEDIDOS POR EL IVAC-KREI
 - II.9.1. Premio Jean Pinatel
 - II.9.2. Premio de Investigación Victimológica “Antonio Beristain”
 - II.10. OTROS
- III. ACTIVIDADES DOCENTES, JORNADAS Y CONGRESOS
 - III.1. TÍTULOS PROPIOS
 - III.1.1. Título propio de postgrado de especialista en asistencia a las víctimas de experiencias traumáticas (curso 2012-2013)
 - III.1.2. Título propio de gestión de seguridad y emergencias (curso 2012-2013)
 - III.2. CURSOS DE FORMACIÓN
 - III.2.1. Taller de iniciación a la actividad investigadora
 - III.2.2. Workshop Restorative Justice in Terrorist Victimisations (Oñati)
 - III.2.3. Curso de verano
 - III.2.4. Jornada
- IV. OTRAS ACTIVIDADES ACADÉMICAS
 - IV.1. IMPARTICIÓN CONFERENCIAS, JORNADAS, SEMINARIOS Y CURSOS
 - IV.2. ESTANCIAS DE PROFESORES E INVESTIGADORES DEL IVAC-KREI EN OTRAS UNIVERSIDADES
 - IV.3. OTRAS ACTIVIDADES Y CONVENIOS
- V. RELACIONES INTERNACIONALES E INSTITUCIONALES
- VI. CÁTEDRA ANTONIO BERISTAIN
 - VI.1. ACTIVIDADES DOCENTES
 - VI.1.1. II Encuentro en Homenaje al Prof. Dr. Dr. *h.c.* Antonio Beristain: “Tutela Judicial efectiva frente a la impunidad, aportaciones desde la Justicia Victimal” - Programa
 - VI.2. PUBLICACIONES EN MEMORIA DEL PROF. Dr. Dr. *h.c.* ANTONIO BERISTAIN IPIÑA
 - VI.3. BIBLIOTECA ON-LINE DEL PROF. Dr. Dr. *h.c.* ANTONIO BERISTAIN IPIÑA
 - VI.4. LIBROS DEDICADOS A LA MEMORIA DEL PROF. Dr. Dr. *h.c.* ANTONIO BERISTAIN, A TÍTULO PÓSTUMO
 - VI.5. ACTOS, EVENTOS, HOMENAJES, ETC., EN RELACIÓN CON EL PROF. Dr. Dr. *h.c.* ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

VI.6. PREMIOS INSTITUIDOS PARA HONRAR SU MEMORIA

VI.6.1. II Premio de Investigación Victimológica Antonio Beristain 2012

VI.6.2. Convocatoria del III Premio al mejor trabajo de Investigación Victimológica "Antonio Beristain"

VI.7. OTROS

VII. MISCELANEA

VII.1. ACTO COMIENZO DE CURSO ACADÉMICO 2012-2013

VII.2. NOMBRAMIENTOS

VII.3. RENOVACIÓN CONSEJO DIRECCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua (IVAC-KREI) es un Instituto Universitario de Investigación perteneciente a la UPV/EHU cuyas actividades prioritarias son la investigación, la formación especializada y la consultoría externa sobre todos los ámbitos relacionados con la Criminología. También se ocupa de la transferencia de conocimientos criminológicos y victimológicos al conjunto de la sociedad.

Por su decidida vocación internacional, el Instituto mantiene relaciones de colaboración estables con Institutos universitarios de Criminología, con la Sociedad Internacional de Criminología y otras asociaciones de prestigio en el área de su actividad, potenciando así su presencia europea, y su integración en redes de investigación internacionales.

Ser un agente de cambio social constituye el compromiso que, desde las líneas de investigación que son descritas más adelante, el IVAC-KREI ha adquirido con el modelo de convivencia ciudadana que anhelamos: trabajamos, en fin, por una sociedad más justa, más igualitaria y más respetuosa con las diferencias.

NOTA: Para más información sobre el IVAC-KREI puede consultarse el sitio web:
<http://www.ivac.ehu.es>

II. INVESTIGACIÓN

II.1. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

Política criminal y prácticas penales: La política criminal y las prácticas penales son analizadas en el IVAC-KREI, tanto en lo que concierne a sus aspectos teóricos como en el ámbito de sus aplicaciones. En esta línea caben destacar los trabajos que abordan la relación entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos, la violencia conyugal y familiar, los tráfico penalmente ilícitos, aspectos criminológicos de la informática y de las nuevas tecnologías, delitos ecológicos, la política criminal en materia de drogas, los crímenes internacionales y la justicia penal internacional, las sanciones penales y la realidad de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma Vasca.

Delincuencia juvenil y de menores: El Instituto ha prestado siempre una especial atención a la problemática de los menores y jóvenes delincuentes, analizando las características de los sistemas de intervención, las sanciones aplicables, los sistemas procesales establecidos, las vías de evitación de la intervención judicial, la ejecución de las sanciones y la atención a las víctimas de este tipo de delincuencia. La evaluación de las medidas de internamiento y la innovación de las políticas de prevención de la delincuencia juvenil, en general, y la de los menores extranjeros, en particular, ocupan gran parte de nuestro interés.

Percepción de inseguridad, miedo al delito y prevención de la delincuencia: En el campo de la atención prestada a la seguridad, inseguridad, miedo al delito y prevención de la delincuencia se insertan, entre otros, los estudios e investigaciones que se realizan acerca de las representaciones sociales de la criminalidad y el desarrollo de instrumentos de evaluación de percepción de inseguridad. El estudio de los *escenarios de conducta* ha sido una de las perspectivas desarrolladas en esta línea de investigación. Así, la relación entre el sentido de identidad comunitaria o la cohesión vecinal con la percepción de inseguridad ha ocupado algunas de nuestras investigaciones más recientes.

Ciencia policial y forense: Se trabaja en diversas iniciativas orientadas a la mejora del servicio policial, tanto desde una perspectiva formativa como investigadora. En el área forense, el IVAC-KREI se interesa de manera específica por investigaciones relativas al perfil genético y las aplicaciones del análisis de ADN para la identificación genética. Por otra parte se están realizando importantes avances en el campo de la Psicología del testimonio, la criminología ambiental y la negociación policial en situaciones de emergencia.

Victimología y justicia restaurativa: La preocupación por la asistencia a las víctimas y el análisis de los procesos de victimización preocupa igualmente en el seno de la actividad investigadora del IVAC-KREI. También el análisis y evaluación de los mecanismos de mediación, conciliación y de justicia restaurativa.

Derecho penal socioeconómico y nueva delincuencia: El Instituto se interesa en esta reciente línea de investigación por profundizar en el campo de lo que se conoce como nueva delincuencia (informática, socioeconómica, urbanística) vinculada a ámbitos empresariales o profesionales concretos o a nuevas realidades propias de nuestro tiempo que permiten apreciar diferencias en cuanto al delito y en cuanto a su autor, en cuanto a las técnicas preventivas a utilizar y en cuanto a las respuestas tras la comisión del hecho. La globalización de la delincuencia y de las respuestas jurídico-penales frente a ella, la acomodación de la regulación española a los compromisos internacionales adquiridos y la necesidad de abordar problemas actuales son las que obligan a investigar en este ámbito.

Por otra parte, la **intervención psicosocial en catástrofes naturales** constituye, igualmente, uno de nuestros ámbitos de trabajo.

II.2. GRUPOS DE INVESTIGACIÓN

El IVAC-KREI cuenta con dos Grupo Consolidado de Investigación con base en la Convocatoria de Grupos del Gobierno Vasco.

PROYECTO	Grupo de Investigación en Ciencias Criminales GICCAS (GIC12/08) 2013-2018
Investigador Principal	José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI
Equipo Investigador	Xabier ARANA, Norberto DE LA MATA, Isabel GERMÁN, Leyre HERNÁNDEZ, Virginia MAYORDOMO, Ignacio MUÑAGORRI, Miren ODRIOZOLA, Ana I. PÉREZ MACHÍO, Alberto SAIZ, Isabel TRESPADERNE, Gemma VARONA
Entidad Financiadora	Gobierno Vasco
Subvención concedida	135.399 €
Duración	5 años
Líneas de investigación: El análisis no sólo jurídico, sino criminológico y victimológico, de las distintas temáticas vinculadas a la “Política criminal y prácticas penales”, a los “Aspectos penales, criminológicos y victimológicos de la delincuencia juvenil y de menores”, a las “Políticas de seguridad (binomio seguridad-inseguridad)”, a la “Justicia Victimal y Justicia Restaurativa”, y a los “Aspectos jurídico-criminológicos de las drogas”, constituye una seña de identidad del Grupo, favoreciendo una aproximación integral a esta clase de problemáticas, así como el aporte de soluciones o alternativas multidisciplinarias, gracias a las sinergias creadas entre todos los miembros del grupo.	

PROYECTO	Grupo de Investigación Delincuencia, Marginalidad y Relaciones Sociales (GIC12/08) 2013-2018
Investigador Principal	César San Juan Guillén
Equipo Investigador	Juan ALDAZ, Natalia ALONSO, Nerea MARTÍN, Ana Isabel VERGARA y Laura VOZMEDIANO
Entidad Financiadora	Gobierno Vasco
Subvención concedida	18.300 €
Duración	5 años
Líneas de investigación:	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Infancia, Juventud y Riesgo. Infancia, Juventud y Riesgo. 2. Espacios públicos seguros y amigables. 3. Análisis psico-social de la criminalidad y sistema de Justicia. 	

Ambos grupos de investigación están integrados en la UFI (Unidad de Formación e Investigación) de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, código UFI/11/05 denominada “Integración política y económica en la Unión Europea. Especial referencia a los principios, políticas y acciones internas de la Unión a las relaciones interordinamentales y a los derechos fundamentales”.

II.3. PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN

PROYECTO	RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (DER2010-21164) 2011-2013
Investigador Principal	José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI
Equipo Investigación	Alberto SAIZ, Ana I. PÉREZ, Ignacio MUÑAGORRI, Iñaki ESPARZA, Isabel TRESPADERNE, Josune PÉREZ, Leyre HERNÁNDEZ, Norberto DE LA MATA, Virginia Mayordomo
Entidad Financiadora	Ministerio de Economía y Competitividad
Duración	3 años
Subvención concedida	30.000 €
Objetivos	<p>Analizar la nueva propuesta de tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas incorporada a la legislación española mediante la Ley Orgánica 5/2010. Compararla con las previsiones de Derecho comparado. Cuestionar la viabilidad de la propuesta, desde los problemas que van a generarse en su aplicación práctica, de carácter penal y de carácter procesal, sobre todo a partir de la ausencia de normativa reguladora de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Analizar el contexto criminológico y social en que se plantea la actuación delictiva dentro de estructuras empresariales organizadas. Y plantear la necesidad de exigir Programas de Cumplimiento Normativo que garanticen, preventivamente, que las Empresas hacen lo posible para que, en su seno, no se cometan delitos.</p>
Palabras clave	<p><i>Persona jurídica, Compliance programs, Delitos de empresa, Empresa y derecho penal, Responsabilidad de persona jurídica, Responsabilidad de administradores, Art. 31 bis Código Penal</i></p>

PROYECTO	PROPUESTA REDACCIÓN NUEVA NORMATIVA SOBRE ADICIONES: PROPUESTAS DE MEJORA EN MATERIA DE PROMOCIÓN, PUBLICIDAD, VENTA Y CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS (ESPECIALMENTE EN LO RELACIONADO CON PERSONAS MENORES DE EDAD), ÁMBITO LABORAL Y MATERIA DE JUEGO 2013
Investigador Principal	José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI
Equipo Investigación	Ignacio MUÑAGORRI LAGUÍA, Xabier ARANA BERASTEGUI
Entidad Financiadora	Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco
Subvención concedida	18.000,01 €
Objetivos	<p><i>Objetivo General</i></p> <p>Elaboración de aspectos de mejora relacionados con el nuevo anteproyecto de ley de adicciones sobre las siguientes cuestiones: promoción, publicidad, venta y consumo de bebidas alcohólicas (especialmente en lo relativo a personas menores de edad), ámbito laboral y materia de juego.</p> <p><i>Objetivos específicos</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Definición de aspectos a mejorar en la normativa vigente en la CAV sobre promoción, publicidad, venta y consumo de bebidas alcohólicas. 2. Propuesta de redacción articulada –con su correspondiente justificación documentada– de los artículos del futuro anteproyecto de ley en materia de adicciones, relacionadas con las personas menores de edad y la publicidad, promoción, suministro, venta y consumo de alcohol, e infracciones y sanciones relacionadas. 3. Propuesta de redacción articulada –con su correspondiente justificación documentada– de los artículos del futuro anteproyectos de ley en materia de adicciones, que puedan tener relación con la prevención, control y asistencia de las adicciones en el ámbito laboral. 4. Definición de aspectos concretos a incluir en el nuevo anteproyecto de ley de adicciones en materia de juego.
Palabras clave	<i>Legislación, alcohol, menores, ámbito laboral, juego</i>

PROYECTO	Programa de Investigación sobre percepción de inseguridad y mapas de criminalidad. Análisis espacial de datos georreferenciables de interés criminológico en la C.A. de Euskadi 2012-2014
Investigador Principal	José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI
Equipo Investigación	César SAN JUAN, Isabel GERMÁN, Gema VARONA, Laura VOZMEDIANO
Entidad Financiadora	Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco
Subvención concedida	196.941,18 €
Duración proyecto	3 años
Investigación 2013 (1)	<i>“Datos georreferenciables de la actividad delictiva válidos para la operatividad policial”</i>
Objetivos	<p><i>Objetivo General</i></p> <p>Identificar aquellos datos georreferenciables de la actividad delictiva que posibiliten la planificación estratégica de la Policía, al objeto de responder de forma eficiente ante la comisión de hechos delictivos, potenciar la prevención, y sirvan de soporte para la posterior evaluación de la actividad policial.</p> <p><i>Objetivos específicos</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Examinar las diversas fuentes de las que proceden los datos policiales • Estimar las limitaciones en la recogida de información de la actividad delictiva por parte de la Policía • Indicar qué datos de la actividad delictiva –de interés para la operatividad policial– pueden ser georreferenciados • Valorar las posibilidades de representación de los datos y su supervisión
Palabras clave:	<i>Sistemas de información geográfica, Datos georreferenciables, Criminalidad registrada, Análisis criminal.</i>
Investigación 2013 (2)	Manual de Inteligencia Criminal: <i>“Ertzaintza guiada por el conocimiento. Gestión estratégica de la seguridad pública: Método B.A.I.E.T.Z. / R.A.I.D.A.S. Manual de Análisis de Inteligencia Criminal”</i>
Objetivos:	Revisión y actualización del Manual de Inteligencia Criminal: <i>“Ertzaintza guiada por el conocimiento. Gestión estratégica de la seguridad pública: Método B.A.I.E.T.Z. / R.A.I.D.A.S. Manual de Análisis de Inteligencia Criminal”</i> .
Palabras clave	<i>Análisis de Inteligencia Criminal, Seguridad Pública, Modelos policiales, Policía Guiada por la Inteligencia.</i>

PROYECTO	TERRORISMO E IMPUNIDAD: SIGNIFICADO Y RESPUESTAS DESDE LA JUSTICIA VICTIMAL 2013
Investigador Principal	José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI
Equipo Investigación	Ana Isabel PÉREZ MACHIO, César SAN JUAN, Gema VARONA, Virginia MAYORDOMO
Entidad Financiadora	Dirección de Víctimas y Derechos Humanos. Secretaría General para la Paz y la Convivencia. Gobierno Vasco
Subvención concedida	47.000 €
Objetivos	<p>En la lucha contra el riesgo de impunidad, que no sólo está presente en relación con el terrorismo de ETA, sino también respecto de otras manifestaciones terroristas y victimizaciones generadoras de sufrimientos injustos en el contexto de violencia de motivación política, algunas tendencias identifican como impunidad todo lo que no sea punitivismo a ultranza. Ahora bien, como pone de manifiesto la evolución internacional, los mecanismos establecidos de lucha contra la impunidad y para hacerle frente no son exclusivamente los punitivos; también por otras vías partiendo de la declaración y condena, como procede, del carácter radicalmente injusto de los comportamientos realizados, pueden alcanzarse los objetivos perseguidos.</p> <p>Resulta por ello del todo oportuno profundizar en la problemática que suscita la impunidad y sus diferentes perfiles, así como aquellas cuestiones específicas que se presentan desde el prisma que nos ocupa. De otra parte, y puesto que la justicia restaurativa es aquella que de manera más destacada coloca a las víctimas en el centro de su atención, procede igualmente examinar de qué modo los instrumentos que ésta ofrece pueden servir para hacer frente a la impunidad, y muy en particular, su aplicabilidad en supuestos de terrorismo, a la luz de las experiencias comparadas evaluadas.</p>
Palabras clave	<i>Terrorismo. Víctimas. Justicia Victimal. Impunidad</i>

PROYECTO	DETECCIÓN Y ANÁLISIS DE LAS DIMENSIONES DEL FENÓMENO DEL ACOSO MORAL POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA UPV/EHU (OSALAN)
Investigador Principal	José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI
Equipo Investigación	Ana I. PÉREZ MACHÍO y Laura PEGO
Entidad Financiadora	OSALAN. Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales. Gobierno Vasco
Subvención concedida	17.000 €
Objetivo	<ul style="list-style-type: none"> • Correcta identificación de las conductas constitutivas de acoso moral por razón de género. • Medir la realidad del acoso moral por razón de género en la UPV/EHU. • Realizar un diagnóstico veraz de la situación con base en los datos obtenidos. • Proponer mejoras en el tratamiento del acoso moral por razón de género en la UPV/EHU • Conocer el tratamiento de esta problemática en las universidades que constituyen nuestra red de trabajo. • Finalmente, exportar nuestra experiencia a otras universidades
Palabras clave	<i>Acoso moral, género, universidad</i>

PROYECTO	GRUPO DE ESTUDIOS TRANSFRONTERIZO SOBRE EL TRÁFICO ILEGAL E INMIGRACIÓN CLANDESTINA DE PERSONAS (2013-2014)
Investigador Principal	José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI
Equipo Investigación	Ana I. PÉREZ MACHÍO, Izaskun ORBEGOZO, Virginia MAYORDOMO
Entidad Financiadora	Dirección de Política Científica del Gobierno Vasco
Subvención concedida	3.000 €
Objetivos	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>El análisis de la problemática jurídica ocasionada por el fenómeno de la trata de seres humanos en el ámbito europeo y, específicamente, en el espacio transfronterizo Francia/España.</p> <p><i>Objetivos específicos</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • La puesta en contacto de profesores e investigadores de las cuatro universidades para abordar el tema desde la perspectiva penal, procesal y de Derecho Comunitario. • Facilitar el intercambio de conocimientos especializados y la colaboración entre las universidades como parte del estudio sobre la trata de seres humanos en el contexto de la prostitución organizada. • El suministro de información en la materia objeto de estudio en el sitio web activo desde 2009, al que periódicamente se irán incluyendo comentarios y análisis jurídico de temas de actualidad que se vayan suscitando. • Facilitar los contactos entre las instituciones regionales, organizaciones e instituciones en este ámbito, incluidas las asociaciones y los miembros académicos de la red ETIC. • La realización de estudios para sentar las bases para una nueva reflexión sobre este tema por parte de las universidades integradas en este proyecto y por parte de los organismos concernidos a nivel de ambos países y de la Unión Europea. • La difusión por cualquier medio de comunicación de los resultados obtenidos: organización de jornadas de estudio, artículos científicos y publicación de una segunda monografía colectiva.0
Palabras clave	<i>Red ETIC, transfronterizo, trata de seres humanos, prostitución</i>

PROYECTO	ADAPTACIÓN AL EUSKERA DE DOS HERRAMIENTAS PARA EVALUAR LAS HABILIDADES EMOCIONALES DE NIÑOS Y NIÑAS DE SEGUNDO CICLO DE EDUCACIÓN INFANTIL 2013
Investigador Principal	Ana Isabel VERGARA
Equipo Investigación	César SAN JUAN, Laura VOZMEDIANO, Natalia ALONSO
Entidad Financiadora	Dpto. de Innovación, Desarrollo Rural y Turismo. Diputación Foral de Gipuzkoa
Subvención concedida	22.729,44 €
Objetivos	<p>Aportar dos instrumentos para evaluar la inteligencia emocional en niños y niñas de 3 a 6 años, realizando la versión adaptada a población euskalduna.</p> <p>Esto pretende, en definitiva, beneficiar la creación de contextos sensibles a la importancia de la inteligencia emocional, y favorecer el desarrollo de la competencia emocional, lo que puede contribuir a la prevención de problemas de conducta en la infancia.</p>
Palabras clave	<i>Inteligencia emocional, Educación Infantil, adaptación de herramientas, evaluación de competencias</i>

PROYECTO	INVESTIGACIÓN Y ESTUDIO SOBRE ASPECTOS SOCIO-JURÍDICOS Y DESDE LA CRIMINOLOGÍA LIGADOS AL FENÓMENO SOCIAL DE LAS DROGAS 2013
Director	Ignacio MUÑAGORRI LAGUÍA
Equipo Investigación	Xabier ARANA BERASTEGI
Entidad Financiadora	Federación de Asociaciones de Usuarios de Cannabis de Euskadi EUSFAC
Subvención concedida	64.323,92 €
Objetivos	<p>Realización de Propuesta de Reglamento Interno de funcionamiento de los Clubes Sociales de Cannabis (CSC)</p> <p>Estudio competencial previo de la situación en la Comunidad Autónoma de Euskadi</p> <p>Proyecto de Reglamento articulado</p>
Palabras clave	<i>Cannabis. Legislación. Regularización. Derechos y obligaciones. Criterios de evaluación</i>

PROYECTO	EVALUACIÓN DEL III Plan de Justicia Juvenil (2008-2012)
Investigador Principal	José Luis de la Cuesta Arzamendi
Equipo Investigador	César San Juan y Estefanía Ocáriz
Entidad Financiadora	Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco
Subvención concedida	21.780 €
Duración	6 meses
Objetivos:	<ul style="list-style-type: none"> • Estudio y análisis de diferentes informes relacionados con las infracciones penales juveniles (CGPJ, Ararteko, Memorias de la Fiscalía del Estado, Memorias internas de la Dirección de Justicia del Gobierno Vasco, etc..). • Desarrollo de la investigación titulada perfil psicosocial, impacto de la medida educativa e historial delictivo en los menores infractores en la CAPV.
Palabras Clave	<i>Menores, hechos delictivos, reincidencia, perfil psicosocial, evaluación.</i>

II.4. OTROS PROYECTOS

Ayuda a la investigación por parte de la UPV/EHU a las profesoras investigadoras Dra. **Ana Isabel Pérez Machío** para el desarrollo del proyecto EHUA 13/12 *La trata de mujeres con fines de explotación laboral: otra modalidad de violencia de género* (2013-2014) y Dra. **Laura Vozmediano Sáinz** para el proyecto EHUA13/32 *La ciudad para todos: percepción de seguridad y movilidad a pie en el espacio público* (2013-2014).

El Prof. Dr. **Iñaki Esparza** es miembro del equipo investigador del proyecto “Víctima del delito y Derechos Fundamentales: Cómo mejorar su posición jurídica en España y en la Unión Europea”, Ministerio de Economía y Competitividad (2013-2016).

El Prof. Dr. **Norberto de la Mata** participa en el proyecto de innovación docente “Aplicación paralela de casos en asignaturas afines: derecho procesal y derecho penal”, subvencionado por el Rectorado de la UPV/EHU-SAE.

El Prof. Dr. **Enrique Echeburúa** participa como investigador principal en el Proyecto *Apoyo psicológico a mujeres en situación de vulnerabilidad*. Grupo Consolidado de Investigación de Excelencia en Psicología Clínica. Gobierno Vasco. 2010-2015. Código del proyecto: IT430-10.

La Prof. Dra. **Virginia Mayordomo**, participa, como investigadora, en el proyecto *Nuevas perspectivas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los derechos de las víctimas*. Referencia: DER2010-15605 (Subprograma JURI). Investigador principal: Carlos Fernández de Casadevante Romani. Organismo: Universidad Rey Juan Carlos. Centro: Dpto. Derecho Público. Tipo de Proyecto: B. Duración: 3 años (2011-2013).

II.5. SEMINARIOS PERMANENTES DE INVESTIGACIÓN

El VAC-KREI ha continuado celebrando durante el curso académico 2012-2013 sus ya consolidados Seminarios Permanentes de Investigación, que bajo la dirección de José Luis de la Cuesta y coordinado por Ana I. Pérez Machio, ha celebrado las siguientes sesiones.

El 16 de noviembre de 2012 (viernes)

16:00-16:30: Ponencia del profesor Shecaira: “Drogas, Derecho y Política Criminal”

16:30-17:15: Debate

17:15-17:45: Descanso

17:45-18:30: Ponencia de las profesoras Vozmediano y Ocariz: “lugar de residencia de los menores infractores de la CAPV: análisis geográfico”

18:30-19:00: Debate

19:00-19:15: Ruegos y preguntas

El día 17 de mayo de 2013 (jueves) con el siguiente programa:

16:00-16:45: Ponencia del profesor Ignacio Muñagorri: “Notas sobre Fiscalidad. Evasión de Capital y Destrucción Social”

16:45-17:15: Debate

17:15-17:45: Descanso

17:45-18:30: Ponencia del profesor Paco Etxeberria: “¿Tiene vigencia la investigación de crímenes de hace 40 años? Los detenidos desaparecidos y ejecutados políticos en Chile”

18:30-19:00: Debate

19:00-19:15: Ruegos y preguntas

II.6. ESTANCIAS INVESTIGADORAS EN EL IVAC-KREI

II.6.1. Investigadores visitantes

El Prof. **D. José Fernando Mestre**, de la Universidad Pontificia Javeriana de Bogotá (Colombia), realizó una estancia de investigación en IVAC-KREI desde el 28 de abril hasta el 25 de mayo de 2013 en el Instituto Vasco de Criminología, con el objetivo de consultar y recoger datos y referencias bibliográficos, así como el

intercambio de conocimientos con distintos profesores de nuestra Universidad para la elaboración de su tesis doctoral en materia de investigación del principio de oportunidad en el proceso penal para lo que profundizó sus estudios acerca de la Fiscalía General (ministerio público o fiscal, según el sistema), la ejecución de la política criminal, la priorización y selección de casos, la diferencia entre la discrecionalidad administrativa y la judicial.

El Prof. **Sérgio Salomáo Shecaira**, de la Universidad San Paölo de Brasil está realizó un stage en el IVAC-KREI desde el 5 de agosto de 2012 hasta el 4 de febrero de 2013, para el desarrollo de su investigación. Dicha investigación plantea reflexionar sobre las posibilidades y límites de una política de reducción de daños y riesgos en materia de drogas ilícitas. La inexistencia en Brasil de programas específicos más desarrollados en esta área está a demandar un análisis de las legislaciones europeas –y más específicamente del País Vasco– para formular una propuesta al gobierno brasileño *de iure condendo*.

II.6.2. Otras estancias investigadoras:

El doctorando de la Universidad de Gante (Bélgica) Ben Heylen realizó una estancia, desde el 26 de agosto al 6 de octubre de 2013, para el desarrollo de su tesis doctoral sobre *Justicia Restaurativa en caso de delitos de odio*, recogiendo datos e intercambiando experiencias y opiniones con el personal docente e investigador que trabaja esta línea de investigación en el IVAC-KREI.

II.7. PUBLICACIONES

II.7.1. Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología

AA.VV. (2013), *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 27, 285 pp.

II.7.2. Libros

DE LA CUESTA, J. L., FERNÁNDEZ, E., PEGO, L. y PÉREZ, A. I. (2012): *Impulso de la paz y de la memoria de las víctimas del terrorismo. Evaluación de las políticas de impulso de la paz y fortalecimiento de la memoria de las víctimas del terrorismo*, (en colaboración con), Editorial Académica, Saarbrücken, 2012, 340 pp.

VARONA, G. (2012): “Estudio Exploratorio sobre efectos del uso policial de la videovigilancia en lugares públicos”, Servicio editorial de la UPV/EHU, Bilbao, p. 143.

— (2012): “Auditoría local de seguridad y políticas preventivas: evaluación y propuestas criminológicas en el municipio de Irún (Gipuzkoa)”, Servicio editorial de la UPV/EHU, Bilbao, p. 577.

II.7.3. Artículos y contribuciones a libros y revistas

ARANA, X. (2013): “¿Es posible una política alternativa ante el fenómeno social de las drogas?” en *La Posición Prohibicionista de las Drogas. Análisis y Perspectivas Multidisciplinares*, Domingo Schievenini, César Tarello y Ramón Del Llano (Coords.), México, pp. 125-153

- (2013): “Marco jurídico de la reducción de daños en el campo de las drogas”. en *De riesgos y placeres. Manual para entender las drogas*. D. P. Martínez Oro y J. Pallarés (Eds.). Lleida, Ed. Milenio, pp. 129-142.
- DE LA CUESTA, J. L. (2012): *Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926-2009)*, Ed. Erès, Mercués, (a cargo de José Luis de la Cuesta e Isidoro Blanco Cordero).
- (2012): “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español” en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, n.43, abril-junio, pp. 27-77.
- (2012): “Sentido y función del sistema penal en un mundo globalizado” en *Derecho penal internacional y memoria histórica: desafíos del pasado y retos del futuro*, G. I. Anitua, A. Iglesias Skulj, J. A. Ramos Vázquez, M. Zapico Barbeito (coords.), Fabián J. Di Plácido ed., Buenos Aires, pp. 27-53. (publicado también por la revista del INACIPE, México, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, núm.1, sexta época, abril-junio 2013, pp. 13-38).
- (2013): “Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea”, en *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, (M. Richard González, I. Riaño Brun, M. Poelemans coords.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 23-75.
- (2013): “Pena de muerte: hacia su abolición global”, en *Nuevo Foro Penal*, 80, vol 9, enero-junio, pp. 82-93 también en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, a.LV, nº77, pp. 111-121.
- (2013): “Si quieres la paz trabaja por la justicia: Unión europea y Corte Penal Internacional”, en Eurobask, *La Unión Europea como agente de paz: contradicciones y desafíos para el s. XXI*, Eurobask, Vitoria, pp. 45-46 (con versión en euskera, “Bakea nahi baduzu, gizu lan justiziarn alde: Europar Batasuna eta Nazioarteko Zigor Auzitegia”, Eurobask, *Europar Batasuna, bake-eragiletzat: kontraesanak eta XXI. Menderako demak*, 43-44 or).
- DE LA MATA, N. (2012): “Combate à corrupcao por meio do direito penal: reflexões”, en *Estudios em Homenagem ao Professor Klaus Tiedemann*, en colaboración con Hernández L., Brasil.
- DELGADO, S., ECHEBURÚA, E., VICENTE-HERRERO, M. T., TORRES, J. I., LÓPEZ. A. A., RAMÍREZ, M. V., CAPDEVILA, L. M., TERRADILLOS, M. J., LÓPEZ GONZÁLEZ, A. A. y AGUILAR, E. (2013): “Trastorno de estrés postraumático en psiquiatría forense (II). El TEPT en diferentes contextos situacionales. Implicaciones médico-legales”, en *Psiquiatría legal y forense (Vol. V)*, Delgado y J. M. Maza (Eds.), Ed. Bosch, Barcelona pp. 699-736.
- ECHEBURÚA, E. (2013): “Adherencia al tratamiento en hombres maltratadores contra la pareja en un entorno comunitario: realidad actual y retos de futuro”, en *Psychological Intervention/Intervención Psicosocial*, 22, pp. 87-93.
- (2013): “Evaluación del daño psíquico en psicología y en medicina legal”, en *Psiquiatría legal y forense (Vol. V)*, S. Delgado y J. M. Maza (Eds.), Ed. Bosch, Barcelona, pp. 127-140.
- y CORRAL, P. (2012): “Asistencia psicológica a víctimas de sucesos traumáticos: ¿cuándo es necesario el tratamiento?”, *Trastornos de ansiedad y depresión*, P. García Medina, J. M. Bethencourt, A. R. Martín y E. Armas (Eds.), Ed. Comares, Granada, pp. 329-345.
- ECHEBURÚA, E., DELGADO, S. y VICENTE-HERRERO, M. T. (2013): “Trastorno de estrés postraumático en psiquiatría forense (I). Cuadros clínicos y modalidades. Hacia el DSM-5”,

- en *Psiquiatría legal y forense (Vol. V)*, S. Delgado y J. M. Maza (Eds.), Ed. Bosch, Barcelona pp. 683-698.
- PÁEZ, D., VÁZQUEZ, C. y ECHEBURÚA, E. (2013): “Trauma social, afrontamiento comunitario y crecimiento postraumático colectivo”, en *Crisis, vulnerabilidad y superación*, B. Charro y M. J. Carrasco (Eds.), Ed. Universidad de Comillas, Madrid, pp. 15-47.
- SARASÚA, B., ZUBIZARRETA, I., CORRAL, P. y ECHEBURÚA, E. (2013): “Tratamiento psicológico de mujeres adultas víctimas de abuso sexual en la infancia: resultados a largo plazo”, en *Anales de Psicología*, 29, pp. 29-37.
- VICENTE-HERRERO, M. T., DELGADO, S., ECHEBURÚA, E., TORRES, J. I., RAMÍREZ, M. V., CAPDEVILA, L. M., TERRADILLOS, M. J., LÓPEZ, A. A. y AGUILAR, E. (2013): “Trastorno de estrés postraumático en *psiquiatría forense (y III). Incapacidad laboral y TEPT*”, en *Psiquiatría legal y forense (Vol. V)*, S. Delgado y J. M. Maza (Eds.), Ed. Bosch, Barcelona pp. 737-764.
- ESPARZA, I. (2013): “Sobre el potencial de la justicia de paz en España, en relación con el reforzamiento de la eficiencia y la correlativa legitimación social del Poder Judicial” en *Presente y futuro de la justicia de paz en el ordenamiento jurídico español (Cuarta edición de las Jornadas “Justicia con ojos de mujer”)*. Servicio Editorial de la UPV/EHU, Bilbao, pp. 38-44.
- (2013): “Teoría y dogmática constitucional del Derecho Procesal: El principio de oralidad y sus consecuencias. Por qué decimos oralidad cuando queremos decir intermediación”. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
- (2013): *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013. 551 pp.
- GERMÁN, I., OCÁRIZ, E. (2012): “Experiencia-modelo piloto de los talleres de seguridad vial como alternativa a la pena privativa de libertad en los delitos contra la seguridad vial”, *Revista Criminalidad*, julio-diciembre - vol. 54, nº 2, pp. 101-118.
- MAYORDOMO, V. (2012): “Consecuencias jurídicas para el extranjero derivadas de su estancia irregular y de la comisión de delitos”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 107, pp. 1-40.
- (2012): “Régimen Jurídico Internacional de la Lucha contra la Discriminación Racial”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Porrúa, Mexico, pp. 20-43.
- (2013): “Cuestiones concursales entre el delito de trata de seres humanos y la prostitución coactiva”, en Richard González M., Riaño Brun I. Poelemans M., *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 77-106.
- MUELA, A, BALLUERKA N. y TORRES, B (2012): “Ajuste social y escolar de jóvenes víctimas de maltrato infantil en situación de acogimiento residencia” en *Anales de Psicología* 29 (1), pp. 197-206.
- MUELA, A, TORRES, B y BALLUERKA, N. (2012): Estilo de apego y psicopatología en adolescentes víctimas de maltrato infantil. *Infancia y Aprendizaje* 35 (4), pp. 451-469.
- PÉREZ MACHÍO, A. I, PEGO OTERO, L. (2012): “Victimización de las mujeres inmigrantes en la CAE”, en *Atzerriko Emakume Etorkinak EAEn/Mujeres inmigrantes extranjeras en la CAE*, Ed. Servicio Publicaciones Emakunde, Vitoria-Gasteiz, pp. 87-100.

- PÉREZ MACHÍO, A. I. (2013): “Derecho a la vida”, en *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Materiales de Innovación docente*, Ed. Thompson Reuters. Aranzadi, Pamplona, pp. 49-59.
- (2013): “Protocolos sobre menores extranjeros”, en *Protocolos sobre extranjería*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 187-219.
- SAN JUAN, C. (2012): “Mapas de la criminalidad y percepción de inseguridad”, en VV.AA. *Urbanismo inclusivo: Las calles tienen género*, Ed. Vitoria: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- (2013): “Criminología Ambiental: Un área en expansión”, en *Revista Europea e Iberoamericana de pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia y Política y Criminología*, 1 (1), 33-38.

II.7.4. Artículos en publicaciones extranjeras

- ARANA, X.; HOGG, A. (2013): “Drug Policy and the Ultima Ratio in a Social and Democratic State, Spain”. *Oñati Socio-legal Series* [online], 3 (1), 135-153. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2200886>
- DE LA CUESTA, J. L. “Tratamiento de la delincuencia organizada en España: en particular, tras la reforma penal de 2010”, en *Revista Criminalidad*, vol.55, 1, enero-abril 2013, pp. 81-98; para una versión reducida en francés ver contribución a libros colectivos núm.100).
- (2012): «Traitement juridique de la délinquance organisée en Espagne: en particulier, après la réforme pénale de 2010» en J. Pradel, J. Dallest, *La criminalité organisée. Droit français, droit international et droit comparé*, Lexis Nexis, pp. 419-432.
- (2013): “Peine de mort: vers l’abolition globale / Death Penalty towards Global Abolition”, ReAIDP-eRIAPL, 2013, A-01 (publicado también en Chino, 死刑:全球康除的起勢, en 對代刑事法掌新思潮: 高銘瞳教授、王作富教授人十五年誕暨駙袂執教六十周年 恭賀文集 (上下卷)/越秉志主, vol I, Beijing, 2013, pp. 444-450; publicado en español, en “Pena de muerte: hacia su abolición global”, *Nuevo Foro Penal*, 80, vol 9, enero-junio 2013, pp. 82-93; también en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, a.LV, n°77, 2013, pp. 111-121).
- (2013): “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas, RBCCrim*, a.21, 101, marzo-abril 2013, pp. 51-96.
- (2013): “O Direito Penal das Pessoas Jurídicas: A Reforma do Código Penal de 2010”, en *Direito Penal Econômico. Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, William Terra de Oliveira et al (organiz.), Ed. LiberArs Ltda, São Paulo, pp. 319-347 (en colaboración con Ana Isabel Pérez Machio).
- SAN JUAN, C. (2013): “Rethinking Psychosocial Interventions in Natural Disasters: Lessons from Holistic Ecocentrism”, *Journal of Religion*, 52(3), 1038-1047.
- , Ocáriz E. E. (2012): “Evaluation of Juvenile Justice Programmes: Procedure, Methodological Solutions and Interpretation of Results”, en VV.AA. *Adolescence: Roads to Whatever*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- , Vozmediano, L. y Vergara A. (2012): “Self-protective behaviours against crime in urban settings: An empirical approach to vulnerability and victimization models”, *European journal of Criminology*, 9 (6), 652-667.

II.7.5. Otras publicaciones

Compilaciones

DE LA CUESTA J. L., (2012): *Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926-2009)*, (a cargo de José Luis de la Cuesta e Isidoro Blanco Cordero), Ed. Erès, Mercués, Toulouse.

Traducciones

PÉREZ MACHÍO, A. I. (2013), traducción del capítulo de libro “Capítulo 7: Buen Orden”, en *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea. Penología y Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 394-468.

— (2013), traducción del capítulo de libro “Capítulo 8: Puesta en libertad”, en *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea. Penología y Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 469-508.

VAN ZYL SMIT, D.; SNACKEN, S. (2013): traducción y adecuación a la normativa española realizada por la investigadora Isabel Germán de “Contexto y marco teórico”, en *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea. Penología y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 83-145.

—; — (2013): traducción y adecuación a la normativa española realizada por la investigadora Isabel Germán de “El contacto con el mundo exterior” en *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea. Penología y Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pps. 337-402.

Otras

LABACA, M. L., GERMÁN, Isabel, HERNANDO, I. (2013): “Análisis, desde la experiencia en el Grado de Derecho, de la dirección de los trabajos fin de grado: reflexiones críticas para optimizar resultados”, en J. Bermúdez, J. M. Blanco y M. Maritxalar (eds.) *Irakaskuntza Esperientzien Elkartruckerako Jardunaldiak. Jornadas de Intercambio de Experiencias Docentes*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco.

VOZMEDIANO L., ISASI X., VERGARA A., GOROSTIAGA A. & LERTXUNDI N. (2012). Cómo llegar a ser el “fichaje estrella” de los equipos de investigación. *IKD baliabideak 4*. <http://cvb.ehu.es/ikd-baliabideak/vozmediano-04-2012.htm> publicación del Vicerrectorado de Calidad de Calidad e Innovación Docente de la UPV/EHU.

II.8. BECAS DE INVESTIGACIÓN/COLABORACIÓN

Miren Odriozola Gurruchaga, Licenciada en Derecho por la UPV/EHU continúa con la beca de formación de investigadores del Gobierno Vasco para la preparación de su tesis doctoral, cuyo tema versa sobre el “delito de genocidio”. Departamento de Derecho Público.

Nerea Martín Fernández, licenciada en Psicología por UPV/EHU continúa de la misma manera con la beca predoctoral de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), para el estudio de la “agresión sexual”. Departamento de Psicología Social y Metodología. CC. del Comportamiento.

Así mismo obtuvieron para el curso 2012-2013 una beca de colaboración del Gobierno Vasco, **Alexander Trinidad Pascual** adscrito al Dpto. de Psicología Social y Metodología CC. del Comportamiento y **Josebe Zarautz adscrita** al Dpto. de Derecho Público y, **por parte del Ministerio de Educación, Mikel Subiza Pérez y Andrea Perez Lacarra** adscritos ambos también al Dpto. de Psicología Social y Metodología Ciencias del Comportamiento.

II.9. PREMIOS DE INVESTIGACIÓN CONCEDIDOS POR EL IVAC-KREI

II.9.1. Premio Jean Pinatel

El premio de investigación *Jean Pinatel 2012* fue concedido al siguiente trabajo de investigación “Suspensión especial para drogodependientes ¿Existen posibilidades para una mayor aplicación? Obstáculos y Orientaciones de Futuro”. Autora: **Nahia Zorrilla**, Licenciada en Psicología por la Universidad de Deusto y Máster en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra, Universidad Autónoma de Barcelona y Universidad de Girona.

II.9.2. Premio de Investigación Victimológica “Antonio Beristain”

La Cátedra “Antonio Beristain”, del Instituto Vasco de Criminología (IVAC), y el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, con el fin de promover e impulsar la investigación realizada en el ámbito de la Victimología convoca el II Premio de investigación victimológica “Antonio Beristain” al mejor trabajo científico que contribuya a comprender y mejorar los conocimientos relacionados con esta disciplina. El premio está dirigido a jóvenes investigadores que deseen desarrollar su actividad investigadora en el campo de la ciencia victimológica, con especial atención a las víctimas del terrorismo.

En el marco del II Encuentro Internacional en homenaje al Prof. Dr. Dr. *h.c.* Antonio Beristain, sobre “*Tutela judicial efectiva frente a la impunidad. Aportaciones desde la Justicia victimal*”, que tuvo lugar el 8 de noviembre 2012, se hizo entrega del II Premio de investigación victimológica “Antonio Beristain”, patrocinado por el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco y otorgado a **D. Javier Martín Peña** (Universidad de Zaragoza. INVICTUS Investigación, Universidad de Barcelona), por su trabajo sobre “**Amenazados de Eta en Euskadi: Una aproximación al estudio científico**”.

II.10. OTROS

La investigadora del IVAC-KREI, **Miren Odriozola Gurrutxaga**, obtiene el segundo premio de la I Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Penal Internacional en la categoría de hasta 35 años, por su ensayo “Aspectos relativos a la aplicación del artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma”. Su trabajo será publicado en el próximo número de la revista *Perspectiva Ibero-Americana de la Justicia Penal Internacional*, publicada por la Universidad del Rosario de Colombia, Editorial Tirant lo Blanch y el IIHH.

El pasado 6 de junio de 2013 se concedió la Prof. Dr. **Francisco Etxeberria Gabilondo** el Premio Eusko Ikaskuntza-Laboral Kutxa de Humanidades, Cultura, Artes y Ciencias Sociales 2013, por su relevancia de la investigación, además de su amplia trayectoria docente, su participación en proyectos conjuntos como la Carta Arqueológica de Gipuzkoa y su estudio de las desapariciones de fosas comunes de la Guerra Civil española.

El 8 de marzo de 2013 la investigadora Dra. **Gema Varona Martínez** superó el concurso de acceso a la plaza como Personal Doctor Investigador Permanente, en el área de conocimiento Derecho Penal adscrita al Instituto Vasco de Criminología celebrada en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho posesión el 4 de abril de 2013.

III. ACTIVIDADES DOCENTES, JORNADAS Y CONGRESOS

III.1. TÍTULOS PROPIOS

III.1.1. Título propio de postgrado de especialista en asistencia a las víctimas de experiencias traumáticas (curso 2012-2013)

Este Título Propio de Postgrado, organizado por el IVAC-KREI bajo la dirección de las Profesoras **Virginia Mayordomo** y **M^a Soledad Cruz**, cuenta con el apoyo de las Direcciones de Víctimas del Terrorismo y de Derechos Humanos del Gobierno Vasco.

Presentación del curso: La investigación y la docencia desarrolladas sobre los problemas psicológicos y sociales de las víctimas de sucesos traumáticos han sido muy escasas hasta la fecha. Se ha prestado una mayor atención a los delincuentes que a las víctimas. Esta circunstancia ha hecho que los profesionales que trabajan en relación con las víctimas carezcan de una formación profesional rigurosa. El título de especialista trata de cubrir este hueco y de aportar una formación profesional y práctica rigurosa desde una perspectiva multidisciplinar. Está dirigido a estudiantes recién licenciados que quieran encaminar sus pasos por el ámbito de la victimología o a profesionales que, de una manera u otra, están en contacto con las víctimas y que quieren ampliar sus conocimientos para ayudarlas de una forma más efectiva.

Objetivos:

- Formar a los asistentes en el campo de la asistencia a víctimas de sucesos o experiencias traumáticas, ofreciendo una visión integradora de la actuación necesaria, que incluya medidas de intervención psicológica, médica, social y legal.
- Analizar las consecuencias psicológicas de los sucesos traumáticos en función del tipo de acontecimiento y de las diferencias individuales y sociales de las víctimas.
- Enseñar a los alumnos a detectar y a evaluar los problemas psicológicos de las víctimas, así como a analizar sus recursos psicológicos.

- Establecer los objetivos terapéuticos a corto y largo plazo en la intervención con las víctimas.
- Formar a los asistentes en los programas de intervención terapéutica en el ámbito de la atención integral a las víctimas.
- Dar a conocer las redes de apoyo psicológico, social y sanitario a las víctimas en el País Vasco.
- Enseñar a los alumnos la legislación básica en el ámbito de asistencia a las víctimas.

Titulación académica requerida para el acceso al título propio de posgrado:

Titulaciones de 2º ciclo: Licenciatura en Psicología, Psicopedagogía. Licenciatura en Derecho y Grado en Criminología.

Titulaciones de 1º ciclo: Diplomatura en Educación Social, Trabajo Social. Sociología, Ciencias de la Información y Enfermería.

Para poder obtener este Título Especialista de Universidad, es obligatorio la superación de los 31,4 créditos que lo componen y, que se distribuyen de la siguiente manera:

- 24,4 créditos de clases presenciales/seminario on line.
- 7 créditos del trabajo final del Título

En cuanto al porcentaje de asistencia exigido es de un 70% en cada módulo.

En el curso 2012-2013 que finalizó el pasado 30 de julio, se matricularon 26 alumnas, 22 superaron el postgrado, 4 de las cuales obtuvieron *mención de excelencia*.

Por tercer año consecutivo, se han establecido convenios con algunas instituciones y organismos con el fin de que aquellos/as alumnos/as que estuvieran interesados/as pudieran completar su formación con un periodo de prácticas.

En relación a los convenios de prácticas, señalar que además de los existentes se ha suscrito uno nuevo con la Audiencia Provincial de Gipuzkoa.

Han sido un total de 14 alumnas las que han desarrollado sus prácticas durante este curso 2012-2013: 7 de ellas en la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, 4 en los diferentes Servicios de Asistencia a la Víctima: 2 en San Sebastián, 1 en Vitoria y 2 en el de Bilbao, 1 en el Servicio de Infancia, Adolescencia y Juventud de la Diputación Foral de Gipuzkoa y, por último, 1 alumna en el centro LAUKA de Estudios e Intervenciones Psicológicas.

III.1.2. Título propio de gestión de seguridad y emergencias (curso 2012-2013)

El Título de *Grado en Gestión de Seguridad y Emergencias* es un título propio de la UPV/EHU, gestionado desde la Escuela de Ingeniería de Eibar, destinado a las personas interesadas en la gestión integral del riesgo, la seguridad pública y las

emergencias y pretende formar a profesionales que se incorporen en cualquiera de las áreas en que se necesita un conocimiento profundo de la gestión del riesgo: seguridad pública, privada o técnica. Habida cuenta del peso específico que las materias relacionadas con la Criminología ostentan a lo largo de los tres años en los que se desarrolla, la codirección del Curso corre a cargo del IVAC-KREI y en su seno la asume la Prof^a. **Ana I. Pérez Machío**.

Impartieron docencia en este grado durante el curso académico 2011-12 los siguientes profesores miembros del IVAC-KREI: Alberto Saiz, Ana I. Pérez, César San Juan José Luis de la Cuesta, Gemma Varona, Ignacio Muñagorri, Iñaki Subijana, Isabel Germán, Laura Pego, Leyre Hernández, Miguel Alonso, Norberto de la Mata y Virginia Mayordomo

III.2. CURSOS DE FORMACIÓN

III.2.1. Taller de iniciación a la actividad investigadora

El Instituto Vasco de Criminología organizó un curso de formación “Taller de iniciación a la actividad investigadora” dirigido al PDI, PIF, PIC y estudiantes de postgrado y PAS dedicados a labores de gestión de la investigación. El curso fue impartido por SGIker (Servicios Generales de Investigación de la UPV/EHU) en la Escuela Politécnica de San Sebastián, los días 6,7,20 y 21 de marzo de 2013, con una duración de 20 horas y en el que participaron: Alexander Trinidad, Andrea Pérez, Borja Luque, Estefanía Ocáriz, Estibaliz Zubialde, Gemma Varona, Mikel Subiza, Isabel Germán, Izaskun Orbegozo, Izaskun Porres, Xabier Arana y Terese Aizpurua.

III.2.2. Workshop Restorative Justice in Terrorist Victimisations (Oñati)

Durante los días 11 y 12 de abril de 2013 el Instituto Vasco de Criminología organizó el workshop *Restorative Justice in Terrorist Victimisations* en colaboración con el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati y que tuvo lugar en el en citado Instituto. Coordinado por los miembros del IVAC-KREI, **José Luis de la Cuesta, Ana Isabel Pérez Machío, Virginia Mayordomo y Gemma Varona**.

III.2.3. Curso de verano

En el marco de *Cursos de Verano 2013* y, bajo la dirección del Prof. Dr. Juan Ignacio Ugartemendia y la Prof. Dra. del IVAC-KREI Ana I. Pérez Machío, se impartió el curso de verano titulado “Armonización Penal en Europa”. Este curso tuvo lugar en el Palacio Miramar de San Sebastián los días 4, 5 y 6 de septiembre de 2013.

III.2.4. Jornada

Jornada “Casos que han creado doctrina en Derecho Penal” en jornada subvencionada por el Vicerrectorado del Campus de Bizkaia de la UPV/EHU, en colaboración con el IVAC-KREI, celebrada en Leioa el 25 de abril de 2013.

IV. OTRAS ACTIVIDADES ACADÉMICAS

IV.1. IMPARTICIÓN CONFERENCIAS, JORNADAS, SEMINARIOS Y CURSOS

Como sería muy extenso referirnos a todas las conferencias, jornadas y seminarios impartidos, destacar por ello los países en los que se han desarrollado estas actividades en el ámbito internacional: Amsterdam, China, Croacia, México, Rumanía, y Turquía.

IV.2. ESTANCIAS DE PROFESORES E INVESTIGADORES DEL IVAC-KREI EN OTRAS UNIVERSIDADES

El investigador Dr. **Xabier Arana Berastegui**, realizó una estancia investigadora desde el 4 al 14 de mayo de 2013 en la *Facultade de Direito da Universidade de Sao Paulo* (Brasil) para participar como docente en el Postgrado de Derecho y en el Grado de Derecho que imparte dicha facultad.

La profesora Dra. **Ana Isabel Pérez Machío** realizó una estancia investigadora en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. San Salvador, El Salvador. Estancia de investigación de dos semanas, como profesora invitada con la finalidad de impartir clases de Criminología en la Maestría que lleva por título “Derecho Penal Constitucional”, del 29 de abril al 10 de mayo de 2013.

Así mismo, desde el 15 de julio hasta el 28 de agosto del 2013, estuvo en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

Por su parte la doctoranda del IVAC Izaskun Orbegozo Oronoz, realiza una estancia de investigación en el Centro de Documentación e investigación europea (CDRE) de la Universidad de Pau y los países del Adour, del 12 de Noviembre al 13 de Diciembre 2012, con el fin de estudiar el delito de trata de personas y prostitución en Francia.

IV.3. OTRAS ACTIVIDADES Y CONVENIOS

Participación del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua en la evaluación científico-técnica de diversos proyectos de investigación del *Plan Nacional sobre Drogas* (investigador Dr. Xabier Arana Berastegui).

A principios del 2013 se suscribió un convenio entre el IVAC-KREI y la Facultad de Derecho, que permitirá que los/las alumnos/as de último curso del Grado en Criminología puedan realizar prácticas en nuestro Instituto. Durante este verano lo han hecho las alumnas Ane Corcuera Palacios y Cristina Gulías Ogando, con una duración de 250 horas, tutorizadas por la Prof^a. Ana Isabel Pérez Machío, e instruídas por el investigador del IVAC-KREI Dr. Xabier Arana Berastegui y la investigadora Dra. Estefanía Ocáriz Passevant.

El pasado 12 de julio se firmó un convenio Marco de Colaboración entre el Instituto Vasco de Criminología y el **Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales, BBCRIM**, para el desarrollo de estudio conjuntos, intercambio y cooperación en el

campo de la docencia, formación de estudiantes e investigación de acuerdo con los términos en él establecidos y dentro del marco de colaboración Cultural y Científico, establecido entre los dos países.

V. RELACIONES INTERNACIONALES E INSTITUCIONALES

En el marco internacional, el Instituto mantiene relaciones de colaboración estables con Institutos universitarios de Criminología europeos, con la Sociedad Internacional de Criminología y otras asociaciones de prestigio en el área de su actividad, potenciando así su presencia europea, y su integración en redes de investigación internacionales.

El Prof. **José Luis de la Cuesta** es miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología (desde 1994, continua en la actualidad) y Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, cargo que ocupa desde el 19 de septiembre 2004.

El Prof. **César San Juan** es Miembro de la Comisión científica de la Sociedad Internacional Criminológica, desde el año 2006, así como del Consejo de Dirección de la Sociedad Española de Investigación Criminológica. Labor que compagina con la Dirección de la Revista Española de Investigación Criminológica. Así mismo fue nombrado Presidente de la Sociedad Española Criminológica (SEIC) durante la Asamblea General, celebrada el 30 de junio de 2011.

El IVAC-KREI dispone en la biblioteca Universitaria del Centro Carlos Santamaría de una sección dotada de un importante volumen de publicaciones relacionadas con la Criminología. En ella podemos encontrar textos provenientes de una gran variedad de disciplinas: Derecho, Psicología, Filosofía, Antropología, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Medicina Forense, Medio Ambiente, etc.

Además, el IVAC-KREI mantiene relaciones de intercambio bibliográfico con otros centros docentes e investigadores de numerosos países de América y Europa.

VI. CÁTEDRA ANTONIO BERISTAIN

La Cátedra “Antonio Beristain”, creada en 2010 como un departamento específico en el seno del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua, que él mismo fundara en la década de los 70 y del que fuera su Director hasta el año 2000 (Director Honorario a partir de entonces). Busca perpetuar la memoria de nuestro Maestro y fundador, el Prof. Dr. h. c. Antonio Beristain Ipiña, así como proseguir su labor a favor de las víctimas a las que dedicó con mayor intensidad la última etapa de su vida universitaria.

Para ello, la Cátedra se ocupa de recopilar y difundir, a través de su página Web, entre otros medios, los trabajos, escritos, libros, artículos, del Profesor Antonio Beristain, reflejo de su ingente tarea investigadora y docente.

Igualmente, a través de la Cátedra se promueven actividades académicas relacionadas con la Victimología tanto en el plano docente (el título de Especialista en asistencia a las víctimas de experiencias traumáticas y otras) como en el plano investigador y de extensión universitaria.

La “Cátedra Antonio Beristain” establecerá relaciones y alianzas con todo tipo de instituciones, entidades, organismos, etc., activos en el plano victimológico, con objeto de contribuir a la promoción y desarrollo de estudios, investigaciones y actividades científicas en la materia.

En el seno del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua, la responsable de la “Cátedra Antonio Beristain” es la Dra. Virginia Mayordomo Rodrigo (virginiavictoria.mayordomo@ehu.es), Profesora Agregada de Derecho Penal y Secretaria Académica del Instituto. Junto a la Profesora Virginia Mayordomo, colaboran, como Secretaria Académica, la Dra. Isabel Germán Mancebo (isabel.german@ehu.es), Investigadora en el IVAC-KREI y miembro de su Consejo de Dirección, e Inmaculada Iraola (inmaculada.iraola@ehu.es), Miembro de Honor del IVAC-KREI, como Secretaria de la “Cátedra Antonio Beristain”.

El Consejo Asesor de la Cátedra está conformado por el Dr. Ignacio José Subijana Zunzunegui, Doctor en Derecho y Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, y la Dra. Gema Varona Martínez, Doctora en Derecho e Investigadora en el IVAC-KREI.

En el Consejo de Dirección del Instituto Vasco de Criminología, en su reunión del 14 de junio de 2013, acordó la incorporación de la Prof^a. Isabel Trespaderne, Doctora en Derecho, Profesora de la Escuela de Enfermería UPV/EHU, y Secretaria Académica del IVAC-KREI como Miembro del Consejo Asesor de la Cátedra Antonio Beristain.

Asimismo, colaboran en la Cátedra D. Miguel Alonso Belza, abogado y Miembro de Honor del IVAC-KREI, como responsable de relaciones con las Instituciones y los medios de comunicación, e Izaskun Orbeagoz Oronoz, investigadora del IVAC-KREI, en el área de coordinación de la Cátedra.

VI.1. ACTIVIDADES DOCENTES

VI.1.1. II Encuentro en Homenaje al Prof. Dr. Dr. *h.c.* Antonio Beristain: “Tutela Judicial efectiva frente a la impunidad, aportaciones desde la Justicia Victimal” - Programa

*9:00-9:30 **Presentación**

Prof. Dr. D. José Luis de la Cuesta Arzamendi, Director del Instituto Vasco de Criminología. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Prof. Dr. D^a Virginia Mayordomo Rodrigo, Profesora Agregada de Derecho Penal de la UPV/EHU, Directora de la Cátedra “Antonio Beristain”.

9:30-11:00 **“El derecho al acceso a la Justicia y a una respuesta efectiva en el Marco Internacional e interno”**

Moderador: José Luis de la Cuesta, Catedrático de Derecho Penal UPV/EHU.

Prof. Dr. D. Carlos Fernández de Casadevante, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

Prof. Dr. D. Reynald Ottenhof, Catedrático emérito. Universidad de Nantes.

Prof. D. Sérgio Salomão Shecaira, Facultad de Derecho. Universidad de Sao Paulo. Brasil.

Debate**11:00-11.30 Pausa****11:30-13:00 “Las tensiones entre la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de los derechos de las víctimas y la lógica del Derecho Penal (atenuante de dilaciones indebidas, prescripciones e indultos)”**

Moderador: Ignacio Muñagorri, Catedrático de Derecho Penal. UPV/EHU. Subdirector del Instituto Vasco de Criminología.

Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Ilmo. Sr. D. Ignacio Subijana, Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa.

Prof. Dr. D. Luis Arroyo Zapatero, Catedrático de Derecho Penal. Rector H. de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Debate**13:00-14:00 Concesión del II Premio de Investigación Victimológica “Antonio Beristain”****Presentación del trabajo galardonado**

Prof. Dr. D. José Luis de la Cuesta Arzamendi, Director del Instituto Vasco de Criminología, UPV/EHU.

Ilma. Sra. D^a. Sonia Ramos Piñeiro, Directora General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior.Excma. Sr^a. D^a. Isabel Celaá, Consejera de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco.**16:30-18:30 “Garantías de acceso a la Justicia para las Víctimas desde la perspectiva de la Justicia restaurativa, la justicia procedimental, y la justicia terapéutica”**

Moderador: César San Juan, Subdirector de investigación del Instituto Vasco de Criminología. Presidente de la SEIC.

Prof. Dr. D. Enrique Echeburúa, Catedrático de Psicología Clínica de la UPV/EHU.

Prof^a. Dr^a. Gema Varona Martínez, Investigadora Instituto Vasco de Criminología, Universidad del País Vasco.Sr^a D^a Teresa Díaz Bada, Presidenta del Foro contra la impunidad.Sr^a D^a Maite Pagazartundua. Presidenta de la Fundación Víctimas del terrorismo**Debate****18,30-19:00 Pausa****19:00 Lección inaugural del Curso del IVAC-KREI y clausura del II Encuentro.**

VI.2. PUBLICACIONES EN MEMORIA DEL PROF. Dr. Dr. h.c. ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

AA. VV., *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 26, “*Hacia una Justicia Victimal. Encuentro Internacional en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain*”, 2012, p. 286.

VI.3. BIBLIOTECA ON-LINE DEL PROF. Dr. Dr. h.c. ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

El objetivo prioritario de esta Cátedra es recopilar y difundir a través de su página Web (<http://www.ehu.es/catedra-antonioberistain>) los trabajos, escritos, libros, artículos del Prof. Beristain, reflejo de su ingente tarea investigadora y docente.

Actualmente se encuentran ya disponibles todos sus artículos, presentaciones, dedicatorias, etc. que fueron publicados en la Revista *Eguzkilore*, además del libro homenaje a él dedicado “*Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*” y algunos de los libros editados, o compilados por él.

VI.4. LIBROS DEDICADOS A LA MEMORIA DEL PROF. Dr. Dr. h.c. ANTONIO BERISTAIN, A TÍTULO PÓSTUMO

Juan Federico ARRIOLA (2012), *Criminología. Factores criminógenos y políticas públicas para la prevención de conductas antisociales*, Ed. Trillas, México, pp. 256.

VI.5. ACTOS, EVENTOS, HOMENAJES, ETC., EN RELACIÓN CON EL PROF. Dr. Dr. h.c. ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

La Asociación Nacional de Guardias Civiles “Marqués de las Amarillas” concedió la Mención Honorífica “Categoría Oro” a la Cátedra Antonio Beristain Ipiña.

El solemne acto de entrega tuvo lugar el 1º de Junio de 2013, en Sarón, Cantabria, en el marco del “V Homenaje a las Víctimas del Terrorismo y en acto de Servicio de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad”. La citada distinción fue recogida por la Prof^a. Dr^a. Virginia Mayordomo, Directora de la Cátedra “Antonio Beristain” y Profesora de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

VI.6. PREMIOS INSTITUIDOS PARA HONRAR SU MEMORIA

VI.6.1. II Premio de Investigación Victimológica Antonio Beristain 2012

En el marco del II Encuentro en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Antonio Beristain “*Tutela judicial efectiva frente a la impunidad. Aportaciones desde la Justicia Victimal*”, celebrado en Donostia-San Sebastián, el 8 de noviembre de 2012, se hizo entrega del *II Premio de investigación victimológica “Antonio Beristain”*, en su edición de 2012.

El Premio fue otorgado a **D. Javier Martín Peña** (Universidad de Zaragoza. INVICTUS Investigación. Universidad de Barcelona), por su trabajo sobre

“Amenazados de Eta en Euskadi: Una aproximación al estudio científico de su victimación”.

El Premio de investigación victimológica “Antonio Beristain”, otorgado por el Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua, y patrocinado por el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, tiene como finalidad principal promover e impulsar la investigación realizada en el ámbito de la Victimología. El premio está dirigido a jóvenes investigadores que deseen desarrollar su actividad investigadora en el campo de la ciencia victimológica, con especial atención a las víctimas del terrorismo.

VI.6.2. Convocatoria del III Premio al mejor trabajo de Investigación Victimológica “Antonio Beristain”

La Cátedra “Antonio Beristain”, del Instituto Vasco de Criminología (IVAC), y el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, con el fin de promover e impulsar la investigación realizada en el ámbito de la Victimología convoca el III Premio de investigación victimológica “Antonio Beristain” **2013** al mejor trabajo científico que contribuya a comprender y mejorar los conocimientos relacionados con esta disciplina. El premio está dirigido a jóvenes investigadores que deseen desarrollar su actividad investigadora en el campo de la ciencia victimológica, con especial atención a las víctimas del terrorismo.

Bases (2013):

- Podrá presentarse cualquier investigador de hasta 40 años.
- Los trabajos podrán ser presentados en castellano, euskera, inglés o francés, y tendrán una extensión de 30 a 50 hojas en Times New Roman 12, interlineado de 1'5.
- Serán enviados 6 ejemplares del trabajo por correo certificado a la sede del IVAC, Centro Carlos Santamaría Zentroa, Elhuyar plaza, 2, 20018 Donostia-San Sebastián, además de una copia por correo electrónico a la secretaria del IVAC: ivac@ehu.es
- El IVAC tendrá el derecho de publicar el trabajo premiado en la revista Eguzkilore para lo cual su autor facilitará un ejemplar del mismo en soporte informático, pudiéndose declarar el premio desierto.
- El jurado estará formado por el Consejo de Dirección del IVAC y un miembro delegado del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco. Si por proximidad, o por haber realizado alguna colaboración, algún miembro del jurado tuviera relación con un participante, no tendrá ni voz ni voto en la valoración del mismo.
- Tomar parte en esta convocatoria implica renunciar a cualquier acción judicial o extrajudicial contra el veredicto del jurado que será, por tanto, inapelable. La presentación del trabajo implica la aceptación de sus bases.
- El plazo para la presentación de los trabajos es el 15 de octubre de 2013.

- El premio está dotado con 2.400 euros.

VI.7. OTROS

Parece oportuno recordar aquí otros premios e iniciativas desarrollados para perpetuar la Memoria de Antonio Beristain, que la Cátedra apoya con entusiasmo:

- Premio Extraordinario Antonio Beristain Ipiña de Victimología a la Excelencia humanística e investigadora, de la Fundación de Victimología (Universidad de Murcia).
- Premio en Criminología Antonio Beristain, para el fomento de plazas a titulados en Criminología, instituido por la Federación de Asociaciones de Criminólogos de España (FACE) y la Sociedad Española de Investigación Criminológica (SEIC).
- Otras Cátedras dedicadas al Prof. Dr. Dr. *h.c.* Antonio Beristain:
 - **Cátedra** “Antonio Beristain” de Estudios sobre el Terrorismo y sus Víctimas. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid.
 - **Cátedra** Internacional de Victimología “Antonio Beristain Ipiña”. Fundación Victimología. Universidad de Murcia.
 - **Cátedra** Antonio Beristain –Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua. Universidad del País Vasco. UPV/EHU.
 - **Extensión de la de la Universidad de Occidente de Guatemala:** La Universidad de Occidente de Guatemala ha rendido un sentido homenaje a Antonio Beristain Ipiña (1924-2009) y le ha dado su nombre a una de sus Extensiones. Con ello, pretende reconocer a quien fuera “maestro pensador con múltiples trabajos y escritos, dedicados al Derecho penal, Política Criminal, Criminología y Victimología, así como por su compromiso contra la situaciones injustas y a favor de los derechos humanos, y por su defensa de los derechos de los presos y estudios profundos sobre la macrovictimación terrorista”.

VII. MISCELÁNEA

VII.1. ACTO COMIENZO DE CURSO ACADÉMICO 2012-2013

El **Acto de comienzo de Curso Académico 2012-2013** tuvo lugar en el *Auditorio Antonio Beristain* de la nueva sede del IVAC-KREI del centro Carlos Santamaría de San Sebastián, el 8 de noviembre de 2012 a las, a las 19:00 horas, con la participación de:

- Prof. Dr. D. José Luis de la CUESTA, Director del Instituto Vasco de Criminología.
- Ilmo. Sr. D. Miguel BUEN, Viceconsejero de Seguridad del Gobierno Vasco.

- Prof. Dr. D. Stephan Parmentier del Instituto de Criminología de la Universidad de Lovaina.
- Sra. D.^a Cristina URIARTE, Vicerrectora del Campus de Gipuzkoa UPV/EHU.

Tras la lectura de un resumen de la Memoria de actividades del IVAC-KREI, realizada por la Prof.^a. D.^a. Isabel Trespaderne, Secretaria Académica del Instituto, tuvo lugar la conferencia del **Prof. Dr. D. Stephan Parmentier** del Instituto de Criminología de la Universidad de Lovaina. Secretario General de la Sociedad internacional de Criminología, que llevó por título “*La contribución del Prof. Tony Peters a la Victimología*” en homenaje al *Prof. Dr. Tony Peters* (1941-2012), Miembro de Honor del Instituto Vasco de Criminología y Dr. Honoris Causa por la Universidad del País Vasco.

En el transcurso de este acto se procedió al nombramiento de Miembro de Honor del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutua, a **D.^a Inmaculada Iraola Piñuetaco**.

A continuación tuvo lugar la entrega del Premio Jean Pinatel 2012 por parte del Director de la KUTXA Fundazioa, D. Juan José Goya, al mejor trabajo de investigación Criminológica, patrocinado por esta entidad, a D.^a **Naia Zorrilla Martínez** por el trabajo “*SUSPENSIÓN ESPECIAL PARA DROGODEPENDIENTES ¿existen posibilidades para una mayor aplicación? Obstáculos y Orientación de Futuro*” patrocinado por esta institución.

El acto finalizó con la intervención de la Sra. D.^a Cristina URIARTE, Vicerrectora del Campus de Gipuzkoa UPV/EHU.

VII.2. NOMBRAMIENTOS

El 31 de octubre de 2012 la Prof.^a. Dra. **Virginia Mayordomo Rodrigo**, Secretaria Académica del IVAC-KREI, Secretaria Académica del Instituto hasta la fecha, fue nombrada Secretaria Académica de la Facultad de Derecho cargo que desempeña en la actualidad. En su lugar se nombró a la Prof.^a Dra. **Isabel Trespaderne Beracieto**, nueva Secretaria Académica del Instituto.

Así mismo, en la misma fecha, la Prof.^a. Dra. **Ana Isabel Pérez Machío** fue nombrada Vicedecana de Ordenación Académica, Alumnado y Euskera de la misma Facultad.

VII.3. RENOVACIÓN CONSEJO DIRECCIÓN

Tras la celebración del proceso electoral, el pasado 18 de julio de 2013 fue renovado el Consejo de Dirección del IVAC-KREI, quedando constituido de la siguiente manera: José Luis de la Cuesta, Ana I. Pérez Machío, Francisco Etxeberria Gabilondo, Ignacio Muñagorri, Cesar San Juan, Virginia Mayordomo, por el estamento del PDI, Xabier Arana y Etefania Ocariz por el de Personal Investigador Contratado y Terese Aizpurua por el de PAS, resultando reelegido Director del Instituto, el Prof. Dr. **José Luis de la Cuesta Arzamendi** y la Prof.^a Dra. **Isabel Trespaderne Beracieto** Secretaria Académica.

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

EUSKO JAURLARITZA



GOBIERNO VASCO

HEZKUNTZA, HIZKUNTZA,
POLITIKA ETA KULTURA SAILA

SEGURTASUN SAILA

DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN,
POLÍTICA, LINGÜÍSTICA Y CULTURA

DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD