

Revista del
Ministerio
Fiscal

Número especial

40 años de Constitución Española

Perspectivas desde el Ministerio Fiscal



40 años de Constitución Española. Perspectivas desde el Ministerio Fiscal

Revista del Ministerio Fiscal, año 2018, número especial

NIPO Fiscalía General del Estado (papel): 056180122

NIPO Fiscalía General del Estado (pdf): 056160021

NIPO Ministerio de Justicia (papel): 051180463

NIPO Ministerio de Justicia (pdf): 051180479

Depósito Legal: M-37735-2018

Edita:

Fiscalía General del Estado

Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica

Diseño y maquetación:

Servicios Gráficos Kenaf, s.l.

Índice

Presentación MARÍA JOSÉ SEGARRA CRESPO	7
El Ministerio Fiscal y la protección de los consumidores y usuarios JUAN AGUIRRE SEOANE	13
Constitución, limitación del poder y corrupción JOSÉ MIGUEL ALONSO CARBAJO	31
La Constitución y el Fiscal contra la violencia de género MARÍA BOADO OLABARRIETA	49
El Ministerio Fiscal y la Constitución en su actuación en el ámbito contencioso-administrativo PEDRO CRESPO BARQUERO	67
Constitución Española y sistema penitenciario LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO	87
Neurociencia, Derecho penal y derechos fundamentales MARÍA ÁNGELES GARRIDO LORENZO	105
Influencia de la Constitución en la función tuitiva del Derecho del trabajo ASUNCIÓN GÓMEZ MARTÍN	129
Constitución y proceso de amparo constitucional. La actuación de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional ISABEL GUAJARDO PÉREZ	141
El Ministerio Fiscal y Constitución. Ámbito de extranjería LUIS LAFÓN NICUESA. BEATRIZ SÁNCHEZ ÁLVAREZ. D. JOAQUÍN SÁNCHEZ COVISA	159
El Ministerio Fiscal y la Constitución en su actuación en su función de protección de las víctimas del delito ALMUDENA LASTRA DE INÉS	179
El valor probatorio de las declaraciones realizadas en dependencias policiales a la luz del Derecho a la presunción de inocencia contenido en el Art. 24, 2 de la Constitución. Su repercusión en las sentencias dictadas entre los años 2007 y 2018 en la Audiencia Nacional contra miembros de la organización terrorista ETA ROSANA LLEDÓ MARTÍNEZ	199

El Ministerio Fiscal y la Constitución en su actuación en materia de protección y reforma de menores CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA	217
El Fiscal en la Constitución: intervención en el orden jurisdiccional civil JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA	241
El Ministerio Fiscal y la Constitución. En su actuación en materia de protección de las personas con discapacidad MARÍA ROSA RUBIO RAMOS	261
Ministerio Fiscal y Derecho penal en la Constitución ANA TÁRRAGO RUIZ	275
Ministerio Fiscal y defensa de la legalidad constitucional. Intervención en las cuestiones de inconstitucionalidad JESÚS JOSÉ TIRADO ESTRADA	295
El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Cuentas MIGUEL ÁNGEL TORRES MORATO	315
Constitución, medio ambiente y la correspondiente especialidad en el seno del Ministerio Fiscal ANTONIO VERCHER NOGUERA	335

Presentación

MARÍA JOSÉ SEGARRA CRESPO

Fiscal General del Estado

Se cumple este año el cuadragésimo aniversario de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. La aprobación de nuestra Carta Magna -sancionada ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978, ratificada por una amplísima mayoría de los votantes en referéndum universal celebrado el 6 de diciembre y publicada en el BOE el 29 de diciembre del mismo año-, dio inicio a un nuevo periodo de nuestro devenir colectivo caracterizado por la configuración del Estado como social y democrático de Derecho y la proclamación de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico. Celebramos pues la dilatada andadura de aquel pacto de convivencia ampliamente consensuado por la sociedad civil española que estuvo en el origen de nuestro texto constitucional, y su larga vigencia como vértice inspirador de un nuevo orden jurídico sobre el que descansa la secuencia de estabilidad política, social y económica más prolongada de nuestra historia. Con la presente publicación, el Ministerio Fiscal quiere sumarse a esta conmemoración, y rendir justo tributo a un diseño normativo que ha configurado al Ministerio Público como uno de los engranajes esenciales de nuestra arquitectura constitucional.

Incluido en el Título VI titulado «Del Poder Judicial», el artículo 124 de la Constitución de 1978 establece que:

«1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal».

Rompe así la Constitución vigente con la tradición de nuestro constitucionalismo histórico, pues, a excepción de la Constitución de 1931 en su artículo 104, ninguno de nuestros textos anteriores se había referido al Ministerio Fiscal, que desde 1978 y por mor de esta específica alusión, aparece dotado de un estatuto de permanencia en el tiempo y unos perfiles bien definidos que constituyen la base irrenunciable de su ulterior desarrollo estatutario. *Mutatis mutandi*, no faltan ejemplos en el Derecho comparado de esta configuración constitucional de la institución, pudiendo citarse, sin ánimo de exhaustividad, el artículo 112 de la Constitución italiana de 1947, los artículos 224 y siguientes de la Constitución portuguesa de 1976, el artículo 151 de la Constitución belga, el 6.11 de la sueca y el 30 del texto irlandés de 1937.

La incidencia de la Carta Magna en la definición de los ejes esenciales de actuación del Ministerio Fiscal, junto con la entrada en vigor de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y la reforma de este último operada por Ley 24/2007, de 9 de octubre -promovida e inspirada desde el propio Ministerio Fiscal-, han supuesto lo que sin duda puede calificarse como de auténtica refundación del Ministerio Público, implicado desde entonces en un necesario e imparable proceso de reordenación de sus coordenadas funcionales y organizativas con arreglo a criterios que, en último término, han contribuido a reforzar la autonomía de la institución y su progresiva modernización, todo ello en el marco del principio de unidad de actuación y con el ineludible telón de fondo del respeto y defensa de la legalidad, el servicio a la ciudadanía y la tutela del interés público.

La previsión constitucional del artículo 124 y la ulterior concreción estatutaria de la propia institución permiten afirmar que, a día de hoy, la autonomía funcional del Ministerio Fiscal español goza de un nivel de reforzamiento muy superior al de la mayoría de los países de nuestro entorno. En este sentido, resulta muy significativa la reforma del Estatuto operada en el año 2007 que, entre otros cambios trascendentales, modificó el régimen de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado, estableciendo, según destaca el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 24/2007, «...*las nuevas garantías adicionales en su regulación, respetando en todo caso el sistema de designación que se regula en el artículo 124 de la Constitución. En este sentido, el candidato a Fiscal General propuesto por el Gobierno, tras la preceptiva audiencia del Consejo General del Poder Judicial, debe someterse a una comparecencia ante una Comisión del Congreso de los Diputados antes de ser nombrado por el Rey. Al tiempo, la introducción de causas objetivas de cese constituye una garantía del margen de autonomía del Fiscal General al desaparecer la libre decisión de cese sin causa por parte del Ejecutivo*».

Prevé la Constitución española cuatro grandes facetas funcionales en las que interviene el Ministerio Fiscal: la defensa de la legalidad democrática como la más alta expresión de la voluntad popular; el deber de velar por el interés público y social; la defensa de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos, y la función de velar por la independencia del Poder Judicial, principalmente a través de su actividad promotora de la jurisdicción, o, en palabras del propio texto constitucional, mediante la *promoción de la acción de la justicia*, y muy especialmente en el contexto del ejercicio de la acción penal como ámbito -no exclusivo pero sí primordial-, de su actividad diaria. Aparece así el Ministerio Público doblemente vinculado a la defensa de la legalidad, por cuanto constituye uno de sus principales objetivos y el límite de su actuación; su misión esencial y el principio que delimita su actividad y la de todos y cada uno de sus integrantes. El resto de aquellas funciones que le son atribuidas, resultan, por lo demás, inherentes a esa cualidad de defensor de la legalidad.

El artículo 124 de la Constitución encuentra su correlativo en los artículos 1 y 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en los que también se alude a los derechos fundamentales y las libertades públicas recogidos en el Título I de la propia Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional, intérprete último de la norma vértice de nuestro ordenamiento, en su Sentencia nº 86/1985, de 10 de julio, ya afirmó que *«la legitimación para recurrir en amparo que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal en el apartado 1.b) de su artículo 162 y que aparece igualmente recogida en el punto 1.b) del artículo 46 de la L.O.T.C. se configura como un «ius agendi» reconocido a este órgano en mérito de su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el artículo 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional el Ministerio Fiscal, defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos»*

Enlazando con lo anterior, y según prevé el apartado 2 del propio artículo 124 de la Constitución, el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones con sujeción al principio de imparcialidad. El artículo 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece además que, *por el principio de imparcialidad, el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados*. Esta intervención del fiscal como *«parte procesal imparcial»* (según terminología acuñada por el Tribunal Constitucional en su Auto nº 63/1997, de 6 de marzo, SP/AUTRJ/935594), constituye uno de los pilares de la actuación del Ministerio Público. Fruto de la evolución de los últimos años, se habla ahora del *principio de imparcialidad colectivamente reflexionada*, aludiendo así a los cauces participativos a través de los cuales, los fiscales pueden incidir en la determinación de los criterios de actuación de la institución a la que sirven.

Ha sido también la Constitución de 1978 la que, después de algún otro intento anterior de vigencia muy exigua, consagra de forma indubitada en su artículo 14 el principio de igualdad como criterio inspirador de cualquier otra norma de nuestro ordenamiento jurídico y de la propia acción de los poderes públicos. El aludido precepto constituye el eje central de la salvaguarda jurídica de la propia igualdad, y se ve complementado por las previsiones del artículo 9.2 del propio texto constitucional, en la medida en que impone a los poderes públicos la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas. La Fiscalía ha estado siempre firme y proactivamente comprometida con la defensa de la igualdad a todos los niveles y en todos los órdenes jurisdiccionales, muy especialmente en el ámbito de la lucha contra la lacerante lacra de la violencia contra la mujer y los menores en el contexto familiar. El Ministerio Fiscal participa decisivamente en todos los ámbitos de colaboración institucional vigentes y, en el ejercicio de sus facultades auto-organizativas, ha incrementado de forma sensible la dedicación de medios personales y materiales de las diferentes fiscalías con el fin de dar cumplida respuesta a un fenómeno criminal que golpea aun hoy con dramática frecuencia la línea de flotación de la igualdad de género.

Asimismo, el artículo 9.3 de la Constitución española proclama que «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, y como bien destaca la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 11/2005, de 10 de noviembre de 2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la Constitución, «Los ciudadanos han de contar con la garantía de recibir el mismo trato en la aplicación del Derecho ante *cualquier órgano jurisdiccional y en cualquier territorio del Estado, integrado el ordenamiento europeo, estatal, y autonómico a través de un sistema jurídico que solo puede funcionar adecuadamente si se garantiza en su aplicación continuidad y unidad de interpretación. La previsibilidad de la respuesta de los Tribunales a las pretensiones que ante los mismos se formulen constituye un presupuesto de la seguridad jurídica y también una obligada consecuencia del principio de igualdad que proclaman los artículos 1 y 14 de la Constitución*». Desde esta vertiente, el Ministerio Fiscal se constituye en órgano impulsor de criterios jurisprudenciales superadores de eventuales desigualdades en la aplicación de la norma, -incluso en aquellos procedimientos que carecen de acceso al Tribunal Supremo-, siendo para ello imprescindible la articulación *ad intra* del principio de unidad de actuación a través de otro principio instrumental regulador de la actividad del Fiscal como lo es el de dependencia jerárquica.

Para mejor garantizar la interpretación uniforme de la norma por parte de todos sus integrantes, la institución del Ministerio Fiscal ha realizado en las últimas décadas un notable esfuerzo de formación y especialización consecuencia ineludible de la profusión y complejidad de los cuerpos normativos que resultan de aplicación en todos los órdenes jurisdiccionales en los que el Fiscal

tiene legalmente prevista su intervención, al punto de que, a día de hoy, podemos hablar con total exactitud del principio de unidad de actuación *especializada* como principio rector de la actividad del Ministerio Público.

El artículo 22 del Estatuto Orgánico desarrolla la previsión constitucional e integra los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal. Tradicionalmente, la unidad de criterio se había manifestado a través de las Circulares, Instrucciones, Consultas y Órdenes del Fiscal General del Estado General del Estado, formando así un cuerpo de doctrina exegética que, a día de hoy, resulta solo una más de las diversas herramientas con que cuenta la institución. Colaboran también con el citado objetivo las redes de fiscales especialistas, coordinados a nivel de todo el Estado por los Fiscales de Sala que, partiendo de diversas configuraciones estatutarias, asumen las diferentes especialidades: Violencia contra la mujer, Siniestralidad laboral, Protección del medio ambiente y urbanismo, Extranjería, Menores, Protección y tutela de las víctimas en el proceso penal, Vigilancia penitenciaria, Delitos económicos, Personas con discapacidad, Protección y defensa de los derechos de las personas mayores, Delitos de odio y discriminación, Seguridad vial, Cooperación internacional, Criminalidad informática y Jurisdicciones Contencioso-administrativa, Civil y Social. La ampliación y escalonamiento de la planta del Ministerio Fiscal y su redistribución geográfica conforme a las nuevas coordenadas territoriales y demográficas, contribuyen también a optimizar el concepto clásico de unidad de actuación, fruto ahora de la capilaridad entre las diferentes redes de profesionales, el debate jurídico colectivo y la coordinación, tanto en sentido vertical como horizontal.

Justo es reconocer que el proceso de modernización del Ministerio Fiscal constituye una tarea inacabada. Sorprende que, a día de hoy, la democracia española no haya logrado aprobar una Ley reguladora del proceso penal, en cuyas garantías jurídicas residencia buena parte de la doctrina el origen mismo de los derechos fundamentales. Tras la redacción de diversas iniciativas legislativas finalmente decaídas, resta aún por materializar ese gran cambio esperado durante décadas y que habrá de concretarse en un modelo de proceso penal homologable al de la práctica totalidad de los países del mundo, en el que la conveniente separación de las funciones de investigar y tutelar las garantías de los ciudadanos se traduzca en un nuevo Ministerio Público más eficiente y centrado en la tarea de lograr que el proceso posibilite y agilice la correcta aplicación del Derecho Penal, cumpliendo así con sus funciones de prevención especial y general, de respuesta perceptible al delito y de freno eficaz a la criminógena e indeseable impunidad.

La necesidad de coordinar las actuaciones se muestra igualmente en el ámbito internacional, donde la potenciación de los instrumentos de cooperación jurídica con países en los que el fiscal dirige la investigación penal aconsejan sin reservas ese cambio de modelo que tanto se está haciendo esperar. Así se desprende del constante intercambio que el fiscal español mantiene con otros organismos supranacionales, como la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la red Europea de Fiscales de Cortes Supremas y el Foro Consultivo de Fiscales Generales de la Unión Europea, por poner solo algunos ejemplos.

Creemos firmemente que el Ministerio Fiscal español se encuentra en una posición particularmente idónea para asumir la dirección de la investigación penal en todo el territorio nacional. Mantenemos, pues, la ambición por asumir los retos futuros con la versatilidad propia de una institución viva, autónoma, imparcial, apegada al interés social y dotada de un capital humano enormemente valioso. El marco constitucional cuya prolongada vigencia celebramos sigue resultando idóneo para abrigar la evolución futura del fiscal y la necesaria redefinición de su rol en el ámbito del nuevo proceso penal.

Conforman la presente publicación los trabajos elaborados por un total de dieciocho miembros de la carrera fiscal que constituyen una muestra que, no por pequeña, es menos representativa

del buen hacer, dedicación y compromiso de la inmensa mayoría de los profesionales que integran el Ministerio Público.

Así, en primer término, efectúan aportaciones vinculadas con sus respectivas áreas de especialización seis profesionales pertenecientes a la primera categoría, los Fiscales de Sala Excmos. Sres. D. Joaquín Sánchez Covisa, D. Antonio Vercher Noguera, Dña. Consuelo Madrigal Martínez Pareda, D. Pedro Crespo Barquero, D. José Miguel de la Rosa Cortina y D. Miguel Ángel Torres Morato, en las materias de Extranjería, Medio Ambiente y Urbanismo, Menores, Jurisdicción Contencioso Administrativa, Jurisdicción Civil y competencias propias de la Fiscalía ante el Tribunal de Cuentas, respectivamente.

Completan la obra los trabajos realizados por diversos fiscales centrados en materias que les son especialmente familiares: el Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Arévalo, en materia de Derecho penitenciario; Dña. Angeles Garrido Lorenzo y Dña. Ana Tárrago Ruíz, en materia de Derecho y Jurisdicción penal; Dña. Isabel Guajardo Pérez y D. Jesús José Tirado Estrada, respecto de las funciones propias de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, D. José Miguel Alonso Carbajo, en relación con la actividad de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada; Dña. Rosana Lledó Martínez, en materia de terrorismo; Dña. Almudena Lastra de Inés, acerca de la protección de las víctimas del delito; Dña. María Rosa Rubio Ramos, en materia de personas con discapacidad; Dña. María Boado Olabarrieta, en la especialidad de violencia contra la mujer, además de D. Juan Aguirre Seoana, quien aporta sus conocimientos en materia de consumidores y Dña. Asunción Gómez Martín, en relación con diversas cuestiones vinculadas a la Jurisdicción Social; D. Luis Lafón Nicuesa y Dña. Beatriz Sánchez Álvarez en materia de Extranjería como coautores del trabajo sobre dicha materia junto con D. Joaquín Sánchez Covisa.

La variedad de las temáticas abordadas y la altura técnico-jurídica de los diferentes trabajos constituyen tan solo un ejemplo del esfuerzo realizado por los integrantes de la institución que me honro en dirigir a lo largo de todos estos años de permanente evolución.

El Ministerio Fiscal y la protección de los consumidores y usuarios

JUAN AGUIRRE SEOANE

Fiscal

El potencial del Ministerio Fiscal como órgano encargado de promover la tutela judicial de los derechos de los consumidores resulta evidente, tanto si tenemos en cuenta su organización como su configuración constitucional y su despliegue territorial. Mientras no llegue la imprescindible reforma del proceso colectivo de consumo, el desafío para el futuro inmediato pasa por sacar el máximo partido a las normas actuales, con la mirada atenta a las resoluciones que proceden del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el presente trabajo se analizará la intervención del fiscal en esta materia desde distintas perspectivas, comenzando con un viaje al pasado; seguidamente, nos detendremos en las líneas maestras de su actuación en el momento actual; y terminaremos con unas propuestas de reforma que se consideran necesarias para lograr una protección más eficaz de los consumidores.

SUMARIO

I. Perspectiva histórica. II. Panorama actual. 1. Criterios generales de intervención del fiscal. 2. Personación del fiscal en los procesos incoados a instancia de otros legitimados. 3. Actuación como demandante. 4. Peculiaridades de la actuación del fiscal. III. Perspectiva comunitaria. 1. El juez español como juez comunitario. 2. La protección frente a las cláusulas abusivas. 3. Cuestiones prejudiciales. 4. La acción de cesación en el Derecho comunitario. IV. Perspectiva de futuro. 1. Principios generales. 2. Especialización. 3. Delimitación del ámbito del procedimiento colectivo. 4. Medidas cautelares. 5. Publicidad del proceso. 6. Transacción. 7. Carga de la prueba. 8. Eficacia ultra partes de la sentencia. 9. Cosa juzgada. 10. Ejecución de sentencia.

I. PERSPECTIVA HISTÓRICA

Generalmente, el fiscal es más conocido por su actuación en el ámbito penal; pero sus funciones se extienden a muchas otras materias. Así, está presente en los procesos relativos a las personas con discapacidad, los procesos de familia, de filiación, de protección del honor, los procesos concursales o algunos de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la jurisdicción social (por citar algunos ejemplos). Ninguna de estas facetas puede considerarse de menor relevancia; de hecho, ocupan una parte importante de nuestra actividad profesional.

Cabe preguntarse si existe un denominador común en ese conjunto aparentemente heterogéneo de actuaciones. La respuesta es claramente afirmativa: en todas ellas es fácil identificar un interés social digno de protección.

La defensa de los derechos de los consumidores y usuarios por parte del Ministerio Fiscal ha ido cobrando protagonismo en los últimos años; pero no es una función ajena a los principios generales que inspiran su cometido ni a su tradición histórica. Desde sus orígenes el fiscal ha asumido la defensa de los derechos de personas más desfavorecidas¹. En la Edad Media aparece como un defensor de los intereses del Rey ante los tribunales (*promotor de la Justicia del Rey*); pero no era su única labor. También asumía la defensa de las personas más vulnerables: los indios en el Nuevo Mundo, las víctimas de determinados delitos perseguibles de oficio (ejerciendo la acusación pública) o la defensa en los juicios de los pobres, de las viudas y los huérfanos (Ordenanza Judicial de Fernando IV de 1310, Cuaderno de Leyes de las Cortes de Valladolid de 1312²).

La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de consumo es coherente con su mejor tradición histórica, que desde los orígenes de la Institución ha asumido como una de sus funciones más genuinas la defensa de los intereses generales de la sociedad y, en particular, de aquellos colectivos más necesitados de protección (v. gr. menores, personas con algún tipo de discapacidad o víctimas de los delitos).

Esta visión humanista del fiscal, que algunos podrían considerar idealista, permanece en la actualidad. La Constitución de 1978, aparte de romper con el modelo de fiscal vinculado al poder ejecutivo (al igual que la Constitución de 1931, en la que también se proclamaba la independencia del Ministerio Fiscal) tuvo el acierto de configurar esta Institución como un órgano encargado de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley así como procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social. El artículo 124, que fija los principios básicos que inspiran la actuación del Ministerio Fiscal, le encomienda la misión fundamental de servir a la sociedad, de la que forma parte. Esta defensa del interés social no es ilimitada pues el fiscal se caracteriza por actuar ante los tribunales. El carácter procesal de su actuación es consustancial a la Institución que, desde sus orígenes históricos, nace con una clara vocación judicial. De ahí que los siempre limitados recursos disponibles deban centrarse en ejercer su labor ante la Administración de Justicia.

Así pues, partiendo de la configuración constitucional del Ministerio Fiscal la tutela ante los tribunales de los derechos de los consumidores podemos incluirla, sin temor a equivocarnos, en su ámbito genuino de competencias.

La realidad es que no basta con la iniciativa particular para corregir las injusticias que provoca el mercado. Los problemas que plantea la sociedad de consumo en la actualidad no pueden resolverse con los principios clásicos del Derecho Civil (autonomía de la voluntad). A menudo, los particulares y profesionales que operan en el mercado ocupan posiciones desiguales. La capacidad de negociación y la información disponible de unos y otros no se puede comparar. Estos desequilibrios pueden generar situaciones de abuso de poder, si no se imponen determinados límites y si no se garantiza que ese poder se ejerza estrictamente dentro de la legalidad. El artículo 9.2 de la Constitución exige una actuación decidida por parte de los poderes públicos para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas.

¹ Santos M. Coronas González, «Los Fiscales del Antiguo Régimen en España (siglos XIII-XVIII)», en *El Ministerio Fiscal Español*, dir. por José Luis Bueren Roncero, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007, pp. 24-76.

² *Ibid.*, p. 30.

La Circular 2/2010, *acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios*, constituye un punto de inflexión en este compromiso del fiscal en la defensa de los consumidores. Ciertamente, queda camino por recorrer; pero esta Circular sentó las bases que había de seguir el fiscal en una función que, desde mi punto de vista, irá extendiéndose progresivamente. Por un lado, apuesta claramente por la especialización ya que prevé que se designe a un fiscal para coordinar esta materia en aquellas Fiscalías en las que el volumen de trabajo así lo justifique. Por otra parte, la circular supone un cambio de paradigma ya que, a diferencia de otras materias, el fiscal no espera a recibir la información precisa para ejercitar acciones judiciales, sino que toma la iniciativa. Efectivamente, llama periódicamente a los que están en primera (a las entidades y los organismos encargados de la defensa consumidores y usuarios) con el fin de conocer aquellas materias que son motivo de reclamación con más frecuencia por parte de los consumidores y usuarios.

Aunque pueden distinguirse los conceptos de consumidor y usuario ya que el primero se refiere al que adquiere un producto y el segundo se reserva para el que disfruta de un servicio, conviene aclarar que en adelante utilizaremos el concepto de consumidor para referirnos a ambos.

II. PANORAMA ACTUAL

El Ministerio Fiscal puede defender los derechos de los consumidores ante los tribunales de diferentes maneras, bien tomando la iniciativa como demandante bien personándose en procesos incoados a instancia de otros legitimados. Veamos a continuación, con más detalle, cada de una de estas posibilidades.

1. Criterios generales de intervención del fiscal

El artículo 11.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) reconoce legitimación al Ministerio Fiscal para ejercitar «cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios». Esta previsión es demasiado amplia. Ante la multitud de controversias que afectan a los derechos de los consumidores se impone una labor de selección. De otro modo, el objetivo sería inasumible teniendo en cuenta los limitados recursos a nuestra disposición. El criterio para elegir los asuntos en los que debemos intervenir será «el interés social». Así se desprende, no solo del artículo 124 de la Constitución, sino también de la Ley que aprobó el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), que en su artículo 3 establece como una de las funciones del fiscal intervenir en los procesos civiles que determine la ley «cuando esté comprometido el interés social».

Sin duda, el «interés social» es un criterio demasiado genérico. Ciertamente, en última instancia en todo proceso judicial podemos identificar un interés social que defender. Por ello, es preciso acotar de forma más precisa el ámbito de actuación. Para ello, debemos acudir nuevamente a la Constitución y a la tradición histórica. Ambas rutas conducen al mismo destino: la intervención del fiscal deberá centrarse en la defensa de aquellos intereses sociales que estén más necesitados de protección.

Así se estaría cumpliendo el mandato establecido en el artículo 9.2 de la Constitución:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

El Ministerio Fiscal es un órgano del Estado y, como tal, debe contribuir a hacer efectivo el mandato general que el citado artículo 9.2 dirige a los poderes públicos. En un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, entre otros, la justicia y la igualdad (art. 1 de la Constitución) debe hacerse todo lo posible para corregir las desigualdades que genera la propia sociedad.

Así lo ha entendido la Fiscalía General del Estado, que ha asumido la labor que le corresponde, como órgano encargado de unificar los criterios de actuación de los miembros de la carrera fiscal. Actualmente, las pautas que deben seguirse a la hora de decidir la actuación del fiscal en los procesos que afectan a los consumidores se establecen en la Circular 2/2018, *sobre nuevas directrices en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios*. En esta ocasión la Fiscalía General del Estado considera obligado delimitar las áreas de actuación prioritaria, fundamentalmente en el ámbito de las reclamaciones individuales de los consumidores. La amplitud de los términos en que está redactado actualmente el mencionado artículo 11.5 LEC no significa que el fiscal vaya a intervenir indiscriminadamente en todo tipo de asuntos que afecten a los derechos de los consumidores.

Por ello, la mencionada Circular fija los criterios que permitirán seleccionar los asuntos en los que está justificada la intervención del fiscal, en el ámbito de las acciones individuales, dando prioridad a colectivos especialmente vulnerables o a bienes o servicios de uso o consumo generalizado. En todo caso, la intervención del fiscal será la excepción cuando se trate de un procedimiento individual iniciado por un consumidor.

Al mismo tiempo, esta Circular ha querido impulsar la protección de los consumidores por parte del fiscal dando un paso más en el proceso de especialización que, desde hace años, ha inspirado la organización de la Fiscalía. Efectivamente, obliga a designar a un fiscal encargado de la protección jurídica de los consumidores en aquellas Fiscalías Provinciales en las que todavía no exista, que se integrará en la Sección de lo Civil correspondiente. La coordinación de estos fiscales especialistas a través del Fiscal de Sala Delegado de lo Civil resulta indispensable pues, con frecuencia, las vulneraciones de los derechos de los consumidores se cometen por grandes empresas cuya actividad se extiende a todo el país.

2. Personación del fiscal en los procesos incoados a instancia de otros legitimados

El Ministerio Fiscal no es el único legitimado para promover la defensa de los consumidores ante los tribunales. En ocasiones, el fiscal no asume la condición de demandante, sino que se persona en los procesos iniciados a instancia de otras entidades legitimadas. Esta modalidad de intervención está contemplada en el artículo 15 LEC: «*publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios*». Según el párrafo segundo del punto primero:

«El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación».

La comunicación al Ministerio Fiscal que prevé el precepto transcrito puede efectuarse de oficio por el órgano judicial; pero en ocasiones se ha realizado a instancia del propio demandante, que solicita el traslado al fiscal para que valore si resulta procedente su intervención como parte.

El interés social del objeto del procedimiento se convierte, por tanto, en el criterio determinante de la intervención del fiscal en los procesos colectivos iniciados a instancia de otras entidades. Existen procedimientos colectivos en los que es fácil identificar un interés que trasciende al de los propios afectados. El número de perjudicados y la repercusión social del hecho lesivo deberán tenerse en cuenta a la hora de decidir si el fiscal se persona en el procedimiento. En los últimos tiempos ha habido procedimientos colectivos en los que fácilmente podía apreciarse un interés social, no solo por el número de afectados sino también por el impacto que la sentencia podría llegar a producir en la economía nacional y en la vida cotidiana de los consumidores (v. gr. procedimientos que afectaban al sector de las telecomunicaciones, al financiero o el energético).

En cualquier caso, si el fiscal se persona en estos procedimientos, ajustará su intervención a la función que le encomienda la Constitución, es decir, valorará las pruebas con objetividad y formulará la pretensión que considere más ajustada al principio de legalidad; podrá coincidir o no con lo solicitado por el demandante, al igual que sucede en otros procedimientos en los que es parte necesaria (filiación, familia, modificación de la capacidad, etc.).

3. Actuación como demandante

El precepto básico es el artículo 11.5 LEC (ya citado). Hasta la última reforma de esta disposición (introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) el Ministerio Fiscal ostentaba una legitimación más limitada. También podemos encontrar disposiciones que se refieren expresamente a la legitimación del fiscal en el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (art. 16), en la Ley General de Publicidad (art. 6) y en la Ley de Competencia Desleal (art. 33).

El fiscal puede recibir noticias del hecho lesivo para los derechos de los consumidores de múltiples formas. La fuente de información principal serán las reuniones periódicas convocadas con las entidades y los organismos encargados de la defensa de los consumidores, en las que se dará cuenta de aquellas materias que son objeto de reclamación con mayor frecuencia y que, por tanto, podrían justificar el ejercicio de acciones judiciales (generalmente estas reuniones se celebrarán cada seis meses, de acuerdo con las previsiones de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2010). Esta colaboración es fundamental pues esas entidades se encuentran en la primera línea de la defensa de los consumidores y el fiscal puede servir de puente entre ellas y los tribunales.

Ahora bien, al igual que sucede en el ámbito penal la información puede llegar por otras vías: a través de los propios afectados e, incluso, podrá actuarse de oficio en asuntos de conocimiento público. De todos modos, es indispensable una labor de selección pues el procedimiento colectivo no es idóneo para resolver todos los conflictos que afectan a una pluralidad de consumidores.

4. Peculiaridades de la actuación del fiscal

La defensa de los intereses colectivos de los consumidores por parte del Ministerio Fiscal es complementaria de la que puedan ejercer otros organismos, públicos o privados, igualmente competentes para esa labor. Al mismo tiempo, presenta una serie de peculiaridades que lo diferencian de los demás legitimados.

En ocasiones, las posibilidades de investigación del fiscal permitirán una defensa más rápida y efectiva de los consumidores, sin necesidad de recurrir al procedimiento de las diligencias preli-

minares. Efectivamente, el artículo 4 EOMF le atribuye una serie de facultades que pueden resultar muy útiles para preparar el ejercicio de acciones judiciales en defensa de los consumidores. Entre ellas, el artículo 4.1 dispone que el Ministerio Fiscal «podrá acceder directamente a la información de los registros oficiales cuyo acceso no quede restringido al control judicial». También podrá recabar el auxilio de cualquier autoridad y de sus agentes (apartado 3) u ordenar a la Policía Judicial que practique cualquier investigación que sea necesaria antes de decidir si ejerce acciones judiciales.

En el apartado 5, párrafo segundo, del mencionado artículo 4 se establece:

«Las autoridades, funcionarios u organismos o particulares requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades que se enumeran en este artículo y en el siguiente deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales. Igualmente, y con los mismos límites, deberán comparecer ante el Fiscal cuando éste lo disponga».

Asimismo, la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal prevé la cesión de datos de carácter personal al Ministerio Fiscal sin necesidad de consentimiento del interesado (artículo 11.2).

De este modo, se reduce considerablemente la necesidad de acudir al Juzgado, a través del procedimiento de las diligencias preliminares, previsto en los artículos 256 a 263 LEC, que quedaría reservado para aquellos supuestos en los que el fiscal no pudiera recabar por sí mismo los elementos necesarios para preparar la demanda (v. gr. aquellas actuaciones que pudieran afectar al secreto de las comunicaciones, consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución).

Tampoco pueden ignorarse los condicionamientos económicos, que pueden disuadir a otras entidades legitimadas para ejercitar determinadas acciones judiciales, sobre todo ante una eventual condena en costas o la exigencia de una caución.

A este respecto, el artículo 394.4 LEC establece que «en ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal en los procesos en que intervenga como parte».

Por otro lado, en sede de medidas cautelares la regla general es que el solicitante tiene obligación de prestar una caución, de acuerdo con el artículo 728.3 LEC. Este precepto únicamente prevé la facultad (no necesidad) de dispensar de la caución cuando se ejercite una acción de cesación. En otro tipo de acciones colectivas, distintas de la cesación, no se contempla la dispensa de caución. Pues bien, el Ministerio Fiscal estaría exento de prestar caución en todo caso pues es un órgano constitucional, que forma parte de la Administración Pública. La Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas incluye en su ámbito de aplicación la representación de órganos constitucionales, y en su artículo 12 establece que el Estado así como los órganos públicos regulados por su normativa específica dependientes de aquél y los órganos constitucionales estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes.

En definitiva, resulta indiscutible que el Ministerio Fiscal puede asumir un papel destacado a la hora de procurar ante los tribunales la tutela los derechos de los consumidores.

III. PERSPECTIVA COMUNITARIA

1. El juez español como juez comunitario

La integración de España en la Unión Europea ha alterado por completo el sistema de fuentes y la jerarquía normativa de nuestro Derecho interno. El principio de primacía del Derecho Comuni-

tario³ supone que ante una eventual contradicción entre una disposición del Derecho interno y otra de origen comunitario con el mismo objeto debe realizarse una interpretación de la primera conforme al Derecho de la Unión, siempre que sea posible. En caso contrario, caben dos posibilidades: si la contradicción es manifiesta deberá aplicarse la norma comunitaria, que desplazará al Derecho nacional; si existe alguna duda procederá plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Este Tribunal se ha pronunciado sobre el principio de primacía en los siguientes términos (sentencia de 26-2-2013, C399/11):

«en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aún si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado».

La defensa de los derechos de los consumidores no puede efectuarse sin tener bien presentes el Derecho comunitario y las sentencias procedentes del TJUE. Cuando hablamos de Derecho comunitario nos referimos no solamente a los reglamentos, sino también las directivas, a las que en determinados supuestos se reconoce un efecto directo: por una parte, los jueces nacionales están obligados a interpretar el Derecho interno de acuerdo con el comunitario (incluyendo las directivas); y, por otro lado, serán directamente oponibles por los particulares frente al Estado (eficacia vertical) cuando haya transcurrido el plazo señalado sin que se hubiera realizado la trasposición de la Directiva al Derecho interno, cuando se haya efectuado la trasposición de forma incorrecta o, finalmente, cuando la directiva sea suficientemente precisa e incondicional.

No podemos olvidar que los jueces españoles son, al mismo tiempo, jueces comunitarios y, por tanto, están vinculados por el Derecho de la Unión y por las sentencias del TJUE. Así se desprende con meridiana claridad del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ):

«Los jueces y tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

De acuerdo con el precepto anteriormente transcrito el TJUE se constituye en el máximo intérprete del Derecho Comunitario. A lo largo de los últimos años ha elaborado un importante cuerpo jurisprudencial en torno a la protección de los consumidores. Algunas de sus sentencias han obligado a reformar procedimientos muy arraigados en nuestro sistema judicial, en el que nada ha vuelto a ser como antes a partir de las sentencias dictadas por el TJUE en el caso Banco Español de Crédito (sentencia TJUE de 14-6-2012, C-618/10) y en el asunto Aziz (sentencia TJUE de 14-3-2013, C415/2011).

2. La protección frente a las cláusulas abusivas

Entre las normas europeas que se ocupan de la protección de los consumidores destaca, por encima de todas, la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos del TJUE con

³ Blanco Saralegui, José María, *Análisis Práctico de la Jurisprudencia del TS y del TJUE en Derecho del Consumidor y Ejecución Hipotecaria*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 43-45.

gran repercusión en el Derecho nacional. Esta Directiva supone una normativa de mínimos para los Estados miembros, que podrán garantizar al consumidor un mayor nivel de protección cuando la trasformen en Derecho interno (art. 8 de la Directiva).

Así ha ocurrido, por ejemplo, en lo que se refiere al concepto de cláusulas abusivas. El artículo 3 de la Directiva no comprende las prácticas abusivas. Sin embargo, el artículo 82 TRLGDCU incluye en el concepto general de cláusulas abusivas «las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Este sistema ha sido de gran utilidad para combatir determinados abusos que surgen en la fase de ejecución de contratos de tracto sucesivo, sobre todo, en materia de facturación (por incluir conceptos indebidos, incumplir los plazos de facturación, por sustituir unilateralmente las facturas en soporte papel por facturas electrónicas, etc.). Las prácticas abusivas también pueden ponerse de manifiesto en la fase precontractual, concretamente, en la forma en que se comercializa un producto o un servicio.

El concepto de práctica abusiva se integra con el de práctica comercial, contenido en el artículo 19.2 TRLGDCU (redacción introducida por la Ley 15/2015):

«[...] se consideran prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial [...]».

Como puede apreciarse, esta disposición incluye expresamente en el concepto de práctica comercial la publicidad y la comercialización; e incluye una referencia expresa a las distintas fases de la relación entre el consumidor y el profesional (antes, durante o después de la operación comercial).

Así pues, nos encontramos con un avance considerable en el nivel de protección de los consumidores en el Derecho nacional respecto del comunitario. Pero no es el único supuesto en el que se ha mejorado esa protección. Otro tanto sucede con la lista de cláusulas que según el artículo 3.3 de la Directiva «pueden ser declaradas abusivas» y que se describen en un anexo, esto es, lo que se ha denominado una *lista gris* de cláusulas abusivas. A este respecto, la legislación española también ha ido más allá pues ha optado por una *lista negra*, es decir, una relación de cláusulas que, *en todo caso*, se declaran abusivas de acuerdo con el artículo 82.4 TRLGDCU, en relación con los supuestos previstos en los artículos 85 a 90 del mismo texto legal.

No obstante, si analizamos cada una de las cláusulas contempladas en la lista del TRLGDCU veremos que no todas ellas se consideran automáticamente abusivas, a pesar de los tajantes términos en que se pronuncia el citado artículo 82.4 («en todo caso son abusivas»). Efectivamente, dentro de esa lista negra podemos apreciar una categoría intermedia (podríamos denominarla *gris oscura*) ya que algunas de ellas incluyen conceptos indeterminados que exigen una valoración de las circunstancias concurrentes, por ejemplo, las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor un plazo *excesivamente largo* o *insuficientemente determinado* para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida (art. 85.1), las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización *desproporcionadamente alta* al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones (art. 85.6), o la imposición de garantías *desproporcionadas* al riesgo asumido (art. 88.1).

3. Cuestiones prejudiciales

El TJUE no ha sido ajeno a la avalancha de demandas que ha inundado los tribunales españoles a partir de la crisis económica de los últimos años (v. gr. participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, *swaps*, cláusulas suelo, hipotecas multidivisa, bonos estructurados, gastos hipotecarios, reclamaciones planteadas por accionistas de entidades financieras...). Esa jurisprudencia revela que se cometieron numerosos errores, con graves perjuicios para los consumidores, de los que los que deben extraerse algunas lecciones para evitar una *segunda ronda* de contratos anulados por los tribunales de forma masiva, difícilmente asumible por nuestra sociedad.

La intervención del Ministerio Fiscal en la tramitación de las cuestiones prejudiciales europeas también ha merecido la atención de la Fiscalía General del Estado, concretamente, en la Instrucción 1/2016. Como regla general, el fiscal únicamente intervendrá en la tramitación de las cuestiones prejudiciales cuando sea parte en el procedimiento en que se suscitan. Sin embargo, en los procesos que tengan por objeto la defensa de los consumidores y usuarios el cometido del fiscal es diferente. La Fiscalía General vuelve a apostar decididamente por la defensa de los intereses de los consumidores mediante una interpretación conjunta del artículo 4 *bis* LOPJ y el artículo 11.5 LEC. La Instrucción concluye que el fiscal informará sobre la cuestión prejudicial que se plantee en los procesos que afectan a los consumidores siempre que se aprecie un interés social, aunque no sea parte.

Los criterios para identificar ese interés social resultan difíciles de precisar; en todo caso, serán análogos a los que sirven para personarse en un procedimiento colectivo de consumo incoado a instancia de otros legitimados, de conformidad con el artículo 15 LEC. Asimismo, la Instrucción proporciona una serie de pautas para garantizar el principio de unidad de actuación y la coordinación entre los distintos fiscales (a través de los Fiscales de Sala correspondientes).

4. La acción de cesación en el derecho comunitario

La importancia de las acciones de cesación como instrumento de protección de los consumidores no ha pasado desapercibida para la Unión Europea. La Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*, se traspuso al ordenamiento interno mediante la Ley 39/2002, de 28 de octubre. Esa directiva fue sustituida por la Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, *relativa a la acción de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*.

El artículo 3 de la Directiva de 2009 (al igual que la anterior) prevé la posibilidad de que la acción de cesación sea ejercitada por organismos públicos independientes específicamente encargados de la protección de los intereses colectivos de los consumidores. El Ministerio Fiscal encajaría perfectamente en esta previsión teniendo en cuenta tanto su organización como los principios que inspiran su actuación. Por otra parte, hemos visto que no se trata de un cometido extraño a su configuración constitucional, como defensor de intereses generales de la sociedad y, además, enlaza plenamente con la tradición histórica del fiscal.

El artículo 5 de la Directiva prevé un mecanismo que no ha sido incorporado a nuestro Derecho; pero que podría emplearse para poner fin a una conducta lesiva para los consumidores, sin necesidad de acudir a los tribunales. Se trata de la posibilidad de que, antes de formular una demanda de cesación, se realice una consulta al infractor para tratar de poner fin a su conducta. En el caso

de que tras esa consulta previa al empresario se ofrecieran garantías de corregir la actuación lesiva para los consumidores, y así se comprobara, se habría combatido esa vulneración de una forma rápida y eficaz. Si posteriormente se reincidiera en la conducta nada impediría ejercitar las acciones de cesación ante los tribunales, que, de un modo u otro, deberían valorar ese incumplimiento.

IV. PERSPECTIVA DE FUTURO

La regulación actual del proceso colectivo está muy lejos de constituir un instrumento adecuado para la protección eficaz de los derechos de los consumidores. Lo cierto es que en la actualidad no se está cumpliendo el mandato contenido en el artículo 51 de la Constitución, que impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la defensa de los consumidores mediante *procedimientos eficaces*.

La misma exigencia de protección eficaz se deriva de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*, que en su artículo 7.1 establece:

«Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

La Ley 39/2002, de 28 de octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*, en su exposición de motivos declaraba como uno de sus objetivos que la acción de cesación «se constituya en un instrumento efectivo para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios». Para conseguir esta finalidad se modifican varios textos legales, entre ellos, la LEC, en la que se introdujeron disposiciones relativas al procedimiento aplicable, la competencia territorial, excepciones al llamamiento al proceso a terceros interesados o la dispensa de caución al solicitante de medidas cautelares.

A pesar de todo, la regulación actual del proceso colectivo no sirve para combatir de manera ágil y efectiva los abusos que se producen en la sociedad. Las normas procesales vigentes contemplan multitud de cargas para el actor, hasta el punto de que el efecto disuasorio se produce principalmente con respecto al que se plantea formular la demanda, en lugar de dirigirse a los eventuales responsables de las conductas que atentan contra derechos de los consumidores. Por ello, es imprescindible abordar una reforma en profundidad del proceso colectivo, con el fin de que logre su finalidad genuina, que no es otra que poner fin a infracciones de los derechos de los consumidores y producir un efecto disuasorio frente a eventuales vulneraciones.

Las instituciones de la Unión Europea son conscientes de que la regulación actual del procedimiento colectivo no permite una protección eficaz de los derechos de los consumidores. La Comisión Europea remitió una comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, con fecha 11 de abril de 2018, bajo el título: «Un nuevo marco para los consumidores». En este documento propone una serie de medidas dirigidas a lograr un mercado único justo tanto para los consumidores como para las empresas. Entre estas propuestas se incluye una nueva Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, con el objetivo de facilitar el resarcimiento a los consumidores que se hayan visto afectados por la misma infracción, en situaciones que denomina «de perjuicio masivo».

A mi modo de ver, esa reforma es inaplazable y debería afectar a una serie de materias, que analizaremos a continuación.

1. Principios generales

Se hace necesario incorporar al Derecho positivo los principios generales que deben inspirar este tipo de procedimientos, que ya han sido acuñados por la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo.

Uno de los principios básicos del proceso civil es el de justicia rogada, consagrado en el artículo 216 LEC, a cuyo tenor:

«Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la Ley disponga otra cosa en casos especiales».

Esa regla general admite excepciones, tal y como prevé la propia disposición («en casos especiales»). Tanto el Tribunal Supremo como el TJUE han estimado que las normas sobre protección de los consumidores son de orden público. En consecuencia, debe actuarse de oficio en defensa de los consumidores y usuarios. Además, los obstáculos procesales adquieren una importancia secundaria y no deben impedir la tutela judicial de los derechos vulnerados. Esa actuación de oficio se debe aplicar en cualquier tipo de procedimiento, con independencia de la fase en la que se encuentre (en primera instancia o durante la sustanciación de un recurso); implica la facultad de practicar de oficio diligencias de prueba y supone que la sentencia no tiene que ajustarse exactamente a los términos de las pretensiones de las partes. En todo caso, estas facultades tienen como límite la proscripción de la indefensión ya que debe respetarse el principio de contradicción. De este modo, se produce una transformación radical de los procesos encaminados a la protección de los consumidores, que se aproximan a otros en los que se reconoce al órgano judicial una mayor capacidad de investigación y de decisión debido a la presencia de un interés público digno de protección (v. gr. procesos relativos a la capacidad, procesos de familia, filiación o menores).

2. Especialización

Las peculiaridades del procedimiento así como la dispersión y el volumen de normas aplicables en materia de protección de los derechos de los consumidores dificultan enormemente la labor de los distintos operadores jurídicos. Por ello, es imprescindible incorporar la especialización, tanto en la carrera judicial como en la fiscal. La LOPJ atribuye a los juzgados de lo mercantil el conocimiento de «las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de los consumidores y usuarios» (art. 86 *ter*, punto 2). Las normas de reparto de algunos partidos judiciales en los que existen varios Juzgados de lo Mercantil han concentrado los asuntos que afectan a los consumidores en alguno de ellos. Los criterios para el reparto de asuntos también permitirían extender la especialización a la segunda instancia y a la casación.

La Fiscalía General del Estado elaboró dos circulares sobre la protección de los derechos de los consumidores y usuarios en las que se apuesta claramente por la especialización, concretamente, la Circular 2/2010 y la Circular 2/2018. A partir de esta última, debe existir un fiscal encargado de esta materia en cada Fiscalía Provincial.

Ahora bien, la designación de fiscales o de tribunales especializados serviría de poco si no va acompañada de un plan de formación específico que complete los conocimientos genéricos con los relativos a la protección de los consumidores.

3. Delimitación del ámbito del procedimiento colectivo

Por razones de seguridad jurídica, es imprescindible que se delimite con claridad el ámbito del procedimiento colectivo. En primer lugar, parece razonable que este tipo de procedimientos se utilice no solamente cuando un único hecho dañoso ocasione un perjuicio a una pluralidad de consumidores (por ejemplo, cuando se cancela un concierto o un vuelo), sino también cuando ese perjuicio es ocasionado por varios hechos homogéneos entre sí (v. gr., en los casos en los que se han vendido reiteradamente productos defectuosos).

Asimismo, debería precisarse el ámbito subjetivo del procediendo colectivo, en concreto, reservar su ámbito de aplicación a aquellos casos en los que el perjuicio afecte a un número de consumidores suficientemente importante. Uno de los criterios que se puede tener en cuenta es que las circunstancias concurrentes impidan actuar a todos los afectados en un solo proceso mediante la acumulación de acciones (por tratarse de un número muy elevado o por la dispersión geográfica entre ellos). En algunos países se ha establecido que las acciones colectivas solo podrán ejercitarse para la defensa de intereses individuales homogéneos a partir de un número determinado de afectados (v. gr. en Colombia se admiten para indemnizar a un número superior a 20 personas; en Chile, a partir de 50 consumidores⁴).

El legislador también debería establecer con claridad la posibilidad de efectuar un control de transparencia en un procedimiento colectivo, con incidencia en una pluralidad de contratos celebrados con los consumidores o en una condición general de la contratación. Parece claro que el procedimiento colectivo no es un instrumento adecuado para analizar las circunstancias particulares concurrentes en cada uno de los afectados. Estas circunstancias particulares sí podrían tenerse en cuenta en un procedimiento individual dirigido a declarar la ineficacia de un contrato (v. gr. por vicios de consentimiento).

Sin embargo, no puede excluirse totalmente que en un procedimiento colectivo se realice un control abstracto de los elementos comunes a una pluralidad de contratos celebrados con los consumidores. En principio, ese control podría determinar la ineficacia de los contratos cuando se llegue a la conclusión de que se ha comercializado un producto (v. gr. un instrumento financiero) o un servicio con absoluta falta de transparencia, por incumplimiento generalizado de los deberes de información en la fase precontractual o en los modelos de contrato utilizados por el empresario.

Para que la protección de los consumidores sea real y efectiva el control abstracto de transparencia debería afectar, en primer lugar, a la forma en que se redactaron las condiciones generales de la contratación; pero ese control también podría extenderse a comprobar el cumplimiento de los deberes de información en la fase precontractual (v. gr. comercialización masiva de un instrumento financiero complejo sin cumplir los deberes de información impuestos en la normativa sectorial y en la legislación protectora de los consumidores).

El control de transparencia es uno de los parámetros de validez de los contratos empleados por el Tribunal Supremo (v. gr. sentencias TS 241/2013, de 9 de mayo, y 705/2015, de 23 de diciem-

⁴ Guayacán Ortíz, Juan Carlos, *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia), 2013, p. 39.

bre). También el TJUE, ha destacado la importancia para el consumidor de disponer antes de celebrar el contrato de toda la información sobre las condiciones y las consecuencias de ese contrato (sentencia TJUE, Sala Cuarta, de 30-4-2014, asunto C-26/13).

4. Medidas cautelares

Si queremos lograr una protección efectiva de los derechos de los consumidores no podemos obviar la importancia de las medidas cautelares. En la mayoría de los casos no puede esperarse al momento en que la sentencia adquiera firmeza para poner fin a una conducta manifiestamente contraria a los derechos de los consumidores y, de este modo, evitar que el número de perjudicados así como la entidad de los perjuicios siga aumentando durante la tramitación del procedimiento.

Los principios de orden público y aportación de oficio que se predicaban para el procedimiento de tutela principal son igualmente aplicables al procedimiento de tutela cautelar. Sobre todo porque en este último las normas que regulan la aportación de la prueba por parte del solicitante son más estrictas, en la medida en que la posibilidad de proponer prueba precluye en el momento de formular la solicitud, de acuerdo con el artículo 732.2 LEC.

En los procesos colectivos de consumo cobran una relevancia destacada las medidas cautelares de naturaleza anticipatoria, esto es, aquellas que persiguen una satisfacción anticipada de la pretensión ejercitada en la demanda principal. Un ejemplo de este tipo de medidas sería la orden cautelar de poner fin a la conducta que se considera lesiva para los consumidores. Podemos encontrar una previsión genérica de esta medida en el artículo 727.7 LEC, aunque su admisibilidad también podría defenderse en virtud del régimen abierto de medidas cautelares consagrado en la LEC. Sin embargo, con el fin de despejar cualquier duda acerca de su admisibilidad, sería conveniente que se previera expresamente una medida de este tipo para los supuestos en que se ejerzan acciones en defensa de los derechos de los consumidores, al menos en los procedimientos colectivos de cesación.

Las Instituciones europeas son conscientes de la importancia que tiene actuar desde un primer momento, sin esperar a que la sentencia adquiera firmeza. En este sentido, la Directiva 2009/22/CE, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*, prevé como uno de los fines de la acción de cesación que «se ordene, con toda la diligencia debida, en su caso mediante procedimiento de urgencia, la cesación o la prohibición de toda infracción» [art. 2.1, letra a)].

5. Publicidad del proceso

La LEC impone la notificación individual del propósito de presentar una demanda colectiva a todos los afectados cuando los perjudicados por el hecho dañoso estén determinados o sean fácilmente determinables (art. 15.2 LEC). Se trata de una publicidad distinta, e independiente, del llamamiento posterior, una vez admitida la demanda, mediante anuncios en los medios de comunicación (art. 15.1 LEC).

Debe repararse en que la comunicación previa a los interesados del propósito de formular la demanda se aplica con independencia del número de afectados. La «facilidad» mencionada en el artículo 15.2 LEC no se refiere a los problemas de orden práctico que esa comunicación implique, sino a la facilidad o dificultad para identificar a los perjudicados. En la práctica se considera que

la determinación de los perjudicados no ofrece dificultades cuando puede lograrse mediante las diligencias preliminares, entre las que se incluye un requerimiento al futuro demandado para que facilite un listado de los afectados (art. 256.1,6.º LEC).

Por otro lado, la excepción al régimen de publicidad que se prevé para los supuestos en los que se ejercite una acción de cesación (art. 15.4 LEC) no se está aplicando cuando a la acción de cesación se acumulen acciones de distinta naturaleza (v. gr. de resarcimiento, devolución de cantidades, etc.).

Esta carga procesal puede resultar excesivamente gravosa para el demandante, difícilmente asumible económicamente y provocará un efecto disuasorio en aquellos supuestos en los que el número de afectados sea muy elevado. En la práctica, puede constituir un obstáculo insalvable cuando las conductas lesivas son cometidas por empresas líderes en su respectivo sector económico, cuyos clientes se cuenten por millones. En estos casos, la exigencia de comunicar individualmente a los afectados el propósito de demandar podría considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

En la mayoría de los casos no se acaba de entender cuál sería la justificación para imponer a la parte actora la obligación de comunicar la intención de demandar a todos y cada uno de los afectados, de forma individualizada. Sobre todo si tenemos en cuenta la jurisprudencia actual acerca de la cosa juzgada en los procedimientos colectivos, tanto del TJUE como del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. La regla general es que los consumidores individuales no pueden quedar vinculados por lo resuelto en un procedimiento colectivo, en el que no hayan intervenido pues ambos tipos de procedimientos tienen un objeto y una finalidad distintos; además, se ha considerado que entre ellos no concurre identidad subjetiva.

A partir de esta doctrina jurisprudencial, el sistema de publicidad más razonable sería el que se prevé en el artículo 15.3 LEC, es decir, un llamamiento genérico posterior a la admisión de la demanda, mediante anuncios en los medios de comunicación, con suspensión temporal del procedimiento para dar oportunidad de intervenir a los consumidores que los deseen.

En todo caso, tendrían que preverse determinadas excepciones a esa comunicación previa e individualizada del propósito de demandar a todos los perjudicados. Un supuesto claro sería el de las infracciones de bagatela, es decir, aquellas conductas que ocasionan perjuicios de poca entidad a los consumidores (v. gr. redondeo al alza, cobro de pequeñas cantidades por liberar los teléfonos móviles, etc.), aunque en su conjunto reporten importantes beneficios para las empresas infractoras. En estos supuestos, no compensaría económicamente el ejercicio de acciones individuales por parte del consumidor⁵. Además, sería necesario dispensar de esa carga al demandante en los supuestos en que resulte excesivamente gravoso atendiendo al número de afectados.

Al margen de lo anterior, la reforma del artículo 15 LEC es imperiosa ya que no hace referencia al Ministerio Fiscal, olvidando que la Ley 3/2014, de 27 de marzo, amplió su legitimación. Únicamente, alude a los «procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por grupos de afectados».

6. Transacción

La legitimación para ejercitar acciones colectivas se reconoce a entidades u organizaciones que no ostentan la titularidad de los derechos que están en juego. En unos casos el procedimiento pue-

⁵ Sande Mayo, María Jesús, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.

de afectar a intereses generales (supraindividuales); pero esas entidades también pueden actuar en defensa de intereses individuales homogéneos (v. gr. cuando se ejercitan acciones de resarcimiento).

Actualmente no se ha previsto legalmente la posibilidad de alcanzar una transacción por parte de las entidades legitimadas para ejercitar acciones colectivas. Las reglas generales que regulan la transacción son difícilmente trasladables a los procedimientos colectivos. El artículo 19 LEC reconoce a los litigantes la facultad de disponer del objeto del pleito; pero siempre que la Ley no lo prohíba. El mismo precepto establece que el acuerdo podrá ser rechazado por el tribunal por razones de interés general o cuando perjudique a un tercero. El artículo 20 LEC se refiere a la renuncia del actor al derecho en que funde su pretensión; pero antes de dictar una sentencia absolutoria el Tribunal comprobará que la renuncia es admisible legalmente, en caso contrario ordenará que continúe el proceso. Como regla general, la transacción exige un mandato expreso (art. 1713 del Código Civil).

En el proceso penal el Ministerio Fiscal ejercita acciones civiles en representación de los perjudicados; pero se prevé un ofrecimiento de acciones previo, en el que se les informa de que el fiscal ejercerá esas acciones, salvo renuncia o reserva expresa (arts. 108 a 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En línea de principio, podrían admitirse transacciones en los casos en los que se ejerciten acciones colectivas para la defensa de derechos supraindividuales. Sin embargo, es más discutible que esas entidades puedan disponer del objeto del procedimiento cuando afecte a derechos individuales homogéneos.

La solución pasaría por una expresa regulación de la transacción en estos casos, que podría condicionarse a una adhesión expresa de los afectados al acuerdo alcanzado por las partes, bien previamente por parte de consumidores individuales que se encuentren representados en el procedimiento, bien mediante una adhesión posterior al acuerdo alcanzado que tendría que ser objeto de publicación.

7. Carga de la prueba

Los procedimientos que afectan a los consumidores se rigen por reglas específicas que afectan a la carga de la prueba. Así, por ejemplo, el artículo 82.2 TRLGDCU establece que «el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba».

La jurisprudencia también ha establecido reglas especiales de distribución de la carga de la prueba. En los supuestos en los que se discutía la validez de productos financieros complejos, por déficit de información, corresponde a la entidad que los comercializó demostrar que cumplió los deberes de información exigidos en la normativa sectorial aplicable (v. gr. sentencia del TS 690/2016, de 23 de noviembre de 2016).

En ocasiones, el principio conocido como «facilidad probatoria», consagrado en el artículo 217 LEC puede resolver la asimetría que se produce entre las partes en esta materia. No obstante, parece razonable que en este tipo de procedimientos se establezca expresamente el principio de inversión de la carga de la prueba, siempre y cuando el consumidor aporte un indicio de la infracción, de forma similar a lo que ocurre en los procesos laborales en los que se alega una vulneración de los derechos fundamentales.

En algunas materias ya existen disposiciones especiales sobre la carga de la prueba. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponde al demandado, de acuerdo con el artículo 217.4 LEC. En el apartado 5 del mismo precepto, relativo a los procesos en los que se alegue discriminación por razón de sexo, también se atribuye al demandado la prueba de que no hubo tal discriminación y de la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

8. Eficacia 'ultra partes' de la sentencia

La extensión de los efectos de una sentencia frente a terceros constituye un mecanismo fundamental para alcanzar una protección eficaz de los derechos de los consumidores. Sin embargo, la regulación actual de esta materia no es un ejemplo de claridad, comenzando por la rúbrica del precepto que se ocupa de esta cuestión, el artículo 221: «sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios». ¿Qué ocurre con los demás legitimados? Evidentemente, la disposición debería referirse expresamente a todos los legitimados (entre ellos, el fiscal) y una interpretación racional llegará a la misma conclusión⁶.

De cualquier modo, lo más importante es que la norma determine con claridad en qué supuestos la sentencia dictada en un proceso colectivo de consumo puede afectar a terceros, que no han intervenido en el procedimiento. La extensión de los efectos de la sentencia puede producirse en dos direcciones: a favor de otros perjudicados o en contra de otros infractores.

— Eficacia de la sentencia frente a otros consumidores

Este supuesto aparece regulado con mayor precisión y se plantea cuando la sentencia no determine individualmente los consumidores que se verán afectados por el fallo, que será abierto, limitándose a describir los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución (*retrato robot* del consumidor perjudicado), tal y como se establece en el artículo 221.1,1.^a LEC.

El sistema se completa con un incidente en la fase de ejecución de sentencia que se regula en el artículo 519 LEC, en el que se comprobará si se cumplen los requisitos establecidos en la sentencia para acogerse al fallo condenatorio. Parece necesario que se admita expresamente la posibilidad de promover este incidente a los propios interesados, sin necesidad de abogado y procurador, pues de lo contrario podría no compensar reclamar pequeñas cantidades.

— Eficacia extensiva frente a otros infractores

El supuesto más polémico es el de la extensión de los efectos de la sentencia a otros posibles infractores. La posición contraria ha surgido por parte de quienes sostienen que esta *ultraefectividad* podría ocasionar indefensión. Curiosamente, estas reticencias no se han planteado en otros supuestos en los que se admite pacíficamente la eficacia de la sentencia frente a terceros, por ejemplo, sentencias dictadas en los procesos sobre el estado civil, matrimonio, incapacidad o filiación (art. 222.3, párrafo segundo, de la LEC). Tal y como sostiene Teresa Armenta Deu, en puridad, no se trataría de una extensión *ultra partes* de la cosa juzgada, sino de la eficacia jurídico material propia de una sentencia anulatoria⁷.

De conformidad con el artículo 221.1,2.^a LEC, se aplicaría exclusivamente a los pronunciamientos de carácter declarativo y con respecto a aquellas prácticas o cláusulas que sean idénticas

⁶ Vallespín Pérez, David, *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas*, Bosch, Las Rozas (Madrid), 2018, p. 95.

Moreno Catena, Víctor, «Sentencias dictadas en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios», en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, coord. por Esther González Pillado, Tecnos, Madrid, 2010, p. 123.

⁷ Armenta Deu, Teresa, *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 89-93.

a las que fueron objeto de reproche en ese proceso colectivo. La finalidad de esta disposición es evitar pronunciamientos contradictorios y alcanzar una mayor protección de los derechos supraindividuales que se tutelan en los procedimientos colectivos.

9. Cosa juzgada

La regulación de la cosa juzgada en los procedimientos colectivos de consumo es manifiestamente insuficiente. El artículo 222.3 LEC se refiere a esta cuestión en unos términos que, incluso, podríamos calificar de inquietantes para todo el que se plantee formular una demanda colectiva:

«La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley».

El artículo 11, al que se remite el precepto anteriormente reproducido, legitima al Ministerio Fiscal y a determinadas entidades para defender en juicio los derechos de los consumidores. Una primera lectura de esta disposición podría conducir a pensar que los consumidores particulares podrían quedar vinculados por el resultado de un procedimiento colectivo, con independencia de que fuera favorable o no a sus intereses.

Una vez más, la jurisprudencia ha tenido que suplir las carencias del legislador ya que, como hemos comentado en el apartado dedicado a la publicidad, los consumidores individuales no pueden quedar vinculados por lo resuelto en un procedimiento colectivo en el que no hayan intervenido.

Otro problema no resuelto por el legislador es la aplicación de la cosa juzgada entre distintos procesos colectivos contra el mismo responsable, y con un mismo objeto; pero que han sido promovidos por distintas entidades legitimadas. Las disposiciones generales sobre la cosa juzgada tampoco sirven para dar una respuesta ya que, en puridad, entre ambos procesos no concurre la identidad subjetiva exigida en el artículo 222 LEC. Sin embargo, lo más razonable es que una vez promovido un proceso colectivo por cualquiera de las entidades legitimadas debe descartarse la posibilidad de que se tramite otro proceso colectivo por el mismo hecho lesivo y contra idéntico infractor por otra entidad legitimada distinta, es decir, solo cabe un proceso colectivo por cada evento dañoso contra el mismo demandado⁸.

Nuestro Ordenamiento no prevé medidas para evitar demandas colectivas fraudulentas, es decir, planteadas intencionadamente de forma incorrecta. Sería preciso un trámite judicial de admisión previo que actuara como un filtro para frenar desde el principio demandas insuficientemente fundadas, abocadas al fracaso, y que impidieran a otras entidades legitimadas presentar otra demanda por los mismos hechos.

10. Ejecución de sentencia

Las acciones de cesación son un instrumento muy útil para combatir las vulneraciones de los derechos de los consumidores; permiten poner fin a situaciones de abuso y tomar medidas para

⁸ *Ibid.*, p. 69.

impedir que se reiteren en el futuro. Sin embargo, el principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios ocasionados exige algo más. El procedimiento colectivo no debe conformarse con una orden de cesación encaminada a poner fin a una conducta lesiva para los consumidores, sino que debe prever mecanismos que faciliten la reparación de los daños ocasionados, en muchos casos de forma masiva.

El artículo 53 TRLGDCU admite expresamente la acumulación de la acción de cesación y de las acciones de nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión, restitución e indemnización de daños y perjuicios. Ahora bien, esta previsión se convierte en papel mojado si no va acompañada de un procedimiento de ejecución colectiva que permita reparar el daño causado a todos los perjudicados.

Una de las posibilidades que debería contemplarse, e incluso incentivarse, es el cumplimiento voluntario de la sentencia por parte del infractor. Normalmente, este cumplimiento no se producirá de una forma espontánea. De ahí que sea conveniente algún tipo de aliciente. En el caso de que se previeran sanciones pecuniarias al responsable de la infracción, podría moderarse el importe de esas cantidades en el caso de cumplimiento voluntario. En los contratos de tracto continuado parece que el cumplimiento voluntario por parte del condenado es la solución más razonable ya que sin demasiado esfuerzo podría devolver a sus clientes las cantidades indebidamente cobradas. Ahora bien, el cumplimiento voluntario debe acreditarse por el condenado. Lo habitual será que la verificación se realice por el órgano judicial; pero no pueden descartarse otros sistemas igualmente fiables (v. gr. mediante la intervención de una empresa auditora externa o a través de un fedatario público).

Al margen del cumplimiento voluntario, las disposiciones legales sobre ejecución forzosa tienen un encaje difícil en los procedimientos colectivos, con multitud de perjudicados, pues están pensadas fundamentalmente para los procedimientos individuales. La infraestructura judicial tampoco se adecúa a las exigencias de una ejecución colectiva. Con frecuencia, será necesario adoptar medidas extraordinarias de refuerzo del juzgado competente para la ejecución. Podría ser conveniente que se previera legalmente la posibilidad de que el responsable de los perjuicios ocasionados a multitud de consumidores asumiera los costes adicionales de esa ejecución forzosa, ante la ausencia de colaboración en el cumplimiento del fallo y se le pudieran repercutir de algún modo los gastos extraordinarios invertido en medios personales y materiales en esa ejecución forzosa.

Otra medida que podría contribuir a la ejecución de la sentencia dictada en un procedimiento colectivo sería la colaboración por parte de otros órganos de la Administración, con competencias en materia de protección de los consumidores. La colaboración administrativa en la ejecución de sentencias no es ajena a nuestro Ordenamiento; se encuentra expresamente prevista en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en los que se prevé que el tribunal recabe el auxilio de la Administración para la ejecución de la multa y de la responsabilidad civil (arts. 305 y 307 del Código Penal).

Finalmente, debería facilitarse la intervención de los consumidores en el incidente de ejecución previsto en el artículo 519 LEC, cuando la sentencia no hubiera determinado individualmente los consumidores que puedan beneficiarse de la condena. Sería conveniente que se admitiera expresamente la posibilidad de que los consumidores pudieran intervenir sin abogado y procurador, tanto la fase declarativa como en la de ejecución cuando su reclamación individual no supere la cuantía establecida en los artículos 23 y 31 LEC, aunque el juicio verbal se hubiera determinado por razón de la materia. De lo contrario no les compensaría la reclamación de pequeñas cantidades a través del incidente previsto en el artículo 519 de la misma ley, tendente a decidir si reúnen los requisitos y las características exigidas en la sentencia para acogerse el fallo.

Constitución, limitación del poder y corrupción

JOSÉ MIGUEL ALONSO CARBAJO

Fiscal de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada

SUMARIO

I. Consideraciones generales. II. Delimitación de los ámbitos de poder. III. Limitación de los poderes mediante instrumentos normativos. IV. La respuesta penal contra la corrupción. V. Constitución *versus* Corrupción.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Una reflexión sobre los cuarenta años de vigencia de la Constitución española (CE) y su proyección, siquiera sea limitada al ámbito propio de la actuación de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada en tanto que uno de los órganos a través de los cuales el Ministerio Fiscal se estructura para el mejor cumplimiento de las misiones encomendadas por dicho texto legal supremo, sobrepasaría en mucho el objeto de las líneas que se nos proponen en esta conmemoración. Es por ello quizá preferible, partiendo de la experiencia acumulada en los veintitrés años de funcionamiento de la comúnmente llamada Fiscalía Anticorrupción, encaminar nuestra mirada crítica hacia los retos que, tanto en la actualidad como en el futuro, esta institución de tanta exposición pública debe y tiene que afrontar para mejor alcanzar los elevados fines que impone el art. 124 CE al Ministerio Público.

De este precepto hemos de partir, y en verdad resultaría difícil tratar de urdir una crítica a la redacción que el legislador constitucional plasmó en él, como también es difícil para quienes somos Fiscales no sentir cierto orgullo, satisfacción, o incluso responsabilidad, cuando leemos que se nos encomienda nada menos que la defensa de la ley, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por aquella ley. Por añadidura, al referirse el propio párrafo segundo de dicha norma constitucional a los principios conforme a los que el Ministerio Fiscal ejercerá sus funciones enfatiza que lo hará “... *con sujeción, en todo caso*”, al principio de legalidad, además de al de imparcialidad. Esto es lo que permite –con independencia de que también aquel sea el principio al que han de someterse otras instituciones- caracterizar al Ministerio Fiscal como un supergarante de la legalidad; siendo por tanto el campo de la ley, de la ingente cantidad de leyes que conforman nuestro ordenamiento, el que indefectiblemente ha de marcar su actuación.

Sin embargo, no se puede dejar de repensar, ni ser autoindulgentes con el modo en que los fiscales cumplimos otra alta misión impuesta por dicho art. 124. Y es que, hasta tal punto deposita el legislador constituyente en el Ministerio Fiscal la máxima responsabilidad en la defensa de la ley, que, a modo de corolario, le atribuye la labor de “*velar por la de la independencia de los Tribunales*”, siendo este un cometido que si bien en abstracto pudiere sugerir inquietud ante posibles injerencias indirectas del Poder Ejecutivo en el Judicial, ha sido llevado a efecto sin que, en general, tales recelos se hayan visto justificados, dada la concepción del Ministerio Fiscal que se ha ido imponiendo con el trascurso de los años, alzaprímado el rigor en la persecución de sus misiones constitucionales mediante la profundización en su actuar sujeto a la ley y al principio de imparcialidad. No obstante, quizá aparezca hoy día esta encomienda necesitada de desarrollo, sobre todo en una sociedad como la actual, en vertiginoso cambio y con exigencia creciente de transparencia y excelencia en la actuación de las instituciones, en este caso del Poder Judicial. Por razones obvias, no cabe adentrarse más en estas líneas sobre la cuestión, sino únicamente dejar apuntada la necesidad de análisis acerca de si el bagaje normativo de nuestro ordenamiento actual es suficiente, sobre todo en calidad, para contener los embates que la independencia judicial sufre y cabe imaginar que pueda continuar sufriendo en el futuro. Movimientos políticos, y no sólo de esta índole, pudieran estar interesados en desarrollar una concepción de la independencia judicial alejada del modelo constitucional, pero sin modificación de la norma suprema dada la dificultad de alcanzar mayorías suficientes para ello.

En consecuencia, con la perspectiva otorgada por varios lustros de vigencia de la CE, y ya con carácter más general, resulta necesario mantener un espacio para la reflexión constante y el análisis desapasionado de la propia actuación del Ministerio Fiscal, ligada como no puede ser por menos, a la aplicación de la ley, pero ofreciendo a legisladores y a la sociedad en su conjunto desde la atalaya privilegiada de su labor cotidiana, posibles cauces de mejora en la formulación de las normas jurídicas y también pautas que permitan descubrir en qué medida realmente se están alcanzando los valores superiores que la propia CE propugna (art. 1.1). Es decir, se precisa que el enjambre normativo no impida al Ministerio Fiscal cumplir el mandato de procurar ante los Tribunales “*la satisfacción del interés social*” (art. 124.1 CE).

Si lo anterior se entiende válido en términos generales para el Ministerio Público español, en la parcela que aquí nos ocupa, limitada a la Fiscalía Especial Anticorrupción, se nos antoja, si cabe, de la mayor relevancia, desde el momento en que se residencia en ésta la persecución de una determinada criminalidad. Al caracterizarse esta delincuencia tanto por las peculiaridades de los entramados habitualmente levantados por los presuntos responsables, como por la notoriedad pública de buena parte de los implicados, provoca que el procedimiento penal desemboque en las llamadas *macrocausas*, las cuales concitan un evidente interés de la ciudadanía, que conlleva que ésta conforme su criterio sobre el funcionamiento de la justicia a partir de la información sobre el desarrollo de tales procedimientos que le es trasladada por los medios de comunicación. El transcurso de los años, ahora que celebramos tan significativo aniversario de la Constitución, ha venido a demostrar que en una sociedad democrática el escrutinio público, no es que sea conveniente, sino que deviene imprescindible en prácticamente todas las facetas de la *res publica*; por ende, muy en especial en el ámbito de la administración de justicia, y, en lo que aquí tratamos, en la actividad de la Fiscalía Especial Anticorrupción, convertida en objeto del foco continuado de la sociedad, lo que nos obliga a ir –o, al menos, modestamente intentarlo– un peldaño por delante en algunos campos: en cuanto al fondo de nuestro quehacer, procurando la exploración de materias novedosas en el terreno de investigaciones complejas que, a su vez, puedan dar origen a cambios en la jurisprudencia o a pronunciamientos de los tribunales sobre materias y cuestiones inéditas (ello es factible, sin duda,

por la ayuda permanente de las Unidades de Apoyo adscritas a disposición de la Fiscalía Especial); en cuanto a la forma, y ligado a esa proyección mediática antes referida, viéndonos obligados a un esfuerzo adicional explicativo, sobre todo, *ad extra*, mediante la contribución dentro de lo posible a la correcta formación de la opinión pública, pues *ad intra* rigen los mecanismos legalmente previstos, fundamentalmente en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF).

Conecta lo acabado de referir, ese espíritu, voluntad, vocación o pretensión de mejorar los modos de actuación -y a través de estos los resultados perseguidos en la lucha contra la llamada delincuencia económica ligada a la corrupción y, posteriormente, también contra la criminalidad organizada- con el acopio de experiencias asimiladas a lo largo de los años de funcionamiento de la Fiscalía Especial. Muy singularmente, desde el punto de vista de la política criminal encaminada a la disminución de la corrupción, y más allá del *nomen* de origen que, a diferencia de la primera Fiscalía Especial que se constituyó, la llamada “*antidroga*”, que en su denominación incluyó el término “*prevención*”, además del de “...*Represión de los Delitos relacionados con el Tráfico Ilegal de Drogas*” (L. 5/88, de 24 de marzo), a la Fiscalía anticorrupción no se le adicionó tal expresión, sino solo el de “... *Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción*” (L. 10/95, de 24 de abril); más allá decimos de la precisión terminológica, si algo se obtiene de la mentada experiencia obtenida es que la función preventiva resulta esencial en el terreno del combate contra la corrupción, siempre que se quiera abordar éste desde una perspectiva global, tomando conciencia de que es un mal que puede socavar los cimientos mismos del sistema de convivencia democrática si no se acomete con amplitud de miras y generosidad de recursos.

Esta gravedad de la corrupción, más allá de una delimitación del concepto mismo, inabordable en estas líneas¹, manifestada o propiciada por el modo de organización y/o funcionamiento de los poderes que conforman, no solo la vida política, sino económica, y, por derivación, social del país en su conjunto, es la que se revela de tal intensidad que precisa de una interpretación de las normas y de los principios constitucionales, además de un desarrollo normativo que permita aproximarnos al deseo plasmado en el preámbulo CE de “*garantizar la convivencia democrática ... conforme a un orden económico y social justo*”. Se ha insistido, y también la experiencia aconseja continuar en esa línea, en que la corrupción no es una lacra que se deba encarar únicamente desde el campo del Derecho penal, ariete necesario pero no suficiente². Debido a ello, una reflexión más omnicomprensiva lleva a considerar, expresado sintéticamente, que lo que pudiera entenderse por comportamientos corruptos en un grupo social hunde sus raíces en una pluralidad de factores, de índole ético, económico, cultural, etc., que interactúan de un modo desigual; de tal forma que es el terreno de la educación en ciertos valores contrarios a esas conductas el mejor antídoto o fórmula de prevención de la corrupción, bien que siempre se necesitará para las conductas más reprochables el complemento de la actuación de un proceso penal justo, que, a su vez, desempeñará, además de la función represiva o preventiva especial en el caso concreto, la preventiva general que también le corresponde.

No se trata de crear alarma innecesaria, pero si el diagnóstico es erróneo lo será seguramente el tratamiento. Mas sucede que las portadas de los medios de comunicación aparecen continua-

¹ Sobre todo constatando lo acertado de la afirmación de ANDRÁS SAJÓ: “La corrupción es un concepto bien establecido, al menos en un sentido: todos sabemos que los expertos nunca se pondrán de acuerdo en una única definición”. “*Political Corruption in Transition. A Skeptic's Handbook*”, Ed. por A. Sajó y S. Kotkin, Central European University Press, 2002, pág. 2.

² Una decidida crítica al uso exclusivo del derecho penal en la lucha contra la corrupción se puede leer en “*Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades*”, Antonio DEL MORAL GARCÍA. R.V.A.P. núm. 104-II. Enero-Abril 2016. Págs. 43-75.

mente copadas de noticias referidas a casos de corrupción en los que los implicados son políticos o personas aledañas a éstos y a los partidos políticos. Tampoco parece aventurado convenir, por tanto, que desde hace cierto tiempo se ha inoculado en grandes capas de la población -hoy se diría, “transversalmente”- el virus de la desconfianza, cuando no del desapego más absoluto, hacia quienes representan, deben hacerlo, los intereses comunes. Se trata de una reacción contra los políticos con responsabilidades de gobierno en los diversos ámbitos, pudiéndose incluir aquí tanto a los poderes ejecutivo como legislativo -de nivel estatal, autonómico o local- pero que abarca igualmente de forma muy significativa, encuestas mediante, al Poder Judicial, a aquellos llamados por la Constitución a aplicar las leyes para hacer justicia: nada más y nada menos que esto. Y de esa reluctancia ciudadana no escapa tampoco el Ministerio Fiscal, encargado de poner en marcha en muchas ocasiones la maquinaria judicial que ha de reprimir los comportamientos corruptos.

Efectivamente, el problema nos sitúa en los posibles fallos del engranaje constitucional que habría derivado en un progresivo distanciamiento del pueblo español respecto de sus representantes en las principales instituciones. Ha de reconocerse que no siempre es fácil discernir si la falla ocurre en la regulación legal o tiene otros orígenes. En un Estado con una producción legislativa desbocada y solapada entre órganos legisladores (ya Tácito sostuvo que cuantas más leyes promulga un Estado más corrupto es) se hace factible eludir los principios constitucionales esenciales (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), y caminar hacia un Estado, más que de Derecho, de pleitos interminables e ininteligibles para los ciudadanos e interpretaciones normativas imposibles que conducen, desgraciadamente, a la inaplicación efectiva de aquellos principios constitucionales que a todos debieran ampararnos. Esta patología se advierte hoy en día bastante generalizada, y no solo a nivel europeo, lo cual tampoco supone gran consuelo, aunque sí facilita la posibilidad de cooperación internacional en la búsqueda de soluciones.

Al observar el actual panorama político-judicial español parece inevitable replantearse, repensar, los mecanismos de que se disponen, de los que nos hemos dotado, para dar la batalla a aquellos comportamientos que socavan gravemente la convivencia de los españoles por generar en no pocas ocasiones una profunda desconfianza en la probidad de las instituciones, públicas principalmente, pero también privadas, que aparecen como pilares de nuestro sistema democrático. Si lo anterior fuera cierto, habría que convenir en que el reto a que debemos enfrentarnos es de la mayor importancia y que de las medidas que adoptemos dependerá incluso la propia pervivencia del entramado político institucional emanado de la Constitución cuyo cuarenta cumpleaños celebramos y que nos hace equipararnos a los regímenes políticos más avanzados y de mayor bienestar para sus ciudadanos. Sin riesgo de exagerar, parafraseando a Ortega, tal reto colectivo constituiría *“El tema de nuestro tiempo”*.

Con independencia de que la transmisión de información sobre los casos de corrupción llegue a la mayoría de ciudadanos con una cierta deformación que obedece a variadas circunstancias no analizables en estas líneas, es indudable que produce en la sociedad un sedimento de opinión, como expresamos anteriormente, de efecto prácticamente devastador de la confianza en el funcionamiento adecuado de las instituciones. En ausencia de un antídoto, la reacción que se requiere para superar la situación vigente, dada la conformación del entramado institucional depositario de gran parte del poder político y económico, se asienta en el establecimiento de espacios de actuación blindados a la discrecionalidad, así como en el incremento y mejora de mecanismos auténticamente participativos socialmente.

II. DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE PODER

Si algo acaba resultando evidente para cualquiera que se acerque al fenómeno de la corrupción en nuestro país es la necesidad de una delimitación de los ámbitos de poder institucionales, de establecer un marco preciso en el que quepa situar la actividad de los diversos agentes políticos y económicos, lo cual facilitará la atribución de responsabilidades. En esta línea, cabe distinguir; por un lado, los ámbitos de poder público electivo (se incluirían aquí a los dirigentes y políticos en su conjunto, ya lo sean en el nivel nacional, autonómico-regional o local); por otro, ámbitos de poder público profesional, en los que se hallarían comprendidos los miembros del Poder Judicial, entendido este no desde el punto de vista de *tercer poder* del Estado ni restringido a estos efectos a lo prescrito en el Título VI CE, sino como aquel en el que participan jueces, fiscales y letrados de la Administración de Justicia, es decir, profesionales de este ámbito con habilitación legal para dictar resoluciones en expedientes judiciales y fiscales. También formarían parte de este ámbito de poder profesional los miembros integrados en los principales Cuerpos y Carreras del Estado y aun de las Comunidades Autónomas y entes locales (notarios, registradores, abogados del Estado, inspectores de Hacienda y de otros Ministerios y organismos, interventores, etc.): en definitiva, aquellos cuyo acceso a la función pública se ha realizado a través de un proceso que satisface los requerimientos constitucionales de “*mérito y capacidad*” por haber culminado el mismo después de un exigente recorrido formativo coronado con éxito en régimen competitivo; pero, más aun, por estar su labor profesional reglada (sin la esfera de discrecionalidad de los cargos políticos), y, sin embargo, en muchos casos, con capacidad de dictar o determinar en gran medida el sentido de resoluciones o decisiones de indudable importancia para el ciudadano; en definitiva, depositarios de unas facultades orientadas al recto funcionamiento de las instituciones con el fin de garantizar el desenvolvimiento de las administraciones públicas en los términos exigidos por el art. 103 CE.

La realización de un proceso de selección que cumpla tales principios se revela como de indispensable mantenimiento y vigilancia si se aspira a una función pública que pueda cumplir el canon de constitucionalidad como mejor forma de alcanzar la deseada “*imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*”. Aquellos supuestos en que la endogamia en el proceso selectivo se ha impuesto, básicamente propiciada por la penetración del poder político, ha demostrado sus perniciosos efectos y su capacidad de horadar la confianza ciudadana en la vigencia real de los principios constitucionales, representando el germen de la corrupción en sentido lato y prácticas ilícitas en numerosas ocasiones.

Junto a esos ámbitos de poder público –y en demasiadas veces con excesiva cercanía a los mismos– se encuentran los que pueden denominarse ámbitos de poder privado: con carácter muy general, vendrán encarnados por aquellas personas representativas de ostentar una importante posición económica, ya sea a título particular, en cuanto personas físicas, o como representantes o dirigentes reales de sociedades mercantiles en sus diferentes formas; pero también por los individuos al frente o insertos en el en ocasiones denominado *tercer sector*: organizaciones, asociaciones y entidades en las que igualmente su cercanía y en muchos casos dependencia del poder político es casi absoluta (así, v. gr., aquellas cuyo origen y pervivencia estriba en subvenciones procedentes de organismos públicos).

Se ha de destacar, a la hora de encarar actuaciones presuntamente delictivas en el seno de ciertas personas jurídicas la continuada actividad de la Fiscalía Especial, atacando una criminalidad con unos contornos de difícil precisión en no pocos casos. Pero también se debe resaltar aquí la dificultad de valoración de operaciones que tienen lugar en las principales corporaciones o sociedades privadas, que desarrollan una función determinante en la vida económica y en la creación de

riqueza, pero cuyo quehacer cotidiano, en caso de no gozar de un marco normativo adecuado que desarrolle el principio del art. 38 CE que “reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, puede tender inevitablemente –y así ha ocurrido en no pocos supuestos- al uso de determinadas prácticas contrarias a las “exigencias de la economía general”, y , por extensión, contrarias a los intereses de los ciudadanos, con palmaria contradicción del precepto antes citado.

Es obligado reconocer que la diferenciación entre ámbitos de poder público y privado en la práctica se halla difuminada y representa una ardua problemática y un desafío constante para la Fiscalía Especial en variados procesos e investigaciones, pues en el fondo lo que se precisa ponderar, para después deslindar adecuadamente las conductas, es el respeto a los cimientos mismos, constitucionalizados básicamente en el art. 38, sobre los que se asientan los pilares del sistema económico; sobre todo porque no han sido trasladados, en un desarrollo legislativo ordenado, a la complejidad que entraña el desenvolvimiento de la actividad de los operadores económicos, y menos aún en una sociedad tan proteica y cambiante como la actual y que presumiblemente lo será más en el porvenir³.

Buen ejemplo práctico lo extraemos de la llamada crisis de las Cajas de Ahorro, las cuales pasaron en corto espacio temporal de representar un sector peculiar, pero de éxito en nuestro sistema financiero y favorecedor del desarrollo económico, a suponer un gran problema que abarcaba distintas vertientes: básicamente, por un lado, la estrictamente económica en cuanto se materializó en un enorme perjuicio tangible; pero, por otro, en lo que afectó y afecta al desempeño de la Fiscalía Especial Anticorrupción, en el terreno de la investigación y, en su caso, del ejercicio de acciones penales, por lo general contra sus principales dirigentes y colaboradores y/o beneficiarios particulares de millonarias operaciones. La bondad del ejemplo que comentamos proviene de que se nos muestra en un ámbito clave de la economía del país -como es el sistema financiero, del cual las Cajas de Ahorros han sido parte muy relevante- en el que la limitación y distribución de poderes, no ha sido respetada por el poder político-legislativo, de modo que, tal y como sostienen los estudios sobre la materia, la politización de los órganos de gobierno de estas entidades ha corrido pareja con la ineficiencia y con la asunción de mayores riesgos con daño para su solvencia⁴. Todo ello al margen de otros factores desencadenantes y coadyuvantes de la aludida crisis, entre los que también se ha señalado destacadamente el rol desempeñado por los organismos supervisores en la materia: aspecto este último de importancia en la fase de ejercicio de acciones penales, no analizable ahora con amplitud, pero en el que ha de apuntarse se hallan implicadas variadas cuestiones,

³ Es por ello que ya desde hace bastantes años se viene incidiendo en la importancia de atender a la corrupción inserta en el ámbito privado económico o de los negocios. A este respecto, puede verse un ejemplo de propuesta integradora del Derecho privado en la labor de prevención de la corrupción, como complemento del Derecho administrativo sancionador y del Derecho penal en: Fernando CARBAJO GASCÓN “*Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión*”, dentro de la obra coordinada por Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós, “*La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*”. Ed. Ratio Legis. Salamanca 2004. El autor apuesta por una superación de la dicotomía clásica entre Derecho civil como derecho común y Derecho mercantil como ley especial, “*en línea con las últimas tendencias unificadoras dentro del Derecho privado*” ; abogando por un moderno “*Derecho privado del tráfico económico*” que sería fruto de la “*...generalización de lo mercantil a toda la sociedad, ... o sea porque el tráfico económico moderno es un tráfico protagonizado esencialmente por la actividad de los empresarios y profesionales del tráfico*”, pg. 136.

⁴ Se puede consultar en este sentido, entre otros, el trabajo de Salvador CLIMENT SERRANO “*La reestructuración del sistema bancario español tras la crisis y la solvencia de las entidades financieras. Consecuencias para las cajas de ahorros*”. Revista de Contabilidad – Spanish Accounting Review 16 (2) (2013) 136–146 [www.elsevier.es/rcsar].

no solo jurídico penalmente sustantivas, sino procesales; a título de ejemplo, la que puede surgir de la necesidad en el proceso penal de auxilio especializado y dictámenes periciales, que, en muchas ocasiones han de ser emitidos por funcionarios cualificados de esas mismas entidades reguladoras.

La mencionada dificultad de descubrir si se están plasmando en la práctica los requerimientos constitucionales en materia económica, se incrementa si cabe con la inevitable y progresiva incidencia de las regulaciones internacionales en toda clase de facetas de la vida económica de los Estados y de sus nacionales. Y no solo, muy en especial, a través de la obligatoriedad jurídica de cumplimiento para España de la normativa emanada de las instituciones de la Unión Europea (art. 96 CE), sino también y de forma progresiva a través del denominado “*soft law*”, entendiendo con esta expresión importada del derecho internacional aquellos instrumentos no jurídicamente vinculantes, pero “*cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona*”⁵. Se incluyen dentro de este término, entre otros, las recomendaciones y los dictámenes comunitarios, los códigos de conducta, la cooperación reforzada y la jurisprudencia TJCE respecto a los Estados no parte en el litigio⁶. No obstante, ha de reconocerse igualmente que la conciencia general de los Estados de padecer unas dificultades semejantes en el escenario de las actuaciones empresariales, cada vez más transfronterizas, supone al mismo tiempo el germen de, al menos, principios de soluciones que indispensablemente han de ser globales si se quiere que alcancen efectividad.

III. LIMITACIÓN DE LOS PODERES MEDIANTE INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Si bien pudiera convenirse, en línea con lo expresado anteriormente, que, genéricamente, a efectos de posible disección de la problemática que afrontamos, existen tres tipos de poderes que inciden de una manera relevante en el fenómeno de la corrupción: poder político, poder profesional y poder económico; la tarea más ardua surge de la necesidad de distinguir el campo de actuación de sus integrantes, pues son evidentes las interrelaciones que asiduamente han de mantener en el desarrollo de aquella. Mientras que el llamado *poder profesional*, en general se ordena por la normativa y estatutos que son propios de cada cuerpo o carrera funcional, sin embargo presenta unos contornos competenciales más diluidos en razón del desempeño de ciertos puestos en concreto, principalmente en los casos de funcionarios designados discrecionalmente por el cargo político para realizar labor de asesoría técnica. Si la reducción de la discrecionalidad, como antes dijimos, es pilar esencial de la reducción de la corrupción, es inevitable focalizar el análisis en el poder político, o, si se quiere, en el poder de los políticos; los cuales son en última instancia, ante la ausencia de otras formas de evitar el comportamiento desviado, los que tienen la facultad de producción legislativa.

⁵ Así lo contempla, pero desde una perspectiva crítica con dicha terminología, la profesora Ángeles MAZUELOS BELLIDO en su trabajo “Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?”. Revista electrónica de estudios internacionales (2004).

⁶ Vid. Gloria ALARCÓN GARCÍA. “El soft law y nuestro sistema de fuentes”, en “Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje del profesor Álvaro Rodríguez Bereijo”. Thomson Reuters-Aranzadi. 2010. La autora recoge similares aproximaciones al concepto, tales como la que cita de Sarmiento, D. «La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law», Cuadernos de Derecho Público, núm. 28, 2006, pgs. 221-261, pg. 223, en la que se refiere a “los actos o instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio pero incardinados en el sistema de fuentes, tales como recomendaciones, resoluciones, instrucciones, planes, circulares, normas técnicas, cartas de servicios, códigos de conducta o de buen gobierno, entre otros, cuyo elemento común es el de causar dificultades al intérprete del derecho”.

Una somera aproximación al desafío de perfilar los límites –y, por tanto, los contrapesos del poder político- en un Estado democrático, y, en lo que nos afecta, en el nuestro, arranca indefectiblemente, y es opinión bastante extendida, del hecho de que la corrupción se verá favorecida: a) cuanto mayor sea la mezcla o confusión de actividades y decisiones entre quienes ostentan el poder político y los principales representantes del poder económico; b) cuanto mayor sea el grado de discrecionalidad del poder político a la hora de adoptar decisiones de índole económica con postergación de los informes profesionales correspondientes; c) cuanto mayor sea el grado de opacidad de la decisión tomada; d) cuanto menor sea el grado participación de los ciudadanos en el objeto de la decisión; e) cuanto mayor sea la posibilidad del representante político o, habitualmente, funcionario cualificado de ser recompensado, usualmente por el poder económico -no ya en el momento, pues incidiría en ilícito- sino con posterioridad en términos de expectativa o promoción profesional privada (fenómeno de las “*puertas giratorias*” (*revolving doors*), que –más allá de la connotación despectiva de la expresión- no ha de prohibirse en una sociedad libre, pero que precisa de una regulación armonizada y equitativa, sobre todo atendiendo a la pluralidad de administraciones potencialmente implicadas, así como a la conveniencia de procurar evitar la huida de personal cualificado del servicio público). En fin, a estos supuestos –es cierto, íntimamente relacionados entre sí- podríamos seguir añadiendo otros hasta agotar seguramente las letras del abecedario. La constatación de la intensidad de su vigencia en el entramado institucional nos otorgará, ni más ni menos, el índice de calidad de nuestra democracia.

Si se pretende evitar situaciones incompatibles con el texto constitucional de 1978 como las antes citadas, se precisa examinar continuamente la calidad democrática para procurar la legitimación constante y renovada de los poderes constitucionalmente establecidos y que no quiebre la relación de confianza ciudadana en el funcionamiento justo de las instituciones. Como es obvio, pero a veces parece que solo en el plano teórico, la archiconocida máxima de Lord Acton de que “*el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente*” aparece plenamente vigente y recuerda constantemente la necesidad de embridarlos y limitarlos.

La teoría constitucional a este respecto, pero también la práctica en países de largo recorrido democrático, vienen desde hace tiempo indicando; por una parte, los principios de los que partir para esa labor regeneradora; y por otra parte, señalando las medidas concretas que se deben adoptar a tal fin. Los principios básicos serían, resumidamente, dos: el llamado de *desconfianza* que se ha de tener en quien participa en el desempeño de potestades públicas (que, curiosa, pero no contradictoriamente, se complementa con el de *confianza*, que, tratándose de cargos electos, habría estado en el origen de su elección); así como el de *rendición o dación de cuentas*, el cual no es más que el desarrollo obligado del anterior. Aun siendo conscientes de que tales principios, así expresados –aunque se pudiera hacer de forma más pormenorizada-, suponen el punto de arranque para una mejora de los mecanismos democráticos en una sociedad moderna, ésta se ve dificultada por la ausencia o insuficiencia de un marco normativo ético de conducta identificable y asumible con carácter general que permita predicar si el comportamiento del cargo público se ajusta al mismo⁷; dificultad con origen, entre otros, en las características de una sociedad crecientemente compleja. Esto traslada el enfoque del examen del comportamiento del cargo público al terreno del Derecho positivo, con destacada presencia del Derecho penal.

En España ha sido la constatación del distanciamiento progresivo entre ciudadanía y políticos, entre representantes y representados, por el modo de conducirse aquellos en el gobierno

⁷ Vid. el estudio de Rafael BUSTOS GISBERT titulado “*Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*”. UNED. “*Teoría y Realidad Constitucional*”, num. 25, 2010, pgs. 69-109.

que estos les habían conferido, lo que ha inducido al Poder ejecutivo y al legislativo a formular propuestas de “*pactos contra la corrupción*”, así como a la adopción de medidas legales tendentes a la restauración de la confianza dañada, o directamente perdida. La falta de sistemática, de difícil consecución cuando el planteamiento es cortoplacista, y la imposibilidad de sustraer la materia a la lucha partidista, limita, desde un punto de vista interdisciplinar, la plena eficacia de dichas medidas y a veces se resiente hasta su propia legitimidad.

A este respecto es paradigmática, aun fuera de la esfera del derecho penal, la *Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Resulta difícil no compartir palabra por palabra el contenido del inicio del Preámbulo de esta norma y su loa de la transparencia⁸. No obstante ser un instrumento legal distinto y distante de los informes emanados del británico *Comitee on Standards in Public Life* dirigido en su origen por el juez Lord Nolan en 1994, serían perfectamente incluibles en tal norma española los célebres siete principios que han de cumplir los cargos públicos en el Reino Unido: desinterés propio –en el sentido de actuar exclusivamente guiados por el interés público-, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo –mediante la exhibición de tales principios en su actuación. Sin embargo, como tantas veces sucede por desgracia, la traslación en la práctica de los principios tan claramente expuestos en la motivación de la L. 19/2013, deja mucho que desear: de entrada, se precisará una necesidad de armonización legislativa, a la vez que una ardua tarea interpretativa, pues además de la citada norma estatal se han dictado leyes equivalentes por casi todas las Comunidades Autónomas, con posibilidad de desarrollo reglamentario y con diferente incidencia en las obligaciones de transparencia para las corporaciones locales. También sucede que, a pesar de que por dicha ley española se crea un “Portal de la Transparencia”, además de un “Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, la información a la que es factible acceder dista bastante de la que podría esperarse del enunciado de tan nobles postulados de base⁹.

Como continuación o complemento de la normativa comentada se han promulgado otras normas cual la *Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*, a la que igualmente hay que añadir aquellas que sobre esta materia han sido dictadas por diversas Comunidades Autónomas, si bien algunas con denominaciones propias (v. gr. la *Ley 8/2015, de 25 de marzo, “de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón*”, a la que los legisladores de esta región sumaron la *Ley 5/2017, de 1 de junio, “de Integridad y Ética Públicas*”; o la recién alumbrada por el parlamento del Principado de Asturias: “*Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés*”). En el seno

⁸ “La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.”

⁹ Puede ser revelador de algo más que una anécdota, por ejemplo, cómo cabe acceder a través de la página web del Gobierno del Reino Unido, a la relación de viajes de sus Ministros, con información detallada de los mismos. Así, podemos conocer cómo la actual Primer Ministro acudió el 22 de junio de 2017 al consejo de la Unión Europea y el coste del avión (“N. 32 The Royal Squadron”), ascendió a 3.871,54 Libras en el viaje de ida, e idéntica cantidad en el de vuelta; o que el 13 de junio de ese mismo año había viajado hasta París para mantener un encuentro bilateral con el Presidente Macron, y el coste en el mismo tipo de avión ascendió a 1.592,55 Libras para la ida y la misma cantidad para el regreso. No hemos encontrado equivalente información en nuestro país.

de esta batería legislativa hallamos, además de Agencias, Oficinas y Consejos, a través de las que se dice pretender implementar tales ordenamientos -con las dotaciones presupuestarias correspondientes- bellos enunciados¹⁰ que no parecen correr parejos con unos resultados apreciables en la materia a la hora de descubrir ilicitudes y aplicar los preceptos de tales compilaciones de normas¹¹.

Y también debe ser incluida en el espectro normativo que glosamos la L.O. 3/2015, de 30 de marzo, “*de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos*”, que, entre otros extremos, aborda una modificación del régimen de las donaciones, prohibición de condonaciones de deuda por entidades de crédito, los supuestos en que ha de considerarse la vinculación a los partidos de asociaciones y fundaciones, etc. Cuestiones que parecen responder a una preocupación común en el Derecho comparado por salvaguardar estas instituciones claves para el sistema político democrático de veleidades de corrupción en las que se han visto incursas en renombrados supuestos y variados países. Conviene tener presente que en la opinión de los europeos, y en la de los españoles en porcentaje superior, partidos políticos, Parlamento y Gobierno aparecen como las instituciones en las que menos se confía: así, según el conocido como *Eurobarómetro*, en otoño de 2017, en nuestro país la desconfianza en los partidos alcanza al 89% de la población, al 74% en los parlamentarios y al 75% en el Gobierno, mientras que del sistema judicial desconfía un 56%, cota parecida a otras instituciones como la Administración Pública. El complemento legal represivo encaminado a la recuperación de la mermada confianza de los ciudadanos en los partidos políticos, en cuanto vehículos esenciales contemplados en la CE para canalizar la voluntad y participación populares, se proporciona mediante la introducción por la L. O. 1/2015, de 30 de marzo del Título XIII BIS del Libro II del Código Penal (CP), referido a los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter).

También en una senda similar ha de comprenderse la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que contempla dentro de sus objetivos, “*en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública*”, lo cual no viene a ser más que un medio para la “*lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses*” (Artículo 64).

De manera semejante, aunque íntimamente entrelazado con lo hasta ahora expresado, y tal como fue mencionado con anterioridad, sobresale la actuación de ciertas corporaciones, especialmente las principales compañías mercantiles que dominan los sectores más destacados de la economía del país, respecto de las que se plantean variadas y difíciles cuestiones de resolver en el terreno que tratamos de los límites de los poderes y la necesidad de preservar los principios constitucionales que enmarcan la actividad económica. El cauce empleado por el legislador para prevenir conductas irregulares ha sido a través del establecimiento de normas de obligado cumplimiento en

¹⁰ Así, la Exposición de Motivos de la norma gallega (Ley 1/2016, de 18 de enero, “de transparencia y buen gobierno”) comienza diciendo que “La importancia del control ciudadano sobre la actividad gubernamental en una democracia queda acreditada desde los debates que precedieron a la promulgación de la primera constitución democrática de la historia. En los llamados «papeles federalistas», pensadores como James Madison o Alexander Hamilton introducían los conceptos de «rendición de cuentas» o «controles y contrapesos» como elementos esenciales que se encuentran en la raíz de la democracia.”

¹¹ Según el catedrático de Derecho administrativo, Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, la Oficina de Conflicto de Intereses, con rango de Dirección General, que es la que tiene que examinar la situación patrimonial de los altos cargos, hasta el momento “no se conoce que haya detectado ninguna irregularidad”. Artículo publicado en el periódico EL MUNDO el 5 de octubre de 2018 bajo el título “*¿Ejercicio de transparencia o populismo?*”.

la gestión y administración de tales compañías mercantiles que se asientan, como prácticamente toda medida contraria a la corrupción, en el fomento de la transparencia. Para ello se han ido incorporado al ordenamiento jurídico en una escalada progresiva normas que recogen y desarrollan tal principio: es lo que se observa en el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores, redactado conforme a la recentísima reforma operada por R. D-L 14/2018 de 28 de septiembre, y corrección de errores (Ref. BOE de 18 de octubre), en la que, incorporando normativa de la UE, se recoge, entre otras, un aumento de las obligaciones de información al cliente y del control de las circunstancias que puedan afectar a los conflictos de intereses. Idéntico criterio es el que había guiado la elaboración de los llamados “Códigos de buen gobierno” realizados por expertos y diversas instituciones, que si bien surgidos en la esfera de las sociedades cotizadas, por un lado, pueden ser útiles para su traslación, aun parcial, a sociedades de otra índole; y, por otro lado, han sido incorporados a textos legales, cual sucedió con la reforma efectuada por la *Ley 31/2014 de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*. Manifestación de un proceso imparable en este campo lo constituye el R. D.-L. 18/2017, de 24 de noviembre¹², por el que se modifican, entre otras leyes, el Código de Comercio, para introducir en el nuevo apartado 6 del art. 49 de dicho texto legal una referencia explícita a la obligación de la sociedad dominante de un grupo de sociedades de presentar, dentro del estado de información no financiera consolidado *“la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad respecto... a la lucha contra la corrupción y el soborno”*, con desarrollo respecto del modo de presentación.

Todavía fuera del campo del Derecho penal, el poder político ha apreciado la necesidad de crear, bajo la denominación de Oficinas, Agencias o Consejos, instituciones antifraude o anticorrupción (que al momento de escribir estas líneas, al menos se han constituido en las Comunidades autónomas de Cataluña, Valencia, Islas Baleares y Galicia, además de las correspondientes de los ayuntamiento de Madrid y Barcelona)¹³.

IV. LA RESPUESTA PENAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

Es, claro está, la que debe producirse cuando el resto de mecanismos han fracasado en el caso concreto y el comportamiento más intolerable presuntamente corrupto se ha producido. En esta efemérides, más que realizar un recorrido o análisis, siquiera fuera superficial, del desenvolvimiento de la Fiscalía Especial Anticorrupción a lo largo del tiempo en su ampliado campo competencial; corresponde, con arreglo al tema tratado, procurar seguir la senda de lo que se preveía en la exposición de motivos de la ley de su creación en 1995, en la que se afirmaba: *“... es obvio que la práctica puede servir de pauta y guía para lograr un encaje correcto y una articulación adecuada”*. Se precisa exponer, con riesgo cierto de falta de sistemática, y omisión de numerosas instituciones penales sustantivas y procesales, el modo como se advierte que es posible el progreso y la mejora en los cometidos legales atribuidos a la institución; sobre todo en lo relativo a la articulación de una eficaz y justa respuesta a un fenómeno delictivo de contornos imprecisos, pero que muta a una velocidad tan vertiginosa como lo hacen las estructuras internacionales económico-financieras,

¹² R. D.-L. 18/2017, de 24 de noviembre por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el R. D. Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

¹³ En una reunión de estas agencias celebrada en junio del presente año acordaron compartir estrategias ante la inexistencia de un “plan nacional contra la corrupción” (www.elmundo.es, 29.jun.2018)

tecnológicas, y, en definitiva, las propias estructuras con capacidad para la toma de decisiones; es decir, los sistemas o centros de poder a los que hemos venido haciendo mención.

Es un hecho que en los últimos tiempos, la respuesta penal en España ante el fenómeno de la corrupción se ha procurado mediante modificaciones legales tendentes a facilitar la inclusión en los tipos penales de una variedad de conductas asociadas a las múltiples facetas tanto de la delincuencia económica más grave como del crimen organizado. Por una parte, esto ha significado una ampliación de figuras delictivas preexistentes, siendo ejemplo prototípico, y de indudable recorrido en esta fenomenología delictiva, el delito de blanqueo de capitales: así, desde la inicial tipificación que se efectuó con la introducción en el CP por la LO 1/1988, de 24 de marzo del art. 546 bis f), como una modalidad de receptación, ha experimentado sucesivas reformas en 1992, 1995, 2003 y 2010. Sin poder reparar en el recorrido histórico legislativo de la conducta tipificada, lo que es evidente, a tenor del mismo, es que –ante la gravedad de las conductas a combatir y los grandes resortes a disposición de organizaciones y particulares para ocultar el beneficio de actuaciones de indudable transcendencia social y económica- se trata por el legislador de facilitar al aplicador del Derecho, casi siempre a impulso de la evolución de la normas comunitarias europeas, unos mecanismos hermenéuticos lo más amplios posibles a la hora de poder conectar el afloramiento de activos económicos con conductas anteriores penalmente reprochables y poder predicar así el carácter delictivo de tales activos, lo cual se ha ido procurando a través de un ensanchamiento progresivo de la conducta típica, no exento de crítica por algún sector doctrinal, a la vez que objeto de continuos intentos de delimitación por la jurisprudencia para no desbordar principios irrenunciables del Derecho penal. Otro tanto pudiera decirse de los delitos referidos a “*organizaciones y grupos criminales*” (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter, integrantes del Capítulo VI del Título XXII, Libro II CP), introducidos en éste por la reforma de la LO 5/2010 de 22 de junio por considerarse “... *la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales*” (Preámbulo de la citada norma). No supone exageración considerar al blanqueo y la vinculación a grupo criminal como especie de delitos subsidiarios o *de cierre* en la delincuencia que abordamos, y así se han ido perfilando en el plano internacional para su traslación a los ordenamientos penales nacionales.

Pero aquella respuesta penal también ha supuesto la creación *ex novo* de figuras delictivas en el ámbito contemplado: a título de ejemplo, la llamada “*corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*”, introducido por la LO 3/2000, de 11 de enero en el art. 445 bis (objeto de modificaciones en reformas posteriores: 2003, 2010 y 2015, tanto en la descripción típica como en la sistemática); o el delito conocido como “*corrupción deportiva*”, incorporado en el CP por la LO 5/2010, de 22 de julio al añadir el apartado 4 al art. 286 bis, a su vez ampliado por la LO 1/2015, de 30 de marzo que lo sitúa dentro de la nueva rúbrica de la Sección 4ª del Capítulo XI de Título XIII de Libro II bajo la denominación “*Delitos de corrupción en los negocios*” (que incluye además el delito de “*corrupción en el sector privado*”, antes conocido como “*corrupción ente particulares*”). Otras veces se ha procedido al expediente de extender el ámbito de los posibles sujetos activos cual ocurrió tras la reforma del CP por la LO 5/2010, de 22 de julio que incorporó en el art. 31 bis la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, modificado en 2015 y con añadido de otros tres preceptos más, si bien es obvio que no se limita a delitos relacionados con la corrupción o la criminalidad organizada.

Es de común conocimiento el hecho de que en el territorio de este tipo de delincuencia, lo que prima es el cálculo del posible beneficio económico sobre cualquier otro criterio, por lo que si los investigadores disponen de medidas que puedan poner eficazmente en funcionamiento ante posibles comportamientos ilícitos, y que ataquen directamente el patrimonio de quien aparece

implicado, será determinante para la disuasión y evitación de los mismos. Justo es reconocer que variadas medidas legislativas en el escenario de la persecución penal de la corrupción han sido encadenadas en los últimos años, en buena medida dirigidas a cercenar o disminuir lo que constituye el objetivo nuclear de quien participa en tales prácticas: la ganancia económica ilícita y la consolidación de la misma. En este sentido se enmarca la progresiva ampliación del espectro de la figura del decomiso en las últimas reformas del Código Penal, (L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, L.O. 5/2010, de 22 de junio y 1/2015 de 30 de marzo) y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR). Respondería esta regulación a modo de pretensión de cierre de círculo del conglomerado de normas penales –aunque el decomiso no sea propiamente pena en el CP vigente- especialmente oportunas contra las actividades corruptas.

Cierto es que existe una corriente de opinión, tanto de doctrina como de prácticos, que aboga desde hace tiempo por ampliar el catálogo de las figuras penales en la convicción de que así se avanzaría notablemente en la contienda que suponen los procesos penales contra la corrupción. Destaca entre estas propuestas la de la tipificación del llamado “*enriquecimiento ilícito o injustificado de los empleados públicos*”. Frente a quienes consideran que no se trataría más que de hacer aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria; despierta resistencia por entenderse que atenta contra principios básicos como el de presunción de inocencia al advertirse que da lugar a que se produzca una inversión de la carga de la prueba sobre la licitud del incremento del patrimonio¹⁴. En efecto, una vez más se observa una *huida hacia el Derecho penal* ante una inaplicación de la copiosa legislación, alguna antes apuntada, que rige la actuación de los cargos y empleados públicos: bastaría comprobar la aplicación que se ha efectuado del art. 23 de la ya antes aludida L.O. 3/2015, de 30 de marzo¹⁵, para en su caso, valorar las circunstancias que concurren en aquélla (Vid. nota al pie nº 11). Es en esa eficacia en la aplicación de las normas, y, en su caso, en los obstáculos que se oponen a ello, más que en la producción por la mera adición de ellas a un conjunto amorfo, en dónde debiera incidirse. Además de estar al corriente de las últimas tendencias doctrinales y legislativas en la materia y de investigar sobre aquellas que se pudiesen propugnar; no sería ocioso en ocasiones extraer alguna enseñanza de la historia de una nación como la española, con una Constitución vigente que ha permitido una convivencia de éxito colectivo por encima de indudables dificultades, con un pasado tan sumamente rico y pionero en tantas vertientes, del que a menudo somos empujados a huir sin saber retornar a él para descubrir bondades ocultas y poder reivindicarlo frente a posiciones irracionales y anticientíficas. Al hilo de la cuestión tratada del ilegítimo enriquecimiento de los cargos públicos, por ejemplo, hallamos una institución análoga al pretendido ilícito nada menos que en los llamados *Juicios de residencia* que se recogen en el Dere-

¹⁴ Vid. el trabajo de Isidoro Blanco Cordero: “*El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos*”, en *Revista de Ciencia Penal y Criminología*. 2017, núm. 19-16, pp. 1-35. Se examina, entre otros aspectos, la no inclusión en la inmensa mayoría de ordenamientos penales europeos, la declaración de inconstitucionalidad en algunos de ellos (Portugal, Italia), así como la dificultad de identificar con precisión un bien jurídico protegido. También expresa lo siguiente: “Para recurrir al Derecho penal no basta con afirmar que el arsenal jurídico existente no es suficiente, sino que se ha de acreditar que el fin perseguido solo se puede conseguir con el instrumento punitivo. Por ello, parece conveniente explorar previamente otras opciones no penales y, solo en caso de insuficiencia, recurrir a la norma penal”.

¹⁵ Dicho precepto reza así: “**Examen de la situación patrimonial de los altos cargos al finalizar su mandato.** La situación patrimonial de los altos cargos será examinada por la Oficina de Conflictos de Intereses al finalizar su mandato para verificar los siguientes extremos: a) El adecuado cumplimiento de las obligaciones reguladas en esta ley. b) La existencia de indicios de enriquecimiento injustificado teniendo en consideración los ingresos percibidos a lo largo de su mandato y la evolución de su situación patrimonial”.

cho histórico español (Partidas) y tienen su antecedente en el Derecho romano. El significado de la expresión se refiere a la obligación de los oficiales regios, una vez cesan en su cargo, de permanecer un periodo de tiempo (30 días a partir del reinado de los Reyes Católicos) en el lugar que habían desempeñado su actividad para rendir cuentas de su actuación y responder así de todas las quejas y reclamaciones que se suscitasen al respecto sobre su gestión¹⁶. Singular relevancia tuvieron los juicios de residencia en la América española, con una cuidadosa regulación, y en ocasiones objeto de lamento por la pérdida de esta institución a partir de la independencia de aquellos territorios.¹⁷

Consecuentemente, en atención al estado de la cuestión de la lucha contra la corrupción en España, se cuenta con un arsenal legislativo suficiente en el ámbito penal sustantivo, perfeccionable, sin duda¹⁸, y así se sostiene en la última Memoria de la Fiscalía Especial (año 2017) para ciertos

¹⁶ Vid. Elena QUINTANA ORIVE. “Acerca de la recepción del Derecho Romano en las Partidas de Alfonso X el Sabio en materia de responsabilidad de los oficiales públicos en la Baja Edad Media. Precedentes romanos del «juicio de residencia»”. *Revue Internationale des droits de l’Antiquité* LIX (2012). Cita a L.GARCÍA DE VALDEAVELLANO, y su obra “*Las Partidas y los orígenes medievales del juicio de residencia...*”, *op. cit.*, p.222,” afirmando que dicho especialista consideró que esta acción popular queda incorporada en la Edad Media al Derecho común “y es la que ejercitaban en el...juicio de residencia` los perjudicados por la mala gestión”.

¹⁷ Vid. a este respecto el estudio del mejicano Edmundo Iván Lozano Serna, “*El juicio de residencia Virreinal como medio de control político-administrativo*”. *epikeia.leon.uia.mx*. En él se sostiene que “su aplicación dio lugar a un verdadero freno a la proclividad de obrar con abusos y corrupción por parte de los funcionarios públicos novohispanos, provocando que estos se condujesen con la mayor celeridad, probidad y eficiencia en el ejercicio de sus funciones, al saber que al final de su encargo habrían de ser investigados y juzgados por su desempeño”. También afirma que “Esta figura desapareció una vez que Méjico logró su emancipación de España, situación que a nuestro ver constituye un grave retroceso jurídico-legislativo...”, pg. 1. Se analiza la minuciosa regulación procesal de estos juicios. No nos sustraemos a reproducir, al hilo de frecuentes e ignaras diatribas descalificadoras de la labor de España en el Nuevo Mundo, una muestra del garantista trámite de publicidad que se aplicaba en cumplimiento de la norma que transcribe el autor (ley 28 del título XV, Libro V, de la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias de 1681), que disponía: “Cuando se pusieren edictos, publicaren y pregonaren las residencias, sean de forma que vengan a noticia de los Indios para que puedan pedir justicia de sus agravios con entera libertad”; lo cual se traducía en que “...en la mayoría de los casos estudiados, y a efectos de respetar la Legislación de Indias, los edictos se publicaban en castellano y en lengua náhuatl, garantizando así, ...”, pg. 7.

¹⁸ No parece aventurado, partiendo del *iter* seguido por las reformas legislativas en la materia de los últimos años, que más pronto que tarde acabemos acogiendo en nuestro ordenamiento los últimos mecanismos o medidas que en el Derecho comparado se van implementando. Es el caso de instituciones como la llamada “*Convención Judicial de Interés Público*” (CJIP), introducida en el Derecho penal francés por la Ley 2016-1691, de 9 de diciembre de 2016, de transparencia, lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica (Ley Sapin II). Se inspira directamente en el modelo norteamericano de “*acuerdo de enjuiciamiento diferido*” y viene motivada por la necesidad de dar respuesta a prácticas irregulares de importantes compañías mercantiles en negocios transnacionales, ya que desde que se introdujo en el Código penal en el año 2000 el delito de soborno de funcionario público extranjero no había recaído condena alguna. La nueva regulación tiene la virtualidad pragmática de que decaerá la acción penal si la empresa, ante las evidencias mostradas por el Fiscal, conviene con éste en el pago de una multa (puede llegar hasta el 30% de la facturación anual), en el sometimiento a una programa de cumplimiento bajo vigilancia de la agencia de nueva creación AFA (agencia francesa anticorrupción), o en el pago de una indemnización a los perjudicados: tales medidas podrán adoptarse individual o cumulativamente. El acuerdo debe ser validado judicialmente aunque no tiene la consideración de condena penal. Dicho pragmatismo se evidenció en los debates parlamentarios de la ley, en los que se sostuvo que el objetivo de la medida es obtener multas mucho más altas que las previstas hasta el momento por la ley y evitar que el importe de las mismas vayan a estados extranjeros (sobre todo a EEUU que venía aplicando medidas similares a las multinacionales).

comportamientos ilícitos, tales como, por ejemplo, los que se dirigen contra el mercado de valores, cuyos tipos delictivos codificados no han sido actualizados con los requisitos establecidos por la normativa comunitaria de obligada trasposición. Sin embargo, el flanco más débil, por seguir con el símil guerrero, aparece en el terreno de la utilización de dicho arsenal; es decir, en el ámbito de la normativa procesal y orgánica, que se revela bastante a menudo como un mecanismo poco operativo para el tipo de delincuencia de que tratamos, y, por tanto, mucho menos desincentivador de la misma de lo que cabría esperar.

El estado de la cuestión de la criminalidad perseguida a través de las llamadas *macrocausas*, es un punto sensible de nuestro sistema que, aunque ha sido objeto de tratamiento para su encauzamiento (así en la modificación del art. 17 LECR por la L.O. 41/2015, de 5 de octubre), permanece como elemento determinante de la eficacia del sistema penal en esta materia. No parece que sea otra modificación legislativa, en el caso la de la ley acabada de citar reformando el art. 324 LECR, la que por el solo expediente de establecer unos topes al período de investigación, vaya a resolver tal ardua problemática: más bien al contrario; ese precepto se ha revelado hasta el presente como un obstáculo más al desarrollo de las complejas investigaciones que han de encararse, y ello por cuanto estas son las que patentizan, tal y como se afirma en referida Memoria de la Fiscalía Especial de 2017, que *“el centro de gravedad del proceso penal continúa todavía hoy desplazado del juicio oral a la instrucción”*. Aun reconociendo que en este tipo de investigaciones la fase de investigación o instrucción ha de merecer una importancia considerable, también lo es que se precisa aliviarla de variados obstáculos para situarla en unos márgenes temporales asumibles (no alcanzables con solo plasmar un plazo en la norma) tanto para las partes concernidas como para la sociedad misma, que asiste con desconcierto al desarrollo de procesos que se dilatan durante años con daño para la justicia y la confianza que esta debe generar en la colectividad.

Cuestión íntimamente relacionada con la problemática acabada de expresar, aunque no es posible abordar aquí, sino solamente hacer mención, radica en la discusión o controversia acerca de la dirección de la instrucción del proceso penal por el Juez o por el Fiscal. Nuestra CE permite ambas posiciones; la tendencia de las legislaciones europeas marca una pauta a favor de la dirección del Fiscal y la práctica –siempre restringiendo el problema al tipo de gran delincuencia económica y criminalidad organizada– nos alumbra un modelo investigativo en que la conclusión, siquiera parcial o limitada, vendrá dada después de sopesar no solo la normativa penal y procesal, sino también orgánica. En efecto, existiendo tres Fiscalías especializadas actuando ante la Audiencia Nacional (la Anticorrupción también ante cualquier órgano judicial del territorio nacional), la dirección legal de la fase de instrucción corresponde a jueces centrales de instrucción, que, por lógica, no se hallan tan “especializados” como los fiscales correspondientes de la fiscalía del asunto de que se trate; resultando que, al menos en lo que hace a investigaciones iniciadas en la Fiscalía Especial Anticorrupción, la judicialización (en atención a las escasas potestades que la leyes proporcionan a los fiscales para acordar ciertas medidas) supone, por un lado, la pérdida de esa iniciativa decisoria,

Algo similar puede suceder respecto de la llamada *Unexplained Wealth Order* (UWO), introducida en el Reino Unido en 2018, y que puede emitir un tribunal –cuya primera decisión en firme es muy reciente (de 3 de octubre de 2018)– para hacer frente a los beneficios injustificados establecidos en dicho país cuando: 1) se trate de cantidad superior a 50.000 Libras, 2) no exista base suficiente que justifique la obtención de la misma y 3) el demandado sea un PEP (*“persona expuesta políticamente”*) o exista base para entender que él o un tercero vinculado al mismo está o ha estado implicado en delito grave, ya sea en el Reino Unido o en el extranjero. Pueden conllevar la adopción de órdenes provisionales de confiscación de bienes, aunque las UWOs no dejan de ser una herramienta civil de investigación, y de discusión por parte de los especialistas.

y, por otra, además de repeticiones de diligencias, una entrada de otros actores (acusaciones particulares, populares, ...) con posibilidades legales de poder facilitar ese alargamiento del proceso si eso responde a sus intereses. No se trata de restringir derechos fundamentales perfectamente asentados en la CE y así declarados por la jurisprudencia constitucional y ordinaria; se trataría de que cada elemento del procedimiento instructor haga lo que mejor esté capacitado para hacer con los medios de que dispone.

Podría convenirse en que, siendo la preocupación por el embate de la corrupción una de las principales en el plano social; existiendo una regulación constitucional del Ministerio Fiscal en el art. 124 que denota que el legislador de 1978 quiso poner en sus manos un enorme caudal de confianza a la hora de accionar la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos; que la única sujeción que tendrá será, “*en todo caso*”, a dicha legalidad, además de al principio de imparcialidad; entendiéndose, en suma, que esos son sus principales contornos constitucionales; en fin, no es de fácil comprensión las restricciones que la ley impone a su actuación en el marco de sus investigaciones. Tales limitaciones resultan especialmente perjudiciales en la averiguación de la tipología delictiva anticorrupción que se desarrolla a través de las Diligencias de Investigación penal, especie de *tertium genus* entre la investigación estrictamente policial y la instrucción judicial, pero difícilmente sostenible en su regulación legal actual si lo que se pretende es la real eficacia contra un fenómeno delictivo tan grave. Puede servir de ejemplo de dicha inexplicable distorsión la potestad que la ley otorga al fiscal para practicar la “*detención preventiva*” de personas, pero, por contra, no le autoriza para acordar embargos preventivos, órdenes de bloqueo de cuentas bancarias, etc. (autorización que sí otorga a otras instituciones: v. gr., a los entes locales para el cobro de una multa de tráfico). Esto conlleva en la esfera de la investigación de este tipo de crímenes un cercenamiento evidente de la capacidad de respuesta contra los mismos, con obligada remisión prematura, en su caso, al órgano judicial correspondiente, lo que supondrá tener que enfrentarse con los inconvenientes antes apuntados, entre los que cabe enumerar, por citar un ejemplo relevante, la ausencia de unidades de apoyo especiales adscritas permanentemente en dichos órganos judiciales.

VI. CONSTITUCIÓN ‘VERSUS’ CORRUPCIÓN

En toda aproximación al debate sobre la corrupción deviene elemento común, además de la referencia a la dificultad de delimitar el concepto mismo de *corrupción*, remarcar la gran influencia negativa de dicha lacra para la pervivencia de un orden social justo, del riesgo para el propio sistema democrático, etc. También, al menos cuando el estudio proviene del mundo jurídico, suelen ser generalmente objeto de análisis tanto los aspectos legales (específicamente penales y procesales, en su caso, además de los correspondientes a otras disciplinas jurídicas) con que se cuentan; y con base en todo ello, se proponen modificaciones o innovaciones que mejorarían el objetivo a conseguir. Algunas de tales preocupaciones han sido anteriormente mencionadas.

En este momento, en la estela de la trayectoria experimentada tras cuarenta años de vigencia de la CE, esa huella debiera servir para fijarnos metas modestas pero factibles. Quizá, ya que en ocasiones lo mejor es enemigo de lo bueno; ya que, a pesar de los ríos de tinta que se han hecho correr clamando por un tratamiento conjunto, sistemático, profundo, interdisciplinar de la materia, éste no se va a producir; y tampoco en el nivel internacional, ateniéndonos a la pluralidad de culturas, ordenamientos y sistemas jurídicos; a pesar de todo ello, quizá sí se pueda extraer esa enseñanza almacenada y proyectarla hacia un futuro en el que, al menos, las reformas legales cami-

nen, no en la dirección de lo que se ha dado en denominar Derecho penal simbólico, sino en la de modificaciones legales que propicien un tránsito hacia una reforma de la normativa procesal por la que se rige la investigación penal y en la que se procure, a la vez, una coordinación y limitación a sus justos términos de la legalidad administrativa, para que, además de *simbólica* no le sea atribuible otro calificativo con mayor carga peyorativa¹⁹. Pero la modestia que se predica en la fijación de objetivos, no ha de extenderse al mantenimiento de la que preside los medios puestos a disposición en la persecución de esta clase de delincuencia: si tales medios no se acomodan a los que incluso exhiben muchos de quienes incurrir en ella, la batalla se perderá, por más que el caudal de normas jurídicas sea teóricamente apropiado para hacerle frente. Sencillamente, la batería legal no se podrá poner en acción. Es esta de la provisión de los medios apropiados cuestión que constituye auténtica *piedra de toque* de la política criminal y en la que existe largo camino que recorrer, ya que no debería existir una renuencia por parte del poder ejecutivo de turno para procurar los mismos; lo cual, además contrasta gravemente con las proclamas teóricas en contrario. (por decirlo muy llanamente tirando de refranero: “*una cosa es predicar y otra dar trigo*”).

En efecto, contra la corrupción Constitución. Como también seguramente contra tantos ataques que se dirigen a socavar la convivencia social. Si, como se dijo a lo largo de estas líneas, la reducción de la discrecionalidad y el aumento de la participación ciudadana en la adopción de ciertas decisiones son elementos transcendentales contra la corrupción, por los que se ha de regir la vida pública; se necesita profundizar en el sistema de convivencia que propone la CE, el cual ha de pasar por afianzar los principios que en ella se proclaman. En realidad, el propio texto constitucional aparece como una condensación del elenco de principios y valores en que articular esa convivencia del mejor modo posible. El afianzamiento de tal conjunto no se producirá si no tiene lugar una inversión de los valores (*desvalores*) que parecen anidar en una significativa porción de quienes conforman el poder político electivo, en el que se advierte prácticas más propias de hace un siglo que las que debieran corresponder a una sociedad moderna y supuestamente informada. Tales tendencias negativas solo podrán ser superadas si la ciudadanía encuentra el modo de no tolerar más que un pequeño puñado de restricciones a su libertad, indispensables para vivir en sociedad, y consigue activar mecanismos participativos. Quienes logran llegar a dominar las estructuras de poder, especialmente del poder político, tienden a expandir las mismas con la coartada de la consecución de fines tan altos que únicamente aciertan a explicar a través de conceptos vagos e inconcretos como el bien común, la elevación del nivel de vida de los más necesitados, la distribución de la riqueza, etc.; pero que no están dispuestos a contrastar con datos y estudios económicos serios. Es decir, a estos efectos el discurso del político se mantiene, y le es imprescindible que así sea, en el terreno más de lo emocional, cuasi de lo onírico, con desembocadura en lo demagógico. Aún más, buena parte de ese poder se opondrá a quien acuda con datos, aduciendo en su contra que él no puede limitarse a ellos, pues eso significaría caer en el gobierno de los *tecnócratas*, *burócratas*, técnicos, o como se prefiera llamarlos. Su convicción de que está, debe estar, *por encima* de estos, proviene del entendimiento del principio democrático de extracción popular que aun hoy se entiende otorga al elegido un campo de maniobra enormemente amplio de actuación: una especie de legitimidad su-

¹⁹ Vid dentro del trabajo colectivo titulado “*La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*”. Atelier, el correspondiente a Marcos VAQUER CABALLERÍA titulado “*Corrupción pública y ordenamiento jurídico*”, en el que sostiene que “nuestro ordenamiento afronta el fenómeno de la corrupción de manera más bien *disruptiva* y asistemática; que sigue conteniendo algunas normas corruptivas o tolerantes con usos y costumbres calificables como corruptelas; y que ciertas medidas adoptadas en los últimos tiempos son más *discursivas* que eficaces”; pg. 132.

peradora de la propia legalidad²⁰. A pesar de ello, en verdad, existiendo la necesidad de una visión esperanzada del porvenir, pudiera considerarse que lo anterior no es más que una manifestación de un sistema político todavía joven (unos cuarenta años) que no ha culminado el proceso de institucionalización democrática con carácter pleno y de forma coordinada dadas las especificidades de nuestra organización territorial²¹; si bien se halla en plena edad adulta para afrontar sin complejos este desafío, que no puede partir sino de la completa operatividad de los principios constitucionales, con relación a los cuales, no solo será fundamental la labor del Tribunal Constitucional, sino la del Poder Judicial; pero, por encima ellas, la consecución de la creencia auténtica en una gran mayoría de ciudadanos del amparo que pueden encontrar en tales principios, y que, por tanto, es necesaria la participación vigilante de todos para su efectividad.

En conexión con lo acabado de exponer, el desafío contemporáneo de mayor riesgo para el bienestar de la población en los países democráticos desarrollados como España proviene de una enmienda a la totalidad de los cimientos en que se asienta el sistema político-económico, que tiene como rasgo distintivo supremo la realización, la puesta en acción de los tan repetidos principios del art. 1.1 CE, a través de la manifestación de los mismos en otros preceptos del texto constitucional y de la legislación de desarrollo. Esos principios de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político precisan ser reforzados continuamente para sobrevivir a los embates como el de la corrupción, que en ocasiones ha sido la muleta para atacar el propio ordenamiento constitucional en su conjunto; y es que como dijo recientemente Wolfgang SCHÄUBLE (Presidente del Bundestag y ex ministro de Finanzas alemán) *“la mayor amenaza para la democracia es darla por hecho”*²².

No obstante, siendo conscientes de los obstáculos, existen razones y evidencias históricas para permitirnos creer en los avances y potencialidades del ser humano, que en el campo del Derecho expresó de modo magistral el gran jurista Enrique RUIZ VADILLO cuando afirmó: *“Caminamos por rutas de perfección, de perfección técnica y humana, aunque a veces no lo parezca, de profundización en los valores de la persona, en la realización efectiva de la justicia, en la emocionada espera, basada en la razón y el amor, de un mundo mejor.*

Y lo hacemos desde la plataforma del Derecho, que es la única vía adecuada para alcanzar la verdadera paz a través de un recto entendimiento de la justicia”.²³

²⁰ Para comprobar esto no habría más acudir a declaraciones de políticos implicados en casos de corrupción, o a representantes del correlativo partido...

²¹ Vid. el estudio de Francisco ALCALÁ AGULLÓ y Fernando JIMÉNEZ SÁNCHEZ sobre *“Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España”*. Fundación BBVA. Primera edición, octubre 2018. Concluye que “en el contexto de las economías avanzadas, España presenta un déficit de calidad institucional que se concentra en los aspectos de calidad regulatoria, respeto a la ley y los contratos y, sobre todo, control de la corrupción...”; *que si se llevara* “la calidad institucional en España al nivel que le correspondería de acuerdo con la productividad actual de su economía, se obtiene un incremento potencial a largo plazo del PIB per cápita de alrededor del 20%”; *que* “... el reto de mejorar la calidad de las instituciones de gobernanza no es trivial puesto que incluye aspectos muy diversos que van más allá del control de la corrupción y que abarcan cuestiones como la fortaleza de los organismos de control, la calidad regulatoria, la eficiencia administrativa, la agilidad del sistema judicial, la transparencia del sector público y el buen desempeño del gobierno en la prestación de servicios públicos”.

²² Diario El País, 12/10/2018 (entrevista conjunta concedida a este periódico así como a La Repubblica y Le Figaro).

²³ *“Exigencias constitucionales en el proceso penal como garantía de la realización de la justicia. La grandeza del Derecho Penal”*. Discurso como académico electo, leído en el acto de su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 17 de junio de 1996.

La Constitución y el Fiscal contra la violencia de género

MARÍA BOADO OLABARRIETA

Fiscal delegada de Violencia sobre la mujer de Castilla y León.

SUMARIO

I. Introducción. II. La Constitución y el Fiscal contra la violencia de género. 1. La posición de la mujer antes de la Constitución. Especial referencia a la violencia de género. 2. La Constitución. El artículo 14. Igualdad entre hombre y mujer. 3. El mandato constitucional al Ministerio Fiscal. la defensa de los derechos de los ciudadanos. III. La defensa del derecho a la igualdad, a la vida, a la integridad física y moral y a la libertad frente a los delitos de violencia de género. Evolución legislativa. IV. Nuevos retos del Ministerio Fiscal frente a la violencia de género. 1. La ampliación del concepto de violencia de género. 2. La protección de los menores. 3. Los nuevos tipos penales. 4. La agravante de género. 5. La dispensa del art. 416 de la LECr. 6. La adecuada valoración del riesgo. 7. La perspectiva de género. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Sean las primeras letras de esta exposición un sentido y firme homenaje a nuestra Constitución en su cuadragésimo aniversario.

A punto de entrar en la edad madura, está fuera de toda discusión, pues no creo que pueda haber controversia alguna al respecto, que la Constitución Española fue la llave que nos abrió las puertas de la democracia y ha sido, como es hoy, la brújula que ha marcado el camino para el pacífico desarrollo y mantenimiento de la misma.

En este afán conmemorativo no puedo resistirme a mencionar las palabras de quienes, con el gran conocimiento que de la Constitución otorga el haber sido artífices de la misma, antes que yo la elogiaron, con la superior autoridad que ofrece el mejor y más profundo de los conocimientos, así como el padre conoce a su hijo.

Por ello traigo a colación las palabras del primer presidente de la democracia, D. Adolfo Suarez en su discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Politécnica de Valencia, pronunciado el 30 de Octubre de 1998. Por entonces la Constitución estaba a punto de cumplir 20 años: *“En un marco de respeto, convivencia y valores solidarios, no hay nada si se propone que no se puede conseguir. Al reflexionar sobre los preceptos constitucionales y los valores que los inspiran nos damos cuenta que en ellos no se oye el fragor de las batallas, ni el rencor que*

siempre dejan las guerras. El diálogo, la paz, la concordia y la solidaridad emanan del conjunto del texto. Hay muy pocos mensajes así en nuestra reciente historia”.

Ciertamente hay pocos mensajes así, y nunca fueron tan actuales estas palabras, veinte años después.

Veinte años antes D. Camilo Jose Cela, senador entre 1976 y 1979, hecho por el que nuestra Constitución tiene el privilegio y la virtud de haber sido revisada,- en lo que se pudo y le dejaron-, como él mismo apuntaba, por un Premio Nobel de literatura, dijo, en una entrevista concedida el 3 de octubre de 1978 al diario “El País”, en pleno proceso de elaboración de la Constitución: *“No hablaré excesivamente del Senado, pues procuro no tener deformación profesional. Desde el punto de vista lingüístico la Constitución tiene muchos errores y es muy hortera en general, en su manera de decir. ¿Por qué? Porque les salió así. Pero lo importante es que tengamos Constitución; parece que estará pronto y confío en que sea útil.”*

De ninguna otra manera podía expresarse, en el franco castellano que le caracterizaba, seguramente cansado de palabros y legalismos, quien enmendó, entre otros el artículo 4 de la Constitución para que en lugar de gualda llamásemos amarillo al color de nuestra bandera, alegando que de otra forma en lugar de rojo habríamos de decir “gules” y a ver entonces quien sabía de qué colores estábamos hablando.

D. Camilo José Cela presagió que la Constitución sería, ante todo útil, como así ha demostrado el devenir de estos 40 años de vigencia.

De igual manera considero obligado, en esta breve introducción, recoger los testimonios que, sobre la Constitución, han dado alguna de las 27 mujeres que formaron parte de las Cortes Constituyentes, las llamadas, con todo mérito y rigor “madres de la Constitución”.

Ines Vilariño, en un reportaje de “El País” el 12 de Diciembre de 2012 decía que :*“La Constitución era un armazón donde colgar muchas perchas”.*

Y el 30 de junio de 2017 Belén Landáburu afirmó que *“La elaboración de la Constitución fue signo de que España encontró el camino para vivir en convivencia, en paz, en respeto y como base de progreso».*

Y habiendo hablado los padres nos toca a quienes, en cierta manera, siguiendo la metáfora, somos hijos de la Constitución, los miembros del Ministerio Fiscal.

Porque si bien el Ministerio Público tiene una larga tradición preconstitucional, es la Constitución quien nos redefine al encomendarnos una importantísima tarea en el sistema Constitucional, la defensa de la Ley y de los derechos de los ciudadanos, nada menos.

Por ello introduzco aquí las palabras de la primera mujer Fiscal General del Estado, Dña. Consuelo Madrigal en su discurso de investidura como miembro del Consejo de Estado (2015):*“sometiéndose todas las instituciones en nuestra Constitución a la legalidad, la defensa expresa de la legalidad se encomienda fundamental y prioritariamente al Ministerio fiscal... (la legalidad) está abierta a la realización de los valores supremos del ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad, la justicia, el pluralismo político(...) Por eso, la función del fiscal, de todo fiscal, al defender la legalidad debe estar orientada a la consecución de estos valores, a que estos valores se hagan realidad, a que la aplicación de todo el sistema normativo los convierta en realidad”.* En ello estamos.

Decía Ortega y Gasset *“Dime a que dedicas tu atención y te diré quién eres”.* Siendo así, la Constitución dice de los Fiscales quienes somos en virtud de la tarea que nos encomienda sin que sean necesarias definiciones más complejas.

Para los Fiscales, defensores de la legalidad por mandato constitucional, ella es instrumento y guía indispensable de actuación profesional.

Felicidades y gracias !!!!!!!

II. LA CONSTITUCIÓN Y EL FISCAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1. La posición de la mujer antes de la Constitución. Especial referencia a la violencia de género

El término violencia de género era inexistente en el periodo preconstitucional. No existía ni siquiera el concepto de maltrato a la mujer. No se veía. No se nombraba. No se identificaba como un problema. Como si lo que no se nombrara no existiera cuando, en realidad, era una práctica aceptada por la sociedad como algo casi inevitable y hasta legítimo.

Y es que el problema de la violencia de género no es actual, es verdaderamente antiguo, pues encuentra sus raíces en la posición de dominio que durante siglos el hombre ha ejercido sobre la mujer. Esta situación de dominio se trasladaba a las Leyes que, elaboradas por hombres y para hombres, limitaban los derechos de la mujer sobremana hasta hacerla depender bien del padre, bien del marido, sometiéndola a una minoría de edad casi perpetua.

Y esa era la situación de la mujer antes de la Constitución.

En el ámbito civil, el aún vigente Código civil de 1889, limitaba la capacidad de la mujer quien requería de licencia marital para la realización de diversos actos de contenido jurídico y patrimonial. (art 60CC). Este artículo permaneció vigente hasta 1975 y aún entonces la Ley de 2 de Mayo de 1975 siguió manteniendo ciertas limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer, por ejemplo, aunque se otorgaba una participación igualitaria en la decisión del domicilio conyugal, si había discrepancias decidía el marido.

Aunque el papel de la mujer quedaba limitado por las normas laborales de la época casi de forma exclusiva a la familia, también en este ámbito el varón imponía su autoridad. La ley civil desde 1889 y hasta la Ley 11/1981 de 13 de Mayo, establecía la patria potestad como una expresión del poder del hombre en la familia. Así, el padre era, normalmente, el único titular de la misma, como proclamaba el ya derogado artículo 54 CC: *“el padre y, en su defecto, la madre, tienen potestad sobre sus hijos”*.

La cinematográfica imagen de la mujer callada mientras el padre de familia tomaba decisiones fundamentales sobre la vida de sus hijos tales como sus estudios o sobre su matrimonio, no era sino un reflejo de una realidad legalmente consolidada.

Es más, hasta 1958 estuvo vigente el art 168 del CC que establecía que en caso de nuevas nupcias la viuda perdía la patria potestad exclusiva de sus hijos debiendo constituirse una tutela respecto de los menores, que prácticamente quedaban huérfanos de padre y madre en cuanto al ejercicio de la patria potestad, salvo en aquellos casos en que el cónyuge fallecido hubiera autorizado en testamento a su esposa a contraer nuevas nupcias. De la misma manera que, en caso de separación, la mujer podía perder el derecho a relacionarse con sus hijos.

En el ámbito penal las cosas no estaban mejor.

La mayor aberración jurídica de la época, (vigente entre 1944 y 1963), fue la reintroducción en el Código penal del delito de uxoricidio (Art. 428 CP). *“El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjere lesiones de otra clase, quedará, exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna”*.

Este artículo establecía solo pena de destierro para el marido o el padre que mataba a su mujer o hija respectivamente, encontradas en situación de adulterio. Dicha pena sólo suponía una prohibición de vivir en determinados lugares en una distancia de entre 25 a 250 Km del lugar donde se había producido el delito. En definitiva el asesino se iba y el hecho se olvidaba, lo que era prácticamente una exención de responsabilidad apoyada en la conducta que se consideraba “impropia”

de la mujer asesinada atendiendo a los patrones de moralidad de la época, solo exigibles a la mujer. Las lesiones sólo se castigaban si eran graves o generadoras de mutilación. En caso contrario eran impunes. Por lo tanto el asesinato, las lesiones y el maltrato a la mujer en estos casos estaban prácticamente justificados. Evidentemente esto no ocurría en sentido contrario.

Tres años antes de la derogación de este artículo, cuando se empezaban a notar soplos de reforma, se podía leer un artículo en el Diario de Burgos que señalaba: *“El artículo 428 del CP constituye un baldón para la condición femenina. Permite al marido que sorprende a la mujer en delito de adulterio tomarse la justicia por su armada mano. Ella al cementerio y él a pasar unos días en alguna playa mediterránea, acaso bien acompañado, a cumplir frente al Mare Nostrum la pena de destierro. Pero como sea ella la que dispare (...)”*¹

Más larga aún fue la vigencia de la agravante de “desprecio del sexo” que se mantuvo vigente hasta 1983 en que se derogó por ser incompatible con la CE. Se consideraba agravante “ejecutar el hecho con desprecio a la tierna edad, con desprecio del sexo”. Esta agravante tenía su fundamento “en la idea de brindar a la mujer los máximos honores y consideración que le son debidos por el preeminente lugar que ocupa en la vida social y familiar” (STS de 9 de mayo de 1957). Sin embargo esta “caballeresca” agravante se excluía en aquellos casos en los que existiera una “provocación de la mujer”, que no eran otros que aquellos en los que la conducta moral o, incluso la conducta sexual de la víctima no se ajustara a los patrones sociales de la época.

Entonces dejaba de ser merecedora de los honores y consideración en los que se basaba la agravante. Las consecuencias eran terribles afectando especialmente al proceso penal. Así el proceso contra el hombre que violaba a una mujer, o que la agredía físicamente hasta causarla lesiones graves o la muerte, se transformaba de repente, al discutir la aplicación de esta agravante, en un juicio hacia la moral y buen comportamiento de la víctima, que pasaba de ser víctima a ser prácticamente acusada de ser responsable de la conducta del autor. Se pasaba de juzgar la conducta del hombre a determinar si había habido una provocación por la mujer. Como ejemplo la STS de 20 de Junio de 1968 en la que no se aplicaba la agravante porque “la víctima de las lesiones se había degradado al ser amante de su agresor hombre casado, y con ello pierde la protección que por mujer le dispensa la Ley penal”

Igualmente en la STS de 25 de Abril de 1964 en el que se juzgaba la conducta y moralidad de tres mujeres lesionadas por un hombre y señala: “por eso estuvo bien aplicada tal circunstancia en el homicidio de Araceli y en el frustrado de María Cristina, en quienes no concurría ninguno de los casos de excepción mencionados, pero no así en lo que se refiere a Leticia, que no podía inspirar tal respeto al hombre con el que mantenía relaciones sexuales, siendo ella casada y él también casado, lo que suponía un doble ultraje al vínculo matrimonial”.

Por otro lado desde 1944 y hasta 1978 se mantuvieron los delitos de adulterio y amancebamiento que marcaban claramente diferencias entre hombre y mujer.

Recogidos en los artículos 449 y 452 del CP respectivamente, castigaban la infidelidad de la mujer en cualquier caso mientras que, la del hombre, sólo era punible si generaba escándalo público, si la tenía en su propia casa o si, fuera de ella, no era lo suficientemente discreto.

Y no era mejor la regulación de los delitos que hoy conocemos como delitos contra la libertad e indemnidad sexual entonces llamados delitos contra la honestidad.

El art 443 en relación al delito de violación señalaba: “En los delitos mencionados en el párrafo primero de este artículo, el perdón expreso o presunto del ofendido, capaz legalmente, extingue la acción penal o la pena impuesta o en ejecución. El perdón no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor”.

¹ Diario de Burgos 18 de diciembre de 1960. Página 8. Reflexiones sobre el uxoricidio

El autor de una agresión sexual podía obtener el perdón de la mujer, que se presumía, si la llevaba al altar, debiendo tenerse en cuenta que con frecuencia la mujer, relegada como estaba a la obediencia al padre o al marido, no era la que decidía.

La jurisprudencia explicaba el por qué de dicha exención de la siguiente manera en la STS de 30 de Marzo de 1978: *“el legislador, percatado de que en ciertos delitos contra la honestidad en los que lo vulnerado o atacado es la libertad sexual o la moral individual, la publicidad que siempre emana de proceso por muy secreto que trate de ser, puede suponer para la víctima y para su familia, en su Buena fama y en su tranquilidad, mayores males y molestias que los derivados del delito en sí, por lo que puede convenir que éste permanezca incógnito y desconocido, en el artículo 443 del Código Penal, cierra el paso a la persecución de oficio de tales infracciones”*.

De esta manera podía sustraerse el delincuente de la acción de la justicia para proteger *“la tranquilidad y la buena fama”* de la víctima y de su familia, tranquilidad que prevalecía sobre el interés por perseguir y castigar el delito. No podemos imaginar cuan tranquila estaría la víctima tras una agresión sexual sin castigo.

Dicha disposición se mantuvo todavía en el texto refundido de 1973.

Así las cosas, hablar de protección a la mujer maltratada era una utopía. De hecho, era una utopía incluso, hablar de mujeres maltratadas, porque no se consideraba como tal sino más bien como el ejercicio de la facultad de corrección del padre o del marido.

Son pocas las noticias que hemos encontrado en la hemeroteca histórica de delitos de esta naturaleza. En ningún caso aparecen mencionados como malos tratos. Sólo aparecían en los periódicos cuando eran especialmente graves y generalmente, se trataba de violencia sobre la mujer ejercida por extraños. *“Se situaban en un lugar poco relevante del periódico, en pequeñas secciones de sucesos o de tribunales y muchos de ellos ni alcanzaban a llevar un titular. En su tratamiento predominaba el estereotipo de crimen pasional para explicarlo. El mensaje implícito, era que los varones acosan y agreden por razones pasionales y románticas”*.

Apenas once referencias a uxoricidios constan en la hemeroteca histórica en 19 años de vigencia del delito, algunas de ellas se presentan totalmente noveladas. A modo de ejemplo, destacamos la de la Hoja oficial de la provincia de Barcelona de 10 de Septiembre de 1956 que, relatando un uxoricido a modo de cuento dice: *“Tenía celos absurdos y delirantes pues ella era una esposa ejemplar que vivía consagrada con tendido amor al marido y al hijo y un día, en un arrebato de locura, la estranguló. Cinco años más tarde salía del manicomio no sólo curado de su ansia sino que volvió a ser el hombre bueno de siempre pues mientras estuvo en el manicomio no hizo otra cosa que cuidar, con amorosa solicitud, de los otros enfermos”*.²

En el mismo sentido el muy representativo titular de El Diario de Zamora de la Falange española, año XXI, nº 6294, de 31 de Agosto de 1956, que relata en la sección: *“Escándalos del siglo”*, un uxoricidio bajo el Título de *“Uxoricidio o cumplimiento de un deber”*. El Titular aparece situado entre las noticias *“El juguete: último grito”* y *“Fiesta de la vendimia en Montilla”*.³

Y así estaban las cosas. Imposible hablar de protección a la mujer si no existían mujeres maltratadas. Pero es que incluso, era inútil pensar en alguna forma de autoprotección. La mujer podía sufrir un maltrato continuado y habitual sin poder ni siquiera poder *“salir corriendo”* como forma de auto defensa. La capacidad de reacción de la mujer frente al maltrato era prácticamente nula.

² FAGOAGA, C. (1994). Comunicando violencia contra las mujeres. Estudio sobre el mensaje periodístico. Editorial Complutense, Madrid.

³ Hemeroteca histórica. (búsqueda: Uxoricido.1/1/1944 al 31/12/1963).

En primer lugar porque la mujer había sido educada en el marco de una sociedad en la que se la había formado bajo la premisa de sometimiento y obediencia al hombre. Así en los manuales de Bachillerato elaborados por la Sección femenina se recogían principios tales como : *“La vida de toda mujer, a pesar de cuanto ella quiera simular –o disimular- no es más que un eterno deseo de encontrar a quien someterse. La dependencia voluntaria”*.

En el mismo sentido: *“La que no soporta un mal genio o una cara hosca, o una contestación desabrida, la tenaz en sostener su punto de vista, está condenada a sufrir mucho”*.

Pero por si se la ocurría faltar a su docilidad y obediencia, contaba, además, para someter su voluntad, con fuertes elementos de persuasión creados por la propia ley. En caso de que abandonara el domicilio conyugal podía ser acusada del delito de “abandono malicioso del hogar” (art. 487 del CP), lo que le privaba prácticamente, por mor de la separación efectiva de su esposo, de cualquier tipo de contacto posterior con sus hijos.

Las pocas que se atrevían a escapar de su situación de maltrato debían iniciar, si no querían ser acusadas de abandono, un procedimiento llamado *“depósito de la mujer casada”*, previo generalmente a un proceso de separación o nulidad matrimonial. En este procedimiento un juez autorizaba su salida del domicilio, siempre en manos de un depositario, generalmente los padres o algún centro o institución religiosa. Mientras el Juez decidía en el marco de un procedimiento incidental, (artículos 1880 a 1900 de la LEC de 1881), la mujer seguía en el domicilio con su agresor y a su merced.

Afortunadamente llegó la Constitución.

2. La Constitución. El artículo 14. La igualdad entre hombre y mujer

Y por fin la Constitución abrió las puertas a una igualdad de géneros hasta entonces impensable.

Y lo hace desde su artículo primero, definiendo la igualdad como un valor y, en consecuencia como principio inspirador e interpretativo, transversal a todo ordenamiento jurídico, *“como un ingrediente básico de lo jurídico”*⁴.

El artículo 1 de la Constitución Española establece que *“España se constituye como un estado social y democrático de derecho que propugna como valores fundamentales del ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político”*.

Señala el propio Tribunal Constitucional en sentencia 81/1983 de 18 de febrero que *“La igualdad se configura como un valor superior y en consecuencia toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución como norma suprema proclama”*.

Posteriormente en el Título I *“de los Derechos y Deberes Fundamentales”*, el capítulo II *“derechos y libertades”*, se encabeza con el artículo 14 que señala: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

En este artículo 14, el valor proclamado en el artículo 1, se consolida y se materializa en una realidad objetiva, en forma de derecho fundamental, pero un derecho fundamental que entra en relación con todos los demás, como señala el TC en Auto de 29 de Octubre de 1986: *“carente de autonomía propia en cuanto se da sólo en relación con otros derechos, a los que , por decirlo*

⁴ Relevancia Constitucional de la Igualdad. Andrés Ollero Tassara. Catedrático de filosofía del derecho. Universidad de Granada (1991).

así, modula de acuerdo con la igualdad entendida como valor y proclamada en el artículo 1.1 de nuestra Constitución”

Este artículo es, sin duda, el más importante de los pasos dados en la Historia legislativa de España en la lucha contra la desigualdad de géneros, con el único antecedente, en nuestro derecho histórico, del art 25 de la Constitución republicana de 1931.

Su elaboración no requirió grandes debates ni suscitó importantes controversias en las Cortes Constituyentes. Su redacción quedó prácticamente fijada en el Anteproyecto Constitucional que lo situó ya, encabezando el capítulo segundo de los “Derechos Fundamentales”⁵.

Se discutió en la Comisión Constituyente en Mayo de 1978 en la que hubo una única intervención, la de Maria Teresa Revilla, única mujer que formó parte de la Comisión constituyente: “*Con mucho gusto concedo la palabra a la única diputada de la comisión para que explique el voto*”, dijo el presidente.

“Señorías –empezó Revilla–, en este artículo que hemos votado afirmativamente, la mujer española adquiere, por fin, la plenitud de derechos. Es verdad que la votación ha sido unánime, sin disidencias, como estaba reclamando nuestra sociedad. Pero las mujeres no vamos a dar las gracias por ello. Tampoco vamos a mirar hacia el pasado con amargura o con rencor. Ahora buscamos el futuro y en el futuro queremos simplemente poder ser, para ser lo que podamos (...)”.

Treinta y cuatro años más tarde, seis de las 27 mujeres que participaron en las Cortes Constituyentes, (Landáburu, Izquierdo, Moll, Carlota Bustelo, Ana María Ruiz Tagle y Nona Inés Vilariño), mujeres que exigieron, por todas las demás, “*poder ser*”, coincidieron en señalar que su artículo preferido de la Constitución era el artículo 14 “*el que nos hace mayores de edad(...) A partir de ahí dejamos de ser súbditas*”⁶.

No faltaron, sin embargo, interpretaciones próximas a las leyes preconstitucionales que trataron de convertir este derecho fundamental en un mero principio orientador, sin valor vinculante, interpretaciones corregidas por el TC al señalar desde la Sentencia 80/1982 de 20 de Diciembre que “*el artículo 14 tiene vinculatoriedad inmediata*”, y es así exigible frente al Estado y los poderes públicos y frente a terceros. De esta manera quedaba claro que el artículo 14 de la Constitución española convertía en inconstitucionales todas aquellas leyes anteriores a ella que limitaban los derechos civiles, laborales y de otra índole, de la mujer y, de la misma manera, todas aquellas normas penales que autorizaban o incluso declaraban la impunidad de la violencia ejercida sobre ellas.

El artículo 14 se convertía en la piedra angular y primera de la lucha contra la violencia de género dando posteriormente lugar, como veremos, a un desarrollo normativo penal y procesal, cada vez más potente en lo que se refiere al empoderamiento y protección de la mujer frente a este tipo de violencia, siendo igualmente, el punto de apoyo y origen de toda una normativa global, social, asistencial y educativa tendente a su erradicación.

3. El mandato constitucional al Ministerio Fiscal. La defensa de los derechos de los ciudadanos

Pero la Constitución no se limitó a reconocer el derecho a la igualdad. La definición de derechos fundamentales sin el establecimiento de mecanismos de consecución y prosecución de los

⁵ Revista de las Cortes Generales, nº2 (1984). Actas de la Comisión constitucional.

⁶ El País. “Pioneras de la Democracia” 2- 12- 2012.

mismos y así mismo, sin mecanismos de protección y defensa, convertiría su reconocimiento en una mera declaración de intenciones.

En cuanto a su consecución la Constitución ordena en el art 9.2 a los poderes públicos que hagan, no sólo posible, sino “real y efectiva” la igualdad.

En cuanto a su defensa, además de otorgarle una especial rigidez Constitucional y de obligar al legislador a su desarrollo mediante Ley Orgánica, la Constitución nos impone a los miembros del Ministerio Fiscal una función relevante.

El art 124 de la CE establece: “*El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*”.

La defensa de los derechos de los ciudadanos. Casi nada.

Por ello el Ministerio Fiscal está especialmente comprometido en la defensa de los derechos Fundamentales a los que el Constituyente consideró merecedores de una especial protección.

Este compromiso constitucional especial se hace patente no sólo en el artículo 3.3 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (“*Corresponde al Ministerio Fiscal velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa*”) sino, y especialmente, desde la práctica de los Tribunales. Que el Ministerio Fiscal se encuentra plenamente imbuido del espíritu constitucional queda patente en el alto grado de conformidad del Tribunal Constitucional con los criterios que el Ministerio Fiscal defiende.

Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017, “*El grado de sintonía entre el sentido del dictamen del Fiscal y la resolución del Tribunal en recursos de amparo se ha situado en un 84,62%, inferior al del año precedente en que fue un 89,47%*”⁷.

Los Fiscales conocemos e invocamos al Constitución. Así nos lo exigía y recordaba D. Manuel Miranda Estrampes, Fiscal de la Fiscalía ante el TC entre 2007 y 2018, al decir: “*¿Es que los abogados, fiscales y jueces no citamos y aplicamos estos artículos? (...) No nos perdamos citando legislación ordinaria, cuando la clave está en los propios derechos fundamentales*”⁸.

Y en esta encomienda Constitucional de defensa de los derechos fundamentales estamos especialmente involucrados los Fiscales en nuestra actuación contra la violencia de género.

Porque los delitos de violencia de género no son otra cosa que una violación de derechos fundamentales, los más fundamentales si cabe, de la persona, al afectar a los aspectos más inherentes a la misma como son el derecho a la vida, a la integridad física y moral (art 15 CE) y a la libertad (art 17 CE) de las personas.

Así lo reconoció la ONU, en Viena en 1993, al señalar que “*la violencia contra las mujeres supone una violación de los derechos humanos*”.

En el mismo sentido el Consejo de Europa aconseja denominar todas las formas de violencia y malos tratos como «*violaciones a los derechos de la persona*».

En muchas ocasiones, de hecho, nos enfrentamos a una sistemática violación de derechos humanos cuando la violencia ejercida en el hogar se convierte en una rutina, en una forma de vida que las víctimas soportan de forma habitual. Mientras el agresor aprovecha la clandestinidad que le ofrecen los muros de su casa y los vínculos afectivos con aquellos a quienes somete con violencia.

⁷ Memoria de la Fiscalía general del Estado. 2017.(2.2.5.2 Valoración del grado de estimación y de conformidad. Pag.190).

⁸ Abogacía.es.Blog penitenciario. Manuel Miranda Estrampes y Valentin. J. Aguilar.

No podía imaginar el legislador Constitucional e igualmente el de 1981 al elaborar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, hasta dónde llegaría la función del Fiscal en esta concreta materia cuando, en su artículo 3.3, le imponía la tarea de “*velar por el respeto a los derechos fundamentales con cuantas actuaciones exija su defensa*”. Igualmente cuando en su apartado 3.10 señalaba entre sus funciones la de “*velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas*”.

No estaba en la mente del legislador en 1981 todavía el concepto de violencia de género, acuñado años más tarde.

Pero si se estaban fraguando ya a nivel internacional y nacional los cambios con los que convivió el Ministerio Fiscal desde el principio.

III. LA DEFENSA DEL DERECHO A LA IGUALDAD, A LA VIDA, A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL, A LA LIBERTAD FRENTE A LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Una vez declarada constitucionalmente la igualdad entre los hombres y las mujeres, la mayor manifestación de la discriminación, la violencia de género pasa del ámbito privado al público y se identifica como problema social. Deja de ser una tradición para convertirse en delito.” *Las mujeres dejan de estar confinadas en el silencio del ámbito privado. Las agresiones contra las mujeres ya no son vistas como proezas ni como rasgos necesarios del orden social, sino como violaciones de los derechos individuales y como crímenes*”⁹

Se iniciaban con ello las reformas legislativas de adaptación constitucional.

No pretende convertirse este trabajo en una enumeración completa de textos legislativos elaborados tras la Constitución en la lucha contra la violencia de género , pero si consideramos obligado mencionar los hitos más importantes en materia penal, procesal y de protección a las víctimas así como, y como de Fiscales hablamos, las Instrucciones, Circulares y Consultas que para la interpretación y aplicación uniforme de dicha legislación por los fiscales, fue elaborando la Fiscalía General del Estado.

En primer lugar las sucesivas reformas del CP producidas en 1983, 1989,1995 ,1999 iban configurando y perfilando los tipos penales que hoy constituyen los delitos de violencia de género

En materia de protección, en el año 2003 se promulga la Ley la Ley 27/2003 que regula la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. En esta Ley aparece por fin el concepto, aunque no lo defina, de violencia de género en la legislación española al decir, en su exposición de motivos” *La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos*”.

El 28 de Diciembre de 2004 se promulga la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Fue aprobada por unanimidad por el Congreso de los Diputados el día 7 de Octubre de 2004:” *Los aplausos estallan antes de que se anuncie el resultado. En el panel luminoso se leen 320 síes y 320 votos emitidos. Las casillas del no y de la abstención están apagadas*”¹⁰. Esta unanimidad, pocas veces conseguida, convierte a esta L.O

⁹ Colección de estudios sociales. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España.2002.Ines Alberdi Natalia Matas

¹⁰ El País.8 de octubre de 2004. “La violencia contra las mujeres”.

en un verdadero hito legislativo y es, de hecho, desde su entrada en vigor, legislación de referencia en la materia. La exposición de motivos de esta Ley resume todo lo dicho hasta este momento en relación a extraer el problema de la violencia intrafamiliar de lo privado para evidenciarlo como un problema social que requiere una actuación de los poderes públicos. Así señala: *“La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Nuestra Constitución incorpora en su artículo 15 el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Además, continúa nuestra Carta Magna, estos derechos vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley puede regularse su ejercicio”*.

Por fin se da una definición del concepto en su artículo 1, recientemente modificado, por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: *“la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”*.

El concepto de violencia de género creado por esta L.O integra únicamente aquellas conductas violentas ejercidas por el hombre sobre la mujer que se producen en el marco de una relación afectiva vigente o ya terminada en la consideración de la especial vulnerabilidad de estas víctimas ligadas por lazos afectivos a su agresor.

Con esta Ley, se trata el problema desde una perspectiva integradora y transversal, tanto penal como asistencial. No pretende sólo sancionar conductas delictivas y proteger a las víctimas desde una perspectiva penal y procesal sino que el legislador, consciente de la profundidad del origen del problema, pretende prevenir y erradicar la violencia de género.

Para ello establece una serie de Principios rectores de actuación basados en la sensibilización social, la educación y la asistencia integral y permanente de la víctima a través de la información, el apoyo legal, laboral, económico y psicológico, todo ello con el fin de conseguir la recuperación integral de ésta.

Así mismo la L.O se apoya en los principios de coordinación de los recursos y de especialización de los mismos. Para lograr la coordinación se establece la Delegación especial del Gobierno contra la violencia de la mujer y el observatorio Estatal de violencia sobre la mujer. La delegación especial del gobierno fue creada en el 2004 a raíz de esta Ley y sus funciones se regulan actualmente en el artículo 5 del real Decreto 485/2017. Al Observatorio Estatal, previsto en el artículo 31 de la L.O, le corresponde el asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes y estudios y propuestas de actuación en materia de violencia de género.

Dos años antes, el 26 de septiembre de 2002, se había creado el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, cuya finalidad principal consistía y consiste en abordar el tratamiento de estas violencias desde la Administración de Justicia. Está integrado actualmente por el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Ministerio del Interior, la Fiscalía General del Estado, las CCAA con competencias transferidas en Justicia, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de España.

Por otra parte, en el ámbito de la especialización, la L.O crea los Juzgados especializados contra la violencia sobre la mujer (art. 43), que se ponen en marcha el 29 de junio de 2005, y la Fiscalía de Sala Delegada contra la violencia sobre la mujer integrada por la red de Fiscales delegados y Secciones contra la violencia sobre la mujer en cada Audiencia Provincial (artículos 70 y 71).

En cuanto a la organización de la Fiscalía en esta materia se opta claramente por una especialización mediante la creación del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, encargado de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en este aspecto en las Fiscalías provinciales en las que se crean, asimismo, las «Secciones contra la Violencia sobre la Mujer», que intervienen en las materias y procedimientos penales y civiles que conozcan los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La Sección contra la Violencia está integrada por un Fiscal Delegado de la Jefatura, que *“asume las funciones de dirección y coordinación que específicamente le son encomendadas”*, y los fiscales adscritos que se determinen, pertenecientes a las respectivas plantillas. Esta organización y especialización de la Fiscalía se completa con la creación de la Fiscalía de Sala contra la violencia sobre la mujer, por Real Decreto 709/2006 de 9 de Junio, delegada del Fiscal General del Estado, cuya función es la de supervisar y coordinar a nivel estatal las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer de las Fiscalías y sus criterios de actuación.

No podemos dejar de mencionar que, siendo como es esta norma legislación de referencia y fundamental en la actuación contra la violencia sobre la mujer, aprobada por unanimidad y en consecuencia, apoyada su elaboración, entre otros y en especial, en el artículo 14 de la CE, se vio sometida a una multitud de cuestiones de inconstitucionalidad precisamente por la posible infracción de dicho artículo 14 en relación con los artículos 153. 1 y 153. 2 del CP. Todas ellas fueron resueltas a favor de su compatibilidad con la Constitución , entre otras, en la STC 59/ 2008, de 14 de Mayo. La constitucionalidad de la L.O fue defendida, en dicho procedimiento por el Fiscal General del Estado quien argumentó que: *“las relaciones de pareja y el sexo de los miembros de la misma carecen en la realidad social de la neutralidad que se predica, siendo constatables los condicionamientos socio-culturales que actúan sobre género femenino y masculino, así como el hecho de que las mujeres son objeto de agresiones en una proporción muy superior a las que ellas ocasionan. De ahí que la toma en consideración de ambos datos por el legislador penal no carezca de una justificación objetiva y razonable, dado que en el ámbito de las relaciones de pareja, con carácter mayoritario, uno de los sexos intervinientes es el agresor y el otro la víctima. Se constata así una forma delictiva con autonomía propia caracterizada por unas conductas que encierran un plus de antijuridicidad, al ser expresivas de unas determinadas relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer que implicaría el desconocimiento por parte de aquél de los derechos más elementales de éstas”*.

El Alto Tribunal de nuevo estuvo de acuerdo con la postura mantenida por el Fiscal y señaló que: *“El principio general de igualdad del art. 14 CE exige que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación... La razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada —la que se produce entre los arts. 153.1 y 153.2 CP— no sólo requiere justificar la legitimidad de su finalidad, sino también su adecuación a la misma”*. Y concluye: *“Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima”*.

Y añade, “La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.»

La consecuencia que extraemos de esta STC es que la L.O no sólo es compatible con el art. 14 de la CE sino que es un instrumento para su consecución.

Debemos completar estos avances legislativos con la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo de 2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que en su artículo 14.5, reconoce como uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos *«la adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género y la violencia familiar...»*. Y finalmente, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que introduce en su artículo 130 la orden de protección europea.

Entre tanto la Fiscalía, permanentemente preocupada por la erradicación de estos delitos, ha ido realizando una ingente tarea de interpretación y estudio de toda la normativa que se ha ido fraguando en la materia, estudio y preocupación que han cristalizado en diversas Instrucciones, Circulares y Consultas entre las que destacan:

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, orienta de nuevo a los Fiscales sobre la materia. Esta circular tuvo, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, una amplia influencia, siendo fuente de inspiración de las reformas legales posteriores a 1999.

La Circular 4/2003 de la Fiscalía General del Estado, de 30 de diciembre de 2003, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, realiza un minucioso estudio de las nuevas figuras penales, introducidas por la Ley Orgánica 11/2003.

La Instrucción 2/2005, de 2 de marzo, da instrucciones sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género.

La Circular 4/2005, de 19 de julio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece los criterios de aplicación que ha de seguir el Ministerio Fiscal respecto a la Ley Orgánica 1/2004.

Y la Circular 6/2011 para la unidad de actuación especializada del MF en relación a la violencia sobre la mujer

Finalmente, todo este acervo legislativo se ha completado a raíz de la firma por España del Convenio de Estambul que entró en vigor el 1 de agosto de 2014, justo cuando se cumplían 10 años de nuestra ley y nos encontrábamos haciendo balance de los logros alcanzados y de las tareas pendientes. Profundizar sobre los fracasos y las debilidades del sistema nos ayuda a mejorar la respuesta institucional, y cada nueva víctima nos requiere seguir actuando en esta lucha sin cuartel.

También el Consejo de Europa ha sido sensible a la creciente preocupación de los distintos Estados Europeos ante las dimensiones y el alcance del problema de la violencia de género, especialmente puesto de manifiesto en la encuesta de la Agencia Europea de Derechos Humanos Europea (FRA), realizada en el año 2014.

Basada dicha encuesta en la entrevista realizada a 42.000 mujeres de los 28 estados miembros de la Unión Europea, resultó que una de cada diez mujeres a partir de los 15 años había sido víctima de violencia sexual y una de cada 20 había sido violada. Una de cada 5 mujeres había sido víctima de violencia física o sexual por su pareja o expareja. De estas últimas, sólo un 14% habían puesto el hecho más grave en conocimiento de la policía y sólo el 13% en el caso de que el agresor fuera un tercero.

Así el Convenio para la erradicación y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica aprobado en Estambul, impulsado durante la presidencia española, reaccionando frente a esta realidad tristemente constatada, se ha convertido en una nueva herramienta legalmente vinculante, al amparo de los artículos 96 y 10.2 de la CE, que aborda, de manera integral la violencia de género de intrafamiliar: *“Por primera vez, la violencia contra las mujeres y la violencia intrafamiliar eran consideradas como una grave violación de los derechos humanos y una forma de discriminación, de la que los Estados son responsables si no responden de manera adecuada”*.¹¹

El Convenio tiene como principales objetivos (art 1): *“Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluida mediante la autonomía de las mujeres; concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”*.

La implementación en España del Convenio de Estambul ha dado lugar a importantes reformas legislativas como la L.O 1/2015 de reforma del CP que introduce, entre otras reformas, nuevos tipos penales como el delito de acoso (172. Ter del CP), los matrimonios ilegales (172.bis CP), el delito de Sexting (197.7CP) y la agravante de género (22. 4ºCP).

En el mismo sentido la L.O 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, especialmente preocupado por evitar la revictimización de los menores víctimas o testigos.

Estas leyes han introducido nuevos instrumentos y con ellos, nuevos retos para los Fiscales en su tarea de persecución de los delitos y defensa de las víctimas de la violencia de género. Y es esta la situación en que nos encontramos tras cuarenta años de vigencia Constitucional.

Las leyes han cambiado y mucho. Lamentablemente las mentalidades van más despacio y la educación preconstitucional, basada en formas tradicionales y desiguales de entender las relaciones entre los hombres y las mujeres, ha perpetuado la violencia de género hasta nuestros días. Y contra ella seguimos luchando.

IV. NUEVOS RETOS DEL MINISTERIO FISCAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Efectivamente la conciencia social ha cambiado. El rechazo a la violencia de género es unánime como ha demostrado el reciente Pacto de Estado contra la violencia de género aprobado en septiembre de 2017 y convertido en una cuestión de Estado de primer orden.

La legislación ha evolucionado notablemente. Los instrumentos legales de protección a las víctimas se han perfeccionado. Los tipos penales se han incrementado cubriendo vacíos normativos y limitando las zonas de impunidad. Pero el trabajo por hacer sigue siendo ingente imponiéndonos ya, el Convenio de Estambul, nuevas obligaciones que se nos plantean como retos de cara al futuro. Procedamos al análisis de tales retos.

¹¹ Beatriz Becerra, vicepresidenta de la Subcomisión de Derechos Humanos del Parlamento Europeo. *“Contra la violencia de género más convenio de Estambul”*. El País.25 de Noviembre de 2017).

1. La ampliación del concepto de violencia de género

El artículo 1 de la L.O 1/2004, ya analizado, establece un concepto de violencia de género más limitado que el concebido en el artículo 3 del Convenio de Estambul: *“designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada...por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”*.

La legislación venidera deberá abordar la tarea de ampliar el concepto de violencia de género regulado en la L.O 1/2004, de ámbito estatal, tarea que ya han realizado las legislaciones asistenciales de algunas Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias.

Esta ampliación debería pues incluir toda violencia en cualquiera de sus manifestaciones, -física, psicológica, sexual, instrumental o económica- que se ejerza sobre la mujer ya sea en el ámbito de la pareja, de la familia, del trabajo o en su vida pública, lo que necesariamente debe conllevar las oportunas reformas a fin de atribuir su conocimiento a los JVM como órganos especializados y capacitados en género.

2. La protección a los menores

El artículo 26 del Convenio de Estambul otorga especial atención a la protección de los menores, ya sean víctimas directas, instrumentales o presenciales de violencia.

En sentido el artículo 544 quinquies, introducido por Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito en la LECr, y los artículos 60 y ss. de la L.O 1/2004, modificados por la L.O 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, completan el sistema de protección de menores existente hasta su entrada en vigor con la creación de medidas cautelares civiles, integradas en el proceso penal, y que pueden adoptarse en cualquier fase del procedimiento, cuando se evidencie una situación de riesgo para el menor, pudiendo consistir en la privación de la patria potestad, de la custodia o el establecimiento de un régimen de visitas más o menos amplio y, así mismo, más o menos intervenido, atendiendo al interés del menor en cada momento. De ahí la preocupación de los fiscales por hacer un seguimiento de la situación de dichos menores a lo largo del procedimiento penal y de instar las modificaciones de las medidas adoptadas cuando sea necesario. En el mismo sentido de protección de los menores, el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito impone expresamente al Ministerio Fiscal, la obligación de instar del Tribunal el nombramiento de un defensor judicial cuando, atendiendo a las circunstancias del hecho, se evidencie un conflicto de intereses con quienes ejercen la patria potestad que haga sospechar una inadecuada gestión de los intereses del menor en la investigación y durante todo el procedimiento penal.

3. Los nuevos tipos penales

El artículo 32 del Convenio de Estambul regula el delito de matrimonios forzosos. El art. 34 el delito de acoso, delitos introducidos en el CP por la L.O 1/2015 de reforma del CP.

Respecto de este último delito, regulado en el artículo 172.ter CP, y aplicado desde entonces con cierta frecuencia por los tribunales, pues no en vano recoge y castiga conductas no poco

frecuentes en las relaciones de pareja y expareja, contamos ya con un primer pronunciamiento del TS en la Sentencia 324/2017 de 8 de Mayo de 2017 que dibuja los perfiles del tipo penal exigiendo cierta permanencia en las conductas típicas.

Por otro lado, las nuevas tecnologías han modificado la forma de comisión de los delitos y nos plantean la necesidad de adaptarnos a nuevas formas de investigación y a nuevos medios de prueba. A la violencia de género tradicional se une la cometida a través de medios telemáticos. Estos nuevos mecanismos comisivos nos obligan a familiarizarnos con otro tipo de mecanismos probatorios relacionados generalmente con sistemas informáticos más o menos complejos que exigen, en su caso, informes periciales esta naturaleza. Conscientes de ello, en las XIII Conclusiones del seminario de Fiscales delegados de violencia de género (año 2017), se acordaron pautas de actuación en cuanto a la obtención, conservación y validez de las pruebas relativas a estos delitos.

Debemos advertir sin embargo, que los nuevos tipos penales introducidos en el CP, dejan aún vacíos que pueden constituir campos de impunidad, como los supuestos de suplantación de personalidad de la víctima fuera de los casos recogidos en el delito de acoso, que son los referidos a realizar contrataciones en nombre de la víctima, siendo que las suplantaciones de personalidad albergan otras muchas finalidades.

En el mismo sentido recordar la gran preocupación del Ministerio Fiscal por tratar de erradicar el lucrativo negocio que constituyen los delitos relativos a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual que, conforme al concepto de violencia de género acuñado en el Convenio de Estambul, se integran también en los delitos de violencia contra la mujer y constituye según palabras de los expertos, la nueva esclavitud del siglo XXI.

4. La agravante de género

Una de las reformas más importantes introducidas por la LO 1/2015 de reforma del CP, por exigencia del Convenio de Estambul (art. 46), es la agravante de género prevista en el artículo 22. 4º del CP. La Exposición de motivos de la LO 1/2015 la Justifica diciendo: *“La razón para ello es que los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”*. Ha costado conseguir un pronunciamiento del TS interpretando y aplicando esta agravante. Sí existían algunas sentencias que la aplicaban en la jurisprudencia menor, (*AP Bilbao, Sección 6º, lo apreció en sentencia nº 53/16 por un delito de homicidio intentado y la AP de Castellón, Sección en sentencia 232/2016, de 11 de octubre, : SAP CS 1008/2016 en un supuesto de detención ilegal, violencia de género y agresiones sexuales aprecia la concurrencia de esta circunstancia en los delitos de detención ilegal y agresión sexual. St. 64/17 de 23 de febrero de la Secc. 5 de la A.P. de Santa Cruz de Tenerife, entre otras muchas*).

Según la Dación de cuentas de la Fiscalía Especializada correspondiente al primer semestre de 2018, en este periodo se apreció en 13 ocasiones .la nueva circunstancia agravante de discriminación por razón de género (art. 22-4 del C.P.), lo cual supone un importante incremento en relación al año 2017 en el que, en todo el año, sólo se computaron 8 sentencias apreciando esa agravación

Finalmente se ha conseguido un pronunciamiento del TS al respecto a raíz del recurso de casación en interés de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, en caso de lesiones contra la pareja con deformidad. El Tribunal Superior de Justicia, en la sentencia de apelación, consideró que la agravante no resultaba aplicable, pues entendió que no había quedado acreditado que “el actuar delictivo tuviera por móvil el desprecio o la discriminación de la víctima por el solo hecho de ser

mujer o por el deseo de dominación machista .Señala sin embargo el TS que: *"la dominación y el desprecio sobre la mujer, concretamente sobre la que recae la agresión, elementos necesarios para apreciar la agravante, resultan de las características de la conducta ejecutada, tal y como aparece descrita en los hechos probados"*(arrancarle el móvil de las manos, decirle si no eres mía no eres de nadie para posteriormente apuñalarla repetidas veces).

5. La dispensa del artículo 416 de la LECr

No es posible hablar de las dificultades que encontramos los Fiscales en la persecución y condena del delito sin mencionar la dispensa prevista en el artículo 416 de la LECr.

A ella se refirió, la Fiscal de Sala de la Fiscalía contra la violencia sobre la mujer, en su comparecencia ante la comisión del Senado el día 22 de febrero de 2017: *"Es necesario modificar sin demora el artículo 416 de la LECr, ya que ante un delito público no cabe perdón ni mediación. Tal como está concebido actualmente el Artículo es otro instrumento de dominación del varón y provoca muchas sentencias absolutorias... al menos, habría que intentar que las declaraciones que las víctimas prestaron al comienzo sean tenidas en cuenta por el juzgado."*¹²

Lejos de esta legítima reclamación, mantenida desde 2009 tanto por la Fiscalía especializada como por los expertos del CGPJ y avalada por el art. 48 y especialmente, por el art. 55 del Convenio de Estambul, el Acuerdo de pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de fecha 23 de Enero de 2018 señala: *"El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECr, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida"*.

A pesar de ello los Fiscales, aun privados de esta manera de la prueba fundamental cual es la declaración de la víctima, seguimos manteniendo la acusación en juicio aferrándonos, si los tenemos, lo que no ocurre siempre dada la naturaleza de estos delitos, al resto de elementos de prueba.

Pero en esta dispensa que supone una suerte de privatización del delito debemos encontrar la causa de la mayoría de los sobreseimientos y sentencias condenatorias que se dictan y que producen una sensación de impunidad en la sociedad contrario al fin tanto de prevención general como especial que tiene la pena.

6. La adecuada valoración del riesgo

El art. 51 del Convenio de Estambul establece la obligación de crear los mecanismos necesarios para realizar una adecuada *"valoración del riesgo de letalidad, de la gravedad de la situación y del riesgo de reincidencia"*.

En este punto el Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén), de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, pretende aglutinar toda la información procedente de todas las instituciones con competencia en la materia, con el objetivo de realizar una adecuada valoración del riesgo de cada víctima y configurar así un plan de seguridad personalizado.

¹² Informe de la subcomisión de igualdad aprobado por el pleno del congreso de los diputados el 27 de Septiembre de 2017 para un pacto de estado contra la violencia de género. Ponencias.

Sigue siendo una realidad que fallamos en la prevención del riesgo y protección de la víctima. La adecuada valoración del riesgo exige la inmediata implantación, como viene reclamando la Fiscalía insistentemente, en los juzgados de Guardia y dotadas de suficientes recursos personales de las Unidades forenses de valoración integral creadas por la L.O 1/2004, las cuales pueden aportar una información relevante a Jueces y Fiscales a la hora de decidir las medidas cautelares más adecuadas a adoptar.

7. La perspectiva de género

El artículo 49 del Convenio de Estambul obliga a los Estados a establecer las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta *la perspectiva de género* en este tipo de violencia.

En este concreto aspecto debemos tener muy en cuenta el Dictamen adoptado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de la Convención de las Naciones Unidas, en su 58º período de sesiones, (30 de junio a 18 de julio de 2014), en relación con la Comunicación 47/2012 presentada por Ángela González Carreño contra el Estado Español tras el asesinato de su hija a manos de su exmarido.

Señala el Comité: *“En el presente caso el elemento determinante debe pues ser si esas autoridades aplicaron principios de debida diligencia y tomaron medidas razonables con miras a proteger a la autora y su hija de posibles riesgos en una situación de violencia doméstica continuada... El Comité destaca que los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica.... En el presente caso, el Comité considera que las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia”*.

La perspectiva de género se impone así, como un requisito indispensable en la elaboración, interpretación y aplicación de la ley. Esta perspectiva es una lente imprescindible a la hora de escuchar el testimonio de las víctimas, entender la trágica realidad que han vivido y su situación psicológica pues sólo partiendo de estas peculiaridades que no encontramos en otras clases de delito, de este contexto cultural, seremos capaces de percibir y entender lo que dice y lo que no dice y por qué lo dice y desde ese enfoque analizar y dar credibilidad a su relato y adoptar las medidas de protección correspondientes.

Constituye pues un instrumento “necesario para cambiar la tradicional concepción del papel de la mujer en la sociedad. Con esta nueva terminología se pretende identificar las diferencias culturales y sociales entre hombres y mujeres como una elaboración de siglos mantenida por los intereses del régimen patriarcal.

V. CONCLUSIÓN

Mucho hemos avanzado a raíz del artículo 14 de la CE pero también es mucho lo que nos queda por hacer.

La igualdad formal y jurídica existe, pero no la igualdad material, la igualdad de oportunidades, la igualdad salarial, la paritaria distribución de las funciones en la familia, el acceso a los cargos

de responsabilidad y decisión, el respeto a la negativa a cualquier contacto sexual, la publicidad sexista, son sólo algunos de los ejemplos de todos los frentes que es posible mejorar, porque sólo con una actuación decidida y firme en educación e igualdad, podrá atacarse los cimientos en que se apoya y crece la violencia de género.

Hay semanas negras salpicadas por asesinatos de mujeres y niños, con datos estremecedores y que ponen a prueba nuestras fuerzas y nuestra confianza en el sistema: en España, casi 1.000 mujeres han perdido la vida a manos de sus parejas o exparejas desde 2003 y 27 menores, hijos de las víctimas, han sido asesinados por sus progenitores desde 2013.

Ante este gravísimo problema no cabe mirar para otro lado, no caben las equidistancias ni la pasividad. Tenemos la obligación de actuar y de proponer soluciones, porque es un compromiso colectivo que nos atañe a todos: a la sociedad. En este reto, el compromiso del Ministerio Fiscal ha sido y seguirá siendo total y responsable para atender y proteger a las víctimas, a las personas más vulnerables, para seguir formándonos, y aplicar la ley para satisfacer el interés social, para luchar más y mejor contra la violencia de género.

La erradicación de la violencia de género vincula a toda la sociedad. Cada acto de violencia de género es un fracaso social y es la sociedad, en su conjunto, la que debe reaccionar en su contra. Hay que cambiar no sólo leyes sino mentalidades y conductas aprendidas a lo largo de generaciones, lo que requiere un profundo cambio cultural. Cambiar las primeras sin cambiar las segundas es sólo poner parches al problema. La igualdad tiene una sola forma de realizarse: la educación.

Afortunadamente la demanda social ha sido recogida por los poderes públicos que hoy como aquel lejano 2004, están unánimemente involucrados en la tarea de erradicar esta lacra social como demuestra el Pacto de Estado contra la violencia de género.

La violencia de género, como manifestación de una violación de los derechos humanos, es una lacra social que una sociedad democrática como la nuestra no puede ni quiere permitirse.

El Ministerio Fiscal y la Constitución en su actuación en el ámbito contencioso-administrativo

PEDRO CRESPO BARQUERO

Fiscal de Sala Jefe de la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo

SUMARIO

I. Introducción. II. Un giro histórico radical. III. El fiscal de lo contencioso-administrativo: la misión constitucional al pie de la letra. 1. La defensa de la legalidad. 2. La defensa de los derechos de los ciudadanos. 3. La defensa del interés público tutelado por la ley y la satisfacción del interés social. 4. La misión de velar por la independencia de los tribunales. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien la Constitución 1978, en su único artículo dedicado a la institución del Ministerio Fiscal (el 124, como es sabido) no alcanzó -es posible que por deliberada voluntad de sus redactores- a configurar con nitidez el perfil institucional de este órgano, sí incorporaba los elementos imprescindibles para que por vía legislativa pudiera operarse un cambio sustancial de orientación de la presencia y la actividad del Fiscal en el orden jurídico del Estado social y democrático de Derecho que trataba de alumbrar aquel texto ansiado, asumido y muy mayoritariamente votado por la mayoría de los españoles.

Que la Constitución marca un hito en el devenir institucional del Ministerio Público resulta incuestionable, por más que cuarenta años después estén por desarrollar, y aun posiblemente por asimilar, algunos avances que la lógica histórica permite -o hubiera podido permitir- materializar tanto desde el punto de vista normativo como de su gestión cotidiana, lastrada por una larguísima historia de indefinición organizativa, instrumentalización política, penuria de recursos, rancios tics corporativistas e inercias burocráticas.

En ningún caso, sin embargo, el carácter incompleto y la cadencia a veces claudicante con que se ha ido materializando el potencial transformador de la institución disminuye, en el balance temporal que ahora cabe formular, la importancia del cambio. La evolución experimentada en las últimas décadas se refleja visiblemente en una fisonomía distinta y en una presencia social aún falta de arraigo pero progresivamente reconocida y por ello a veces legítimamente cuestionada por los

ciudadanos. Pero, sobre todo, va tomando cuerpo en un lento –y no exento de controversias- pero consolidado desarrollo de sus señas de identidad, inequívocamente arraigadas en aquellos postulados que, sin ser del todo originales (la defensa de la legalidad, la imparcialidad, y por supuesto la unidad de actuación y la dependencia jerárquica constituían identificadores recurrentes de la institución en la legislación histórica, como se verá) encuentran un especial significado en un régimen democrático de convivencia que se alza sobre los pilares de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo (art. 1 CE).

Es probable, sin embargo, que existan pocas áreas de la actividad del Ministerio Público en las que esa fuerza transformadora de la Constitución se haya concretado en un impacto tan determinante, tan radicalmente disruptivo de su evolución histórica, como en el ámbito contencioso-administrativo. Justificar esta afirmación exige un inevitable, por más que forzosamente breve, repaso de algunos acontecimientos que marcaron el rumbo de la institución a lo largo de los últimos siglos. La percepción muy extendida en la actualidad del papel secundario o subalterno del Fiscal en el área del Derecho Administrativo choca de frente con la afirmación –tan cierta como demostrable, incluso en clave semántica- de que en su proyección histórica nada hay más propio ni más inherente a la institución del Ministerio Fiscal, y en particular del Ministerio Fiscal español, que su imbricación orgánica y funcional en la Administración pública, que es tanto como decir, en ese plano del origen histórico, en la génesis misma del Estado moderno.

II. UN GIRO HISTÓRICO RADICAL

En efecto, la dispersión de figuras embrionarias y de funciones nominalmente abarcadas, en circunstancias, lugares y épocas distintas, bajo la ocasional denominación del *fiscal*, acabarían precipitando en el crisol de un oficio consolidado y definido especialmente por su notable poder político a partir de los célebres *Decretos de Nueva Planta* del rey Felipe V, cuando el por primera vez llamado *Fiscal General* asume peso de su capital incidencia en el no menos todopoderoso Consejo de Castilla. El insólito destino del primer jurista que ostentó el título, Melchor de Macanaz, acorralado en el exilio por sus propias obsesiones y perseguido hasta la muerte, entre otras razones, por su empeño en *topar* con la Iglesia, o el brillo, décadas después, en los años sesenta del siglo XVIII, del tándem formado por Campomanes y Moñino (todavía no marqués de Floridablanca), dibujan trazos sustanciales en la tarea fundacional de la Administración pública española. La tarea de sustentación jurídica de la monarquía emprendida por aquellos ilustres e ilustrados juristas acabará fraguando en el mortero de los cimientos del Estado mismo, en torno a una idea trascendental: la superación del sesgo privatista de la realeza medieval en pro de la institucionalización de un interés público vinculado a –o tutelado por- la ley, que vendría a consagrar el estallido de la Revolución Francesa y a difundir, en el plano jurídico, el *colonialismo codificador* del Imperio napoleónico.

El monumental y muy olvidado *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria*, de 26 de septiembre de 1835, fijaría las bases primarias del orden jerárquico inherente al ya denominado Ministerio Fiscal, e incorporaría incluso un inicial bosquejo del concepto de autonomía (art. 107), al tiempo que señalaba como la fundamental tarea de Fiscales y Promotores fiscales el despacho de las causas “*de lo civil y lo criminal*”, en tanto que “*defensores que son de la causa pública y de la Real jurisdicción ordinaria y encargados de promover la persecución y castigo de los delitos que perjudican a la sociedad*” (art. 101). Pero en su art. 104 el Reglamento asignaba aún a la órbita funcional de los *fiscales del Tribunal Supremo*, con nítida resonancia de sus orígenes, la tarea de “*solicitar la retención de las bulas, breves y rescriptos*

apostólicos atentatorios contra las regalías de S. M. o de otra manera contrarios a las leyes” y “*promover con toda actividad las demandas pendientes, y entablar de nuevo y proseguir eficazmente todas las que correspondan sobre las fincas, rentas y derechos que deban incorporarse o revertir a la Corona*”. El Decreto de 26 de enero de 1844, que distinguía funcionalmente entre los *Promotores fiscales* y los *Fiscales de Hacienda*, haría hincapié en la necesidad de una conformación jerárquica de la institución; y el Decreto de 9 de abril de 1858 mediante el que el ministro Fernández de la Hoz pergeñaba una sintética regulación de la carrera fiscal, subrayaba cómo “*todos estos funcionarios y los Fiscales de las Audiencias dependerán únicamente de mi* [nótese el posesivo, formalmente referido a la Reina] *Fiscal en el Tribunal Supremo, y éste a su vez, con todo el Ministerio Fiscal, del Ministro de Gracia y Justicia*” (Art. 2), abrazaba la tradición que mantendrá en el frontispicio de las funciones que corresponden al órgano (art. 17) la de “*representar al Estado en todos los negocios civiles y criminales en que tenga interés, y defender los del Real Patrimonio cuando fuere necesario su patrocinio*”.

La doble faz de aquel Fiscal defensor del patrimonio real y promotor de lo público, proyección especular de la doble cara del monarca como *dueño y señor* de su reino y fuente de la legalidad, arrastrará por lógica a la institución al proceso mutante de las monarquías históricas –allá donde sobrevivieron– en jefaturas *de Estado*, todavía autoritarias pero embrionariamente orientadas al forzoso entendimiento de un *interés general*. En esa superposición aún confusa de lo *patrimonial* y lo *público* latía, por lo que hace a la figura del Fiscal, una crisis funcional y orgánica que acabará cristalizando en la separación de dos funciones asignadas a dos órganos distintos: la defensa de los intereses de la Administración, al Abogado del Estado, y la del mencionado *interés general*, al Ministerio Fiscal.

Ciertamente, la emblemática y contra todo pronóstico longeva Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870 mantendría todavía la tradicional acumulación de funciones del Fiscal atribuyéndole, además de sus ya entonces sustanciales cometidos en el área penal, la tarea de “*representar al Estado, a la Administración y a los establecimientos públicos de Instrucción y Beneficencia en las cuestiones en que sean parte, ya demandante, ya demandada*” (art. 838).

La misma configuración pasaría en términos formales a la Ley sobre el ejercicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 13 de septiembre de 1888. Pero en ella germinaba, latente, la semilla del cambio trascendental. El factor *orgánico* de ese cambio se había desencadenado a partir de la creación del cuerpo de Abogados del Estado por Real Decreto –a propuesta del Ministerio de Hacienda– de 26 de marzo de 1886, *por el que se crea el Servicio de lo Contencioso del Estado*, signo inequívoco de la decidida, pero progresiva, identificación de su esfera exclusiva y excluyente de actividad con el aspecto *patrimonial* de lo –que ya podríamos denominar– *público*¹. Sin embargo, el proceso de decantación organizativa y funcional que terminará abocando a la distinción definitiva de ambas figuras Fiscal y Abogado del Estado– y de sus respectivas tareas costará todavía muchos años y se articulará principalmente a través de la zigzagueante configuración de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En efecto, el primer hito transformador se halla en la citada Ley de 1888, que trasladaba al sistema español los postulados de la *jurisdicción retenida* propios del sistema napoleónico, mediante

¹ Art. 5: *La representación y defensa en juicio de la Hacienda ante los Tribunales, a que se contrae el artículo anterior, estará á cargo de los Abogados del Estado: esto no obstante, el Ministerio fiscal continuará desempeñando las funciones que le son peculiares en las causas criminales, y continuará con la representación y defensa especial que hoy le corresponden en los juicios civiles que interesen a personas inciertas, ausentes, menores e incapacitados; así como en todos los demás en que deba intervenir como representante de la ley.*

la constitución de un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en el seno del Consejo de Estado, recuperándose así formalmente para el Fiscal su ubicación original. Para el Fiscal, entiéndase, *del Consejo*. Porque en ese punto estaba la clave: se creaba un Fiscal “*de libre elección del Gobierno*” (art. 21) que “*representará a la Administración del Estado en los asuntos contencioso-administrativos de que conozca*” el nuevo Tribunal, lo que chocaba claramente con la regulación –que permaneció intacta– del *Ministerio Fiscal de toda la Monarquía* al que el artículo 841 de la Ley de 1870 situaba bajo la jefatura del Fiscal del Tribunal Supremo y la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia. La Ley de la Jurisdicción Contenciosa regulaba de esta manera, *ex novo*, una Fiscalía *propia*, integrada, además de por su jefe, por “*un Teniente Fiscal y seis abogados Fiscales, debiendo ser todos Letrados*” y pertenecientes a un “*Cuerpo de escala cerrada, en el cual se ascenderá por orden de rigurosa antigüedad, siendo nombrados a propuesta del Consejo de Estado en Pleno*” (art. 21, § 1). Un Cuerpo distinto por consiguiente del que formaba la carrera fiscal, y al que “*únicamente se entrará (...) por las plazas inferiores, mediante concurso, entre los Tenientes fiscales que hayan sido del Consejo de Estado, Oficiales de éste o Abogados del Estado que lleven, cuando menos, ocho años en el desempeño de sus cargos*” (art. 21, § 2). A todo ello se añadía un detalle no menor en el plano orgánico: ese modelo de singular “Fiscalía” operaba solo en el Tribunal del Consejo de Estado; la ley atribuía sin embargo directamente a los Abogados del Estado la representación de la Administración en los Tribunales Provinciales (art. 25).

Por tanto, la situación se articula en una doble superposición de planos. Por una parte, se configura un modelo de *convivencia* entre Abogados del Estado y unos denominados *fiscales* que en realidad no pertenecen a la Carrera Fiscal, y no están sujetos a la autoridad jerárquica del Fiscal del Tribunal Supremo. Al contrario, la Ley de 1888 es clara a la hora de fijar su línea de dependencia, cuando en el artículo 24 prohíbe al Fiscal del Consejo allanarse a las demandas dirigidas contra la Administración “*sin estar autorizado para ello por el Gobierno de S.M.*”, precisando que a tal fin deberá dirigirse “*en comunicación razonada al Ministro de cuyo Centro dimane, para que acuerde lo que estime procedente*”. No necesariamente, en consecuencia, al Ministro de Justicia. Por otra parte, los Abogados del Estado asumen en exclusiva la tarea de defender los intereses de la Administración a nivel provincial, pero a su vez nutren en parte las filas de la propia Fiscalía. De una Fiscalía que, por tanto, ni está formada en su totalidad por verdaderos *fiscales*, en el sentido “moderno” del término, ni está integrada orgánica y jerárquicamente en el Ministerio Fiscal.

Esa superposición de planos se hará especialmente patente cuando el modelo orgánico vuelva a cambiar. Y no tardó en hacerlo más que dieciséis años. La denominada *Ley Maura*, de 5 de abril de 1905, expresa con nitidez en su título mismo (“*organizando el Consejo de Estado y creando en el Tribunal Supremo una Sala que se llamará de lo Contencioso-administrativo*”) el alcance trascendental de sus efectos. Al devolver la Jurisdicción contenciosa al modelo *judicial*, se produce un inevitable conflicto orgánico y funcional en la Fiscalía. Porque integrar *una Sala más* en el Tribunal Supremo no ofrecía especial dificultad, pero incorporar a aquellos “fiscales” de lo Contencioso a “*la*” Fiscalía del Alto Tribunal implicaba como mínimo dos dificultades: salvar la unidad orgánica –que en el seno de una organización jerarquizada implica por definición una única cadena de dependencia– y consolidar la unidad de carrera.

Lo primero –el aspecto orgánico– se resolvió con cierta soltura, integrando a los miembros de la Fiscalía del Consejo de Estado (todos menos el Jefe, que dada su condición *política* simplemente fue destituido con honores) en la Fiscalía del Tribunal Supremo. El que había sido Teniente Fiscal del Tribunal Contencioso se incorporó como Abogado Fiscal del Tribunal Supremo *en comisión*, y los demás quedaron “*adsritos a la Fiscalía del Tribunal Supremo, con los mismos sueldos, categorías y derechos que los Abogados Fiscales que actualmente prestan sus servicios en la misma*”.

Pero la solución *unificadora* era en muy buena medida engañosa. De un lado se mantenía (art. adicional 1º) la vigencia de la Ley de lo Contencioso-Administrativo en todo lo relativo a la competencia “y orden de proceder de la Sala”, conforme “a lo establecido para el Tribunal de lo Contencioso-administrativo en la misma Ley [de 1888] y en el Reglamento dictado para su ejecución y disposiciones posteriores”, con lo cual la actuación del Fiscal ante la nueva Sala del Tribunal Supremo quedaba configurada exactamente igual que con anterioridad a la *fusión* de órganos (lo que incluía la dependencia *del Ministro del ramo* que correspondiera al asunto litigioso); y de otro lado se confirmaba a los Abogados del Estado como representantes de la Administración en los Tribunales Provinciales.

Pero además la *unificación* de la Fiscalía del Tribunal Supremo no era lo que parecía. La verdadera trastienda de esa reforma se deja entrever en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 23 de junio de 1926. En él se reproducía, de entrada, la fórmula de la Ley Provisional de 1870 asignando al Fiscal la función de “*representar al Estado, a la Administración y a los Establecimientos públicos de instrucción o beneficencia en las cuestiones en que tales entidades sean parte o tengan algún interés*”; pero se agregaban dos matices: primero, que esa función se desempeñaría por el Fiscal “*siempre que expresamente no esté atribuida la representación a los Abogados del Estado o a otros funcionarios*” (lo que como se ha visto ocurría en todos los Tribunales provinciales), y segundo, que “[*d*]e los once Abogados fiscales del Tribunal Supremo, tres serán de procedencia administrativa, conforme a los preceptos de la ley de 5 de Abril de 1904, correspondiendo las tres plazas a los turnos de Abogados del Estado que establece el artículo adicional 8.º de dicha ley” (art. 8.3)². En suma: la cuarta parte de los Fiscales del Tribunal Supremo no pertenecían a la carrera fiscal, sino que procedían del cuerpo de Abogados del Estado, y tenían a su cargo el despacho de la materia contencioso-administrativa. Y un dato más: el Reglamento de desarrollo del Estatuto, aprobado por Real Decreto de 28 de febrero de 1927, al regular en sus artículos 76 y 77 las competencias de los Fiscales Jefes de las Audiencias Territoriales y Provinciales, excluía de manera expresa la facultad de impartir instrucciones a sus subordinados en materia contencioso-administrativa.

Así pues, la aparente integración no significó en absoluto que el *Ministerio Fiscal de toda la Monarquía* recuperase de modo efectivo las funciones de defensa y representación de los intereses

² Esta remisión legal presenta serias dudas interpretativas. En primer lugar porque el artículo adicional 8 no trata de los Fiscales, sino de los Secretarios, y en segundo lugar porque lo que dice el párrafo segundo del artículo adicional 7 –al que parecería remitir en realidad la norma– es que “*dos de las cinco plazas que en lo sucesivo hayan de nombrarse para la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se proveerán por concurso entre Abogados del Estado que lleven más de veinte años de servicio en el Cuerpo, habiendo prestado cuatro cuando menos en los Tribunales provinciales, y tengan la categoría de Jefes de Administración, y otra plaza, en un Abogado o Teniente Fiscal del Tribunal de Cuentas del Reino que, teniendo categoría de Jefes de Administración y de Teniente o Abogado Fiscal del Tribunal Supremo, cuenten más de quince años en la categoría. Si no hubiere aspirantes con estas condiciones, se proveerán las vacantes por los turnos establecidos en la carrera judicial*”. No regula por tanto el acceso a la *Fiscalía del Tribunal Supremo*, sino dos turnos especiales para Fiscales de acceso a la *Sala del Tribunal*, y de hecho la regla de cierre remite subsidiariamente a los turnos de la *carrera judicial*. Además no parece tener sentido que uno de los supuestos de acceso a la *Fiscalía del Tribunal Supremo* consista en ser Abogado o Teniente Fiscal del Tribunal de Cuentas y tener la categoría de *Teniente Fiscal del Tribunal Supremo*. Por tanto, la referencia en el Estatuto de 1926 es imprecisa, y parece aplicar la norma a la perpetuación de un turno especial para el acceso de los Abogados del Estado a la *Fiscalía*, conforme a la estructura proveniente de la Ley de 1888. Lo importante, de todos modos, es que en la *Fiscalía del Tribunal Supremo* había tres Fiscales –los del orden contencioso administrativo– que no formaban parte de la carrera fiscal.

de la Administración que había ejercido históricamente. Bien al contrario, la compartimentación funcional y orgánica entre la Fiscalía y la Abogacía del Estado era irreversible, y se acabaría consolidando en la decisiva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. A su expresa alineación *“judicialista, siguiendo la orientación que impuso la de 5 de abril de 1904”* se sumaba la proclamación, ya decididamente categórica, del *“principio de que la defensa de la Administración ante la Jurisdicción contencioso-administrativa debe estar atribuida a sus propios Abogados, por lo que la representación y defensa de la Administración del Estado corresponderá siempre a los Abogados del Estado, y la de las demás Entidades, Corporaciones e Instituciones públicas integradas en la Administración incumbirá a sus respectivos Abogados”* (art. 34). Tal vez con coherencia, aquella norma procesal prácticamente no mencionaba al Fiscal, salvo para mostrarle el camino de salida: en su Disposición Transitoria Séptima disponía que los Fiscales adscritos a las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo seguirían asumiendo la representación y defensa de la Administración, pero que, a medida que se fueran produciendo vacantes, estas serían provistas por Abogados del Estado. Por su parte, los Abogados Fiscales del que ya procedían del cuerpo de Abogados del Estado *“seguirán prestando sus servicios en las mismas como tales Abogados del Estado”*. Así se programaba la extinción del modelo *mixto* de Fiscalía del Tribunal Supremo a dos velocidades: se declaraba *a extinguir* la unidad orgánica, y se consumaba *ipso facto* la quiebra de la dependencia jerárquica funcional, estableciendo que *[m]ientras no sea asumida totalmente por los Abogados del Estado la representación y defensa de la Administración pública en los términos previstos en esta ley, los Fiscales generales y Abogados Fiscales procedentes de la Carrera Fiscal dependerán orgánicamente del Fiscal del Tribunal Supremo, pero en lo que se refiere a la prestación del Servicio de Defensa de la Administración General del Estado, la Dirección General de lo Contencioso del Estado cursará las oportunas instrucciones por mediación del Fiscal del Tribunal Supremo*. Dos años después, el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de febrero de 1958 confirmaba este modelo, precisando en sus arts. 88 y 89 que los Fiscales de las Audiencias Territoriales y de las Audiencias Provinciales no podían impartir órdenes e instrucciones a sus subordinados en materia contencioso-administrativa. El todavía hoy parcialmente vigente Reglamento de 27 de febrero de 1969 no introdujo, en estos aspectos, ninguna modificación.

La conclusión de cuanto se ha expuesto es que el día 29 de diciembre de 1978, cuando se promulgó la Constitución que ahora cumple cuarenta años, la tarea del Fiscal ante la Jurisdicción contencioso-administrativa era cosa del pasado, a lo sumo concretada normativamente en una situación *a extinguir*. De aquel largo tránsito histórico solo quedaba un paradójico vestigio: el nombre del oficio de la institución; la huella etimológica del *fiscus*, el patrimonio del monarca, como recuerdo del origen remoto.

Sin embargo, igual que en tantos otros aspectos, la Constitución produciría, como se ha anunciado desde el título mismo de este apartado, un giro radical del curso histórico. Lejos de su anunciado extrañamiento, el Ministerio Fiscal, sin renunciar a su tradicional denominación, se vio repentinamente reencarnado en la forma y confirmado en la sustancia de auténtico Ministerio *Público*, dotado de un papel esencial en el orden contencioso-administrativo por obra y gracia de los principios democráticos que con algo de desorden y precipitación pero vocación incuestionable asumió el nuevo Estatuto Orgánico de 1981.

En efecto, el texto constitucional no solo convierte los derechos fundamentales y las libertades públicas en materia prima de la actividad del Fiscal. Además *redefine* la institución misma. En las páginas anteriores se ha examinado la evolución orgánica y funcional del Ministerio Fiscal desde la perspectiva de sus relaciones con la Administración, observando cómo progresivamente se consuma la separación de ámbitos y tareas con el emergente cuerpo de Abogados del Estado.

Pero, en paralelo, la institución irá también definiendo su posición en relación con *el Gobierno*. El matiz es capital: la clásica tarea de defensa del patrimonio por un lado, la del ejercicio de poder del soberano, por otro. Pero la coherencia de ese modelo histórico abocaba a que, en ese plano del ejercicio del poder político que se manifiesta especialmente en el *ius puniendi*, la Fiscalía asumiera también un papel vicario: el de “*representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial*”, como rezaban el artículo 763 de la Ley Provisional de 1870 y el artículo 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926. La divisa autoritaria de la “*unidad de poder y coordinación de funciones*” del franquismo (art. 2.II de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967) convirtió aquella función representativa del Fiscal en misión de *comunicación* entre el Poder ejecutivo y el judicial (art. 35 de la misma Ley), generando con ese juego semántico la sonrojante y contraproducente paradoja de convertir al representante en recadero.

La profunda redefinición de la posición del Fiscal en el mapa institucional de la Constitución de 1978 –con el único y nunca desarrollado precedente del artículo 104 de la Constitución de la segunda República, que lo elevaba al estatus de *independencia*- se plasma en la expresa mención de los principios de legalidad e imparcialidad y la advertencia implícita, hasta el día de hoy solo atendida de manera reticente, fragmentaria y formal, de que la conjugación de esos principios en un órgano internamente regido por la unidad de actuación y la dependencia jerárquica exige inexcusablemente la *autonomía* necesaria que se traduce en su capacidad de actuar *por medio de órganos propios* (art. 124.2 CE). En ese diseño constitucional, la dimensión política del Fiscal General del Estado, nombrado a propuesta del Gobierno (art. 124.4), aporta legitimidad democrática pero no incluye la *dependencia* del Ejecutivo que trasladaban los textos históricos. Esa reformulación democrática del Fiscal como defensor de la legalidad a través del prisma del *interés público* y con el objetivo de obtener la *satisfacción del interés social* (art. 124.1), en el marco sistemático del Poder Judicial (Título VI de la Constitución) sitúa al órgano en una posición institucional indefinida -*de relevancia constitucional*, dice el artículo 2 EOMF tras la reforma operada por Ley 24/2007, de 9 de octubre- pero en todo caso no subordinada, ni al Gobierno, ni mucho menos a la Administración.

En el contexto de esa novedosa arquitectura institucional, la lista de tareas que enumera el artículo 124.1 CE suponía así una auténtica transfiguración de las razones y la forma de la presencia posible del Ministerio Fiscal en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por más que esa nueva visión del papel del Fiscal tardarse aún veinte años en materializarse en un texto legal: la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), asumió al menos en parte la idea de *recreación* del modelo, hasta el punto de que, como enseguida se comprobará, la lectura del citado artículo 124 CE sirve para reconocer palabra a palabra, punto por punto, cada uno de los concretos cometidos en que el propio Legislador ha ido concretando la abierta remisión normativa del artículo 3.14 EOMF: “...*corresponde al Ministerio Fiscal: (...) Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas. Defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención*”.

En fin, el proceso de especialización paulatinamente proyectado sobre la institución, de modo incipiente a través de la reforma del propio EOMF llevada a cabo por Ley 14/2003 de 26 de mayo (que formalizó la división funcional de las Secciones de la Fiscalía del Tribunal Supremo) y, sobre todo, por la profunda modificación del Estatuto promovida desde la propia Fiscalía General del Estado que tomaría cuerpo en la ya citada ley de 9 de octubre de 2007, en la que ese valor –el de la especialización- se erigió en herramienta sustancial de un intento de mayor acercamiento al *interés social*, han sido determinantes para potenciar la dimensión característicamente constitucional del Fiscal, ya no como representante de la Administración, sino como valedor, llegado el

caso incluso frente a ella, de la legalidad y los derechos de los ciudadanos. La defensa del interés público ante los Tribunales, y en concreto la misión de acometerla con el fin último de procurar la satisfacción del mencionado interés social, ha sido y son todavía –pese a los desafortunados recortes infligidos por el Legislador de 2015 a que se hará ulterior referencia- los incentivos esenciales de la labor de esta longeva institución en un área en la que ni el peso de la historia ni el esfuerzo cotidiano terminan seguramente de hallar un justo reconocimiento, oculto al brillo de la pirotecnia mediática y cinematográfica que tiende a mimetizar al Fiscal en el exclusivo hábitat político-penal.

Pero ese desempeño diario se concreta, como se ha dicho, en una realización palpable de todos y cada uno de los cometidos que la Constitución enuncia.

III. EL FISCAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: LA MISIÓN CONSTITUCIONAL AL PIE DE LA LETRA

Así es: el escrutinio literal del texto del art. 124.1 CE constituye la mejor guía para un recorrido completo por la actividad actual del Ministerio Público en su muy desconocida pero nada irrelevante labor en el área contencioso-administrativa. El precepto constitucional dice, como es sabido, que “*el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*”. Que la letra de la norma encuentra su reflejo exacto en cada una de las tareas que la ley reserva e impone al Fiscal en la Jurisdicción contenciosa es, como se ha dicho, demostrable punto por punto. Véase:

1. La defensa de la legalidad

Si existe un campo de la realidad jurídica en el que la renovada posición del Fiscal dentro del juego institucional cobra especial sentido de cara al proceso contencioso-administrativo es, sin duda –por supuesto junto a la específica tutela de los derechos de los ciudadanos- el de la defensa de la legalidad entendida desde la singular posición de *imparcialidad* subrayada por la autonomía que se desprende de la Constitución. El hecho de que el Fiscal ya no asuma la carga de representar a la Administración permite –y de hecho, exige- una aproximación al texto y el sentido de las leyes conforme a su propio criterio, no forzosamente coincidente con la posición de parte que corresponde a aquella. En este punto, la visión del sistema democrático como juego de equilibrios y controles (*checks and balances*) excluye cualquier entendimiento del artículo 103 del propio texto constitucional (“*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”) como *regla autocumplida*. Aunque como se verá más adelante este no ha sido siempre, sobre todo en los últimos tiempos, un mensaje nítidamente asimilado por el propio Legislador, es claro que el valor sustancial de la presencia del Fiscal en el proceso contencioso consiste en su capacidad de aportación de una *voz distinta*, caracterizada por su posición imparcial en el contexto de un debate esencialmente desigual.

La contraposición ciudadano-Administración, enmarcada en la potestad de autotutela inherente al *imperium* de esta última, exige en democracia cierta sensibilidad a la hora de sopesar en sede judicial la sustancial diferencia de armas que trae causa de ese previo ejercicio del poder incluido el de imponer unilateralmente la propia interpretación del Derecho- asignado a una de

las partes. El proceso contencioso-administrativo es casi siempre (salvo en el ámbito del conflicto interinstitucional) fruto de una discrepancia entre la Administración y el ciudadano, condicionada además por la presunción de validez de los actos de la primera (art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*). Pero incluso cuando no es la Administración la parte más poderosa –hoy en día el poder real de ciertos *lobbys* compite con la fuerza de los Estados y a veces la supera– la definición del *interés general* presenta también, y con mayor motivo si cabe, aspectos controvertidos, que pueden ser mejor resueltos contando con la aportación de un tercero que viene dotado de la capacidad de actuar con independencia de criterio. La figura del Fiscal que describe la Constitución resulta a esos efectos potencialmente muy útil.

Hay que reconocer, no obstante, que igual que en otros –quizá fuera exagerado decir que *muchos*– otros aspectos de la vigencia y el desarrollo legislativo del texto constitucional de 1978, el itinerario seguido por el Legislador no ha sido ni uniforme ni necesariamente caracterizado por una línea de avance progresivo.

La ya citada Ley de la Jurisdicción de 1998, incluyó, como señalaba la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1998, de 23 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo contencioso-administrativo*, algunos avances, a pesar de que “*ha continuado en la línea de la anterior de no dar entrada en los recursos contencioso-administrativos al Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad, salvo en los casos en que la ley así lo señale, desoyendo lo que algún sector doctrinal ciertamente influyente venía postulando*”.

Concretamente apuntaba aquella Circular como instrumento genuino por su propia naturaleza para la tarea de velar por la legalidad al recurso de casación en interés de la ley, en cuya virtud las Administraciones o Corporaciones públicas, y el propio Ministerio Fiscal, tenían legitimación para impugnar, sin afectar a su firmeza en el caso particular, aquellas sentencias que estimasen *gravemente dañosas para el interés general*, impetrando del Tribunal Supremo (o del Tribunal Superior de Justicia sin la norma afectada era de rango autonómico) la fijación de una determinada doctrina legal sobre la materia controvertida.

Sin embargo, la –en casi todos los aspectos que afectaron al Fiscal– decididamente aciaga reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 7/2015 suprimió este instrumento que, aunque no había sido utilizado en la práctica por la Fiscalía en la posición de recurrente, sí generó durante años una fructífera actividad *dictaminadora* del Ministerio Público, concebido como parte necesaria en aquel procedimiento. Tarea claramente reconocida, por cierto, en numerosísimas resoluciones coincidentes del Tribunal Supremo, frente y también en ocasiones al lado de– las distintas Administraciones Públicas frecuentemente disconformes con las pautas y límites que el Poder Judicial, a través del quehacer cotidiano de los órganos de instancia, iba imponiendo a su actuación.

Es cierto que la reforma legal citada recuperó en el nuevo modelo casacional, al que acto seguido se hará mención, algunos vestigios reconocibles de aquél *interés de la ley* –el artículo 88.2.b) LJCA permite al Tribunal Supremo apreciar la existencia de *interés casacional objetivo* cuando la sentencia recurrida “*siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales*”–, pero el Legislador prescindió de su aspecto más valioso, que era precisamente el de asegurar *en todo caso* la intervención del Ministerio Público como órgano dictaminador imparcial en materia de legalidad.

Cabe un paréntesis en este punto: como se ha anticipado, el que se acaba de describir no es el único retroceso provocado por la mentada Ley Orgánica 7/2015 en la órbita de actuación del Fiscal como defensor de la legalidad. A partir del ingreso de España en la entonces Comunidad Europea en enero de 1986, la pujante importancia del Derecho de la Unión en el conjunto del or-

denamiento jurídico español, pero muy especialmente en el área del Derecho Administrativo, fue generalizando el uso habitual de la *cuestión prejudicial* ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, regulada hoy en el art. 267 TFUE, como herramienta de ajuste judicial de la normativa nacional al sistema europeo. La imprevisión del Poder Legislativo, que tardó veintinueve años en regular un procedimiento interno para el planteamiento de dichas cuestiones, condujo al *uso forense* de aplicar por analogía el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que expresamente impone la necesidad de que el Juez o Tribunal que duda de la constitucionalidad de una norma oiga al Fiscal antes de resolver definitivamente sobre el planteamiento de la cuestión al máximo intérprete de la Constitución. Pues bien, cuando por fin el Legislador se acordó de cubrir aquella laguna, omitió toda referencia a la intervención dictaminadora del Ministerio Público pese a las advertencias del Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal en sus respectivos informes al anteproyecto de ley. Y en efecto el Fiscal se vio extrañado de ese trámite tal y como se terminó regulando en el actual art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder judicial, que reduce su capacidad de intervención a aquellos supuestos en que tenga la condición propia de *parte* en el proceso, tal y como interpretó inevitablemente la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 7 de enero *sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas*.

Diríase, en suma, que al Legislador de 2015 la presencia del Ministerio Público en las cosas de la Administración no acababa de resultarle cómoda; quizá no tenga nada que ver una estadística judicial abrumadoramente favorable a las posiciones sostenidas por el Fiscal tanto en el ámbito del recurso en interés de la ley como –muy especialmente– en el de las cuestiones prejudiciales, pero cualquiera que sea la razón, es difícil de comprender ese repliegue hacia la noción preconstitucional –recuérdese su formulación explícita en la Ley de 1956– de que en general, en cuanto atañe al interés público, el Derecho Administrativo es cosa de los Abogados del Estado; o sea, de la propia Administración. Como si el artículo 103 CE, según ya se ha anticipó, ostentara la calidad de *norma autocumplida*.

Con todo, el Fiscal mantiene una potente capacidad de acción –y sobre todo una actitud inquebrantablemente dispuesta– en orden a preservar su tarea de defensa de la legalidad, en buena medida defendida y hasta recuperada a pesar de la línea de regresión normativa que se acaba de poner de manifiesto. Dos ejemplos permiten ilustrar este empeño:

En primer lugar, la ya mencionada reforma del modelo de recurso de casación articulada por la misma reforma de 2015 abre, por lo menos en teoría, un notable abanico de posibilidades a la tarea de control y revisión de la legalidad. Se amplía teóricamente el número de resoluciones recurribles –abarcando incluso, en determinados supuestos, las de los órganos judiciales unipersonales–; pero sobre todo se aproxima la función casacional a un verdadero procedimiento de *revisión y creación de doctrina*, que en la práctica va estabilizándose a medio camino entre una especie de *certiorari* (concretado en un ejercicio bastante estricto por la Sala Tercera del TS de la facultad de inadmisión por *falta de interés casacional objetivo*) y una forma de configuración del objeto del recurso que, en aplicación del art. 90.4 LJCA, según el cual los Autos de admisión de los recursos “*precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación (...)*”, ha llevado a la Sección de admisión a fijar un formato que recuerda mucho al de las *cuestiones prejudiciales* o de inconstitucionalidad, de manera que se somete a las partes (y en su caso, por tanto, al Fiscal), una -o varias- interrogante/s concreta/s acerca de la interpretación de una o varias norma/s específicamente determinada/s, de cuya respuesta depende directamente la solución que haya de darse al caso concreto. Este modo de *abstracción* del razonamiento jurídico fuerza por un lado una labor mucho más precisa y a la vez compleja en la ejecutoria dictaminadora del Fiscal, y por supues-

to le exige afinar el propio planteamiento de la materia cuando actúa como parte recurrente; pero por otro lado –valga la expresión- *eleva* el objeto del debate por encima de la controversia particular de la que trae causa el recurso, facilitando precisamente que la misión de *defender la legalidad* se desenvuelva en un entorno –el del debate jurídico “*puro*”, frente al examen puntual y casuístico del pleito concreto- incuestionablemente más idóneo para la búsqueda del interés general y la satisfacción del interés social que la Constitución reclama del Ministerio Público.

Es más, ni siquiera el ominoso silencio que el mismo Legislador de 2015, exhibiendo de nuevo su aparente alergia a esta institución, impuso respecto de la figura del Fiscal también en esta área –ni una sola vez es aludido en la nueva regulación del recurso de casación-, ha contenido la presencia activa de la Fiscalía en el marco casacional. La ineficiente configuración normativa del trámite de preparación del recurso, que al ubicarse en el órgano *a quo* y permitir solo la queja contra el Auto que rechaza la pretensión del recurrente, pero no contra el que tiene por bien preparada la casación, ha provocado que los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia abduquen absolutamente de su esperable labor de *filtro*, abriendo paso a cualquier cosa (única expresión capaz de incluir lo que en algunos supuestos ni remotamente alcanza a la mera apariencia de escrito de preparación, y con mayor frecuencia ni se asoma al concepto de *interés casacional objetivo*), ha obtenido respuesta institucionalizada en la Fiscalía, que al amparo del subsistente –esto es, no reformado- artículo 89.6 LJCA, se toma el cuidado de exponer caso por caso a la Sala del Tribunal Supremo, al tiempo de comparecer ante ella, los motivos por los que a juicio del Ministerio Público no ha lugar a admitir siquiera a trámite el recurso indebidamente elevado por el Tribunal *a quo*. Tarea esta que ha exigido un reforzado protocolo de comunicación ágil entre las Fiscalías territoriales y la del Tribunal Supremo, asumido en la abrumadora mayoría de los casos con diligencia y eficacia.

El segundo ejemplo de cómo la Fiscalía se abre paso en el ejercicio de su función tuitiva de la legalidad es el de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. Aunque esta faceta concreta de la actividad del Fiscal será objeto de examen más adelante, su mención en este punto se debe precisamente al éxito cosechado –por parcial que sea, dado su alcance objetivamente limitado- por el Ministerio Público frente a la reseñada *expulsión* de las cuestiones prejudiciales europeas. La citada Instrucción 1/2016 sostuvo, en efecto, que la legitimación procesal del Fiscal en defensa del interés social inherente a la tutela de los derechos de los consumidores (arts. 11.5 y 15.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) se extendía a la necesidad de que, aun cuando no fuese parte procesal en el caso concreto ni se tratara de uno de los procedimientos específicamente regulados por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se le ofreciera la posibilidad de pronunciarse sobre la adecuación de la norma española cuestionada al Derecho europeo. Pues bien, la tesis fue admitida y asumida *de oficio* por el Tribunal Supremo muy poco tiempo después de publicarse aquella Instrucción³, confirmándose con ello por otra parte, como se podrá comprobar en el apartado siguiente, la tradicionalmente abierta actitud del Alto Tribunal en orden a la intervención del Fiscal en todas aquellas cuestiones en que su posición de defensor de la legalidad y los derechos de los ciudadanos pueda, como la Constitución sugiere, reportar alguna utilidad.

No se puede cerrar este apartado, en cualquier caso, sin mencionar algún aspecto concreto en que esa tarea de velar por la legalidad se ha alzado, como misión desempeñada por los Fiscales del orden contencioso-administrativo, a la altura de la defensa misma de la Constitución y la democracia.

La aprobación de la Ley de Partidos Políticos en 2002 (L.O. 6/2002, de 27 de junio, *de Partidos Políticos*) se tradujo de manera inmediata, como es sabido, en una ingente y complicada suce-

³ Recurso contencioso-administrativo 228/2014

sión de procedimientos –complicada por la dimensión de la tarea que implicaron, pero también por su significado profundo en el desarrollo del modelo democrático instaurado en 1978, en el contexto además de un ensordecedor ruido mediático- dirigidos a la prohibición y disolución de determinadas formaciones políticas y candidaturas vinculadas a la organización terrorista ETA. La capital sentencia del Tribunal Supremo (Sala especial del artículo 61 LOPJ) de 27 de marzo de 2003, por la que se declaraban ilegales los partidos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, constituyó el desencadenante de una inédita tarea de investigación, ordenación y filtrado de la información, preparación de las demandas e intervención activa en los procedimientos que, junto a la Abogacía del Estado, fue principalmente desempeñada por la Sección de lo Contencioso-Administrativo de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Aquella cadena de procedimientos incoados contra organizaciones *sucedáneas* o *sucesoras* de aquellos partidos, y paralelamente la impugnación de sus candidaturas o de las agrupaciones de electores que las encubrían, contribuyeron de manera patente al estrangulamiento final de la actividad política de la banda terrorista, y, en última instancia, a la extinción final de su actividad criminal con el peor balance que cabía esperar: el de la muerte y el sufrimiento generado a las víctimas, y con ellas a varias generaciones de españoles, incluidos en lugar principal los propios vascos, sin más resultado práctico para sus responsables que la vida en la cárcel y la nada en sus aspiraciones políticas. La dificultad técnica y práctica que implicaron aquellos procesos, en algunos casos -como el de la impugnación de las candidaturas de Acción Nacionalista Vasca- elevando al más elaborado nivel de excelencia la técnica aplicativa de aquellas normas⁴, obtuvo finalmente su fruto, pero exigió un esfuerzo y un compromiso sin precedentes que la Fiscalía, sin embargo, supo afrontar.

Esfuerzo y compromiso con la Constitución y la legalidad administrativa emanada de ella que, al margen de cualquier posible comparación entre los supuestos de hecho, se extiende con igual solidez, al tiempo de redactarse estas páginas, al tratamiento jurídico del denominado *desafío soberanista* en que permanece estancada la institucionalidad de la Comunidad Autónoma de Cataluña a lo largo de los últimos años. La abundante litigiosidad contenciosa derivada, por un lado, de la ejecutoria *antisistema* de algunos organismos administrativos o entidades públicas cuyo funcionamiento normalmente sujeto al principio de neutralidad de la Administración se ha visto desvirtuado por su instrumentalización al servicio de una determinada opción política (sobre la base, además, de una falaz contraposición entre legalidad y legitimidad democrática), y la novedosa activación –huérfana, por ende, de criterios hermenéuticos en cada una de sus aplicaciones- del mecanismo previsto en el artículo 155 de la Constitución, han supuesto, tanto en el meritorio desempeño de la

⁴ Así lo recuerda la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2008: “*En el plano procesal, hay que destacar que la demanda se deducía en aplicación del artículo 12 de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, como incidente de ejecución de Sentencia, a través de los tramites del artículo 49 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, a pesar de que la anulación de candidaturas de partidos políticos no está explícitamente prevista en dicha Ley, que tan solo menciona a estos efectos las agrupaciones electorales. Este criterio de la Fiscalía fue aceptado por el Auto de 5 de mayo de 2007 de la propia Sala Especial del artículo 61 LOPJ, y por STC 112/2007, de 10 de mayo, dictada en recurso de amparo. En cuanto al fondo, se instaba la anulación de 133 candidaturas del referido partido político, por entender que a través de ellas se articulaba la presentación de candidatos que, en realidad, se integraban de facto en la propia Batasuna, sin que por el contrario existieran datos bastantes en aquel momento para instar la ilegalización del propio partido político. La Sala, mediante Auto resolutorio de fecha 5 de mayo de 2007, dio la razón a la Fiscalía y acordó la anulación de todas las candidaturas impugnadas, que, como se ha dicho, ascendieron a 133. Interpuesto recurso de amparo electoral por las candidaturas anuladas, el Tribunal Constitucional lo desestimó mediante STC 112/2007, de 10 de mayo.*”

Fiscalía de aquella Comunidad Autónoma y de sus Fiscalías Provinciales, como en el de las tareas asignadas por la ley a las Fiscalías de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, un nuevo reto que, en todo caso y una vez más, el Ministerio Fiscal asume con el rigor que precisamente emana de su misión constitucional.

2. La defensa de los derechos de los ciudadanos

La inclusión en el art. 124.1 CE de la defensa de los derechos de los ciudadanos como misión específica del Ministerio Fiscal constituye sin duda la mayor aportación de la Carta Magna al perfil democrático de la institución, y cobra una dimensión especial en el orden contencioso-administrativo, donde, como ya se ha dicho, la reubicación histórica del Fiscal determina nada menos que su regreso, con una misión bien distinta, a la Jurisdicción en la que su papel tradicional de *representante de la Administración* había quedado extinguido.

Al efectivo cumplimiento de esa novedosa tarea constitucional en el concreto ámbito de la tutela de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas contribuyó de manera decisiva la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de *Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*, cuyo éxito aplicativo tuvo que ver sobre todo con la regla general de suspensión del acto administrativo recurrido “*salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general*” (art. 7), que se convertía en automática en los casos de recursos contra resoluciones sancionadoras de contenido pecuniario reguladas por la Ley de Orden Público. De hecho, la derogación de aquella ley de 1978 por la vigente LJCA, y la eliminación de esa regla suspensiva, ha ido generando una paulatina retracción del empleo del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, que se integró en los artículos 114 y siguientes de la citada Ley de 1998, agravada por el efecto de intercambiabilidad que, como se comentará más adelante, genera la facultad e interponer simultánea o alternativamente un recurso *ordinario* con idéntico fundamento, pero con plazos más cómodos.

Una de las cuestiones más debatidas que suscitó la Ley del 78 fue la relativa a la naturaleza exacta de la intervención del Fiscal en el procedimiento y, más concretamente, la duda acerca de si disponía de legitimación activa para interponer el recurso. La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/79, de 29 de enero de 1979, dedicada a examinar aquella norma concluyó que no, pero el criterio fue rectificado en la Consulta 5/1989, habiendo asumido esta última postura el Tribunal Supremo en STS de 28 de noviembre de 1990.

La Ley 29/98, de 13 de julio, como ya se ha indicado, incorporó a su texto aquella regulación con algunas modificaciones, dando lugar a una nueva Circular (3/1998, de 23 de diciembre, también ya citada) de la Fiscalía General del Estado que si bien concluía que “[e]n estos momentos no cabe abrigar dudas sobre la legitimación del Ministerio Fiscal para emprender acciones en caso de actuaciones lesivas de los derechos fundamentales”, advertía de que “no obstante, el Fiscal ponderará cuidadosamente el juego de los intereses concurrentes en cada caso y en principio deberá tomar conocimiento de la opinión de los particulares presuntamente afectados por la lesión, abriendo un cauce preliminar de información para audiencia de los afectados con el objeto de valorar la oportunidad y pertinencia de la impugnación del actuar administrativo”, con la razonable finalidad de hacer “un uso prudente y ponderado” de esa legitimación.

De hecho, la prudencia –y, por qué no decirlo, la endémica escasez de recursos- del Fiscal ha reportado un magro fruto estadístico en este punto. El papel verdaderamente relevante y en muchos casos determinante de la Fiscalía en esta clase de procedimientos se ha materializado en

la práctica mediante su intervención en procesos iniciados a instancia de particulares o grupos u organizaciones sociales, que han permitido la Ministerio Público ir aportando, desde su posición de imparcialidad, criterios frecuentemente acogidos, y en todo caso valorados como elementos enriquecedores del debate, en las resoluciones judiciales. Resultaría imposible traer a estas páginas un compendio mínimamente ilustrativo de la amplitud y la intensidad de esa tarea. Un rápido repaso por las Memorias más recientes de la Fiscalía General del Estado arroja ejemplos como el de la batalla jurídica suscitada a finales de la década pasada en torno a la célebre asignatura de “*educación para la ciudadanía*”, numerosos asuntos relacionados con la Ley de videovigilancia, el control de datos por las *teleoperadoras*, la emisión de ruidos por instalaciones industriales o aeroportuarias, el régimen de acceso y ascenso en los diversos cuerpos de funcionarios de las Administraciones públicas (con singular incidencia, en su día, del proceso de *creación* de las Administraciones autonómicas), o los procesos selectivos y nombramientos de cargos públicos, incluidas las carreras judicial y fiscal, el despliegue de las facultades de la Agencia Tributaria y los organismos reguladores para obtener información de los administrados y, llegado el caso, entrar en sus domicilios, la caracterización de los Colegios Profesionales como corporaciones de Derecho Público, el ejercicio de la prerrogativa de gracia, la libertad sindical y el derecho de huelga en el seno del sector público, tanto desde la perspectiva de la negociación colectiva como de la fijación de servicios mínimos, la tutela de la libertad religiosa en distintos ámbitos –escolar, militar, etc.- y hasta la confrontación de las grandes compañías eléctricas con el Gobierno a propósito del denominado *déficit de tarifa*, constituyen mínimas muestras, arbitrariamente puntuadas, de una interminable variedad de materias que, recorriendo en su práctica integridad todos los derechos fundamentales abarcados por el artículo 53.2 de la Constitución, han ido generando un nutrido repertorio de posicionamientos del Fiscal que hoy constituyen la mejor prueba de su intensa dedicación a esta materia de la tutela de los derechos fundamentales.

Mención aparte merecen, sin embargo, y por motivos distintos, dos de estos derechos, atendiendo a la específica regulación de que son objeto y al singular rol que tiene reservado el Ministerio Fiscal en su forma de protección jurisdiccional.

El primero es el de reunión y manifestación, que por las características de su ejercicio y de su regulación procesal –en particular su exclusión del recurso de casación (art. 86.2 LJCA)- han exigido en todo momento una especial dedicación de los Fiscales destinados en las Fiscalías territoriales, sujetos con frecuencia a la premura de los plazos y huérfanos en muchas ocasiones, por las razones expuestas, de referentes jurisprudenciales útiles para la resolución de conflictos cuyo estudio necesita con frecuencia de una fina disección jurídica basada en matices muy elaborados de la jurisprudencia constitucional. Es destacable por tanto no solo el esfuerzo dedicado por los miembros del Ministerio Fiscal a esta materia, sino también el efecto integrador su misión, a falta de una vía jurisdiccional de unificación de doctrina.

El otro ámbito singular de intervención del Fiscal que cabe subrayar es el de su actuación en garantía de la limpieza de los procesos electorales, que en definitiva remite al ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo consagrado, como base esencial del sistema democrático, en el artículo 23 CE. La L.O. 5/1985 de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG) dispone efectivamente en su art. 111, que “*la [re]presentación pública y la defensa de la legalidad en el recurso contencioso electoral corresponde al Ministerio Fiscal*”.

La verdad es que, como ya señalaba la citada Circular 3/1998, “*la LOREG no regula más que dos recursos contencioso electorales (dejando aparte el del art. 41, de resoluciones de la Oficina del Censo Electoral, que no es un recurso electoral sino censal): el de impugnación de la proclamación de candidaturas y de candidatos (art. 49) y el de impugnación de la proclamación de electos (arts.*

109 a 117). *Las otras impugnaciones de actos y disposiciones de las Juntas a las que expresamente se refiere la LJCA no tienen señalado procedimiento especial, por lo que habrá de aplicarse el procedimiento contencioso-administrativo, según dispone el art. 116.2 LOREG*⁵. De hecho, la Circular se muestra generosa, puesto que la citada Ley Orgánica solo denomina “recurso contencioso-electoral” al regulado en los artículos 109 y siguientes.

Sin embargo, la Circular de 1998 apostaba por una interpretación más laxa que, seguramente en aras a una más aquilatada tutela del derecho de sufragio, fue no menos generosamente aceptada y asumida por los Tribunales, al sostener que “[s]i se imputa vulneración de derechos fundamentales supuesto barto probable porque la participación en asuntos públicos o el acceso a los cargos públicos (art. 23 CE) se halla de ordinario presente en estas reclamaciones-, la vía judicial procedente será la del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la LJCA y en tal caso la intervención del Ministerio Fiscal es evidente. Si el proceso es el ordinario, -he aquí la clave- parece igualmente obligada su intervención en la medida que, aunque el procedimiento no sea llamado contencioso electoral, no deja de tener esta naturaleza al surgir en el curso de unas elecciones en las que siempre está implicado un interés general y desde luego la legalidad cuya defensa corresponde al Ministerio Fiscal”. En la práctica, esa tesis se traduce, por ejemplo, en la intervención del Fiscal en todos los procedimientos de impugnación de los acuerdos de las Juntas Electorales, y en particular en un importante número de recursos contra actos de la Junta Electoral Central, de los que conoce directamente la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Esto justifica la inclusión de esta área de actividad del Fiscal –que no ha prescindido de ofrecer episodios intensos- en el apartado correspondiente a la defensa de los derechos fundamentales. Su importancia se extiende, además, al dato muy relevante de que la intervención del Ministerio Público en este ámbito, más allá de la específica legitimación para el recurso contencioso-electoral, se apoya en una interpretación de la ley *directamente* sustentada en el artículo 124 de la Constitución. Una vía hermenéutica nada desdeñable cuando, en otros aspectos de su actividad, la legitimación formal del Fiscal para defender los derechos de los ciudadanos pueda ponerse en cuestión.

Precisamente la referencia al problema de la legitimación procesal, ya apuntada al inicio de este apartado, y la que se acaba de hacer a su específica solución en el contexto electoral, invitan a traer a colación –como ya se anunció- un elemento claramente disfuncional del modelo de intervención del Fiscal en la tutela de los derechos fundamentales, que *desfonda* en cierto modo y en muchos casos la previsión del constituyente. Se trata, en efecto, de que tal y como está configurado el procedimiento especial en la vigente LJCA (y lo estuvo en la Ley 62/78), realmente es el particular afectado quien decide, unilateralmente y en cada caso, al optar por la vía *ordinaria* o por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, si el Fiscal tiene acceso o no a una controversia en la que puede verse comprometida la interpretación y aplicación judicial de la normativa que regula –y en su caso restringe- esa clase de derechos, a lo que además se suma el riesgo de resoluciones contradictorias en ambas vías que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, pueden entablarse simultáneamente⁶. A través del instrumento que la ley le facilita –la facultad de proponer modificaciones legislativas- la Fiscalía General del Estado se ha hecho eco del problema y ha sugerido (véase, por ejemplo, la Memoria de 2016) soluciones que podrían

⁵ Vid. Instrucción 1/1999, de 5 de mayo, *sobre recursos contencioso-electorales en materia de proclamación de candidaturas y candidatos*, y Consulta FGE 2/2007, de 12 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de rectificación del censo en periodo electoral del art. 40 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*.

⁶ V.gr., STC 84/1987, de 29 de mayo, y STS de 26 de septiembre de 2011, rec. 4168/2010.

abarcar incluso un ámbito más amplio, como es el de la generalización de la intervención del Fiscal en los asuntos que afecten al tratamiento de los derechos fundamentales y al interés social cuando así sea apreciado, en cualquier supuesto concreto y cualquiera que sea el procedimiento, por el Tribunal competente para conocer de él. Por ahora la iniciativa ha gozado de nulo éxito, pero resulta evidente que la progresiva sensibilidad social en esta materia ofrece un sólido incentivo para caminar esa dirección.

Toca aquí advertir, además, que el fragmentario recorrido por el panorama de los derechos fundamentales que se acaba de efectuar no agota en absoluto la misión que encarga al Fiscal el art. 124 CE. La norma no se contrae a esos derechos amparados valga la expresión- en el primer rango constitucional de tutela, sino que se refiere, con mayor amplitud, a la defensa *de los derechos de los ciudadanos*, y no cabe duda de que esta categoría más genérica abarca un sinfín de supuestos en los que es precisamente la legitimación procesal determinada por la ley (recuérdese el art. 3.14 EOMF, “...en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención”) el único límite a la intervención efectiva del Ministerio Público. La verdad es que el Legislador ha sido en general más prolífico a la hora de contemplar la actuación del Fiscal que generoso al dotarle de recursos para hacerla efectiva, pero ciertamente son muchas las previsiones legales que han ido recogiendo el guante lanzado por la Constitución.

Conviene sin embargo llamar la atención sobre ciertos matices diferenciales en ese desarrollo legislativo. En algunos casos el *llamamiento al Fiscal* se justifica en atención a la naturaleza misma del derecho o derechos implicados, a veces de rango *fundamental*, como sucede por ejemplo con la prevista intervención de la Fiscalía en el procedimiento de autorización judicial de la interrupción de la prestación o retirada de datos de los servicios de la sociedad de la información (art. 122 bis LJCA y art. 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*); pero principalmente el Legislador incluye la voz del Fiscal en relación con materias en las que, más allá de la reivindicación individual de sus derechos por ciudadanos concretos, entra en juego la afectación del *interés social*, precisamente en la medida en que la controversia presenta de forma directa, o cobra en su proyección potencial, una dimensión colectiva. En tales circunstancias, las normas sectoriales optan por un mayor o menor grado de protagonismo del Fiscal en función de la naturaleza del supuesto, sea contemplando su intervención como mero órgano dictaminador, sea extendiendo sus facultades al ejercicio de la acción pública, sea, en fin, contemplando una específica y singular legitimación, especialmente en aquellos supuestos en que la naturaleza *difusa* de la titularidad de los derechos o intereses en cuestión dificulta la identificación o la movilización de sus concretos titulares para el ejercicio activo de su propia legitimación procesal.

Todos estos supuestos afectan, como es obvio, a *derechos de los ciudadanos*, pero esa escala de intensidades en la intervención del Fiscal permite contemplarlos asimismo bajo la óptica del *interés social*, como se verá a continuación.

3. La defensa del interés público tutelado por la ley y la satisfacción del interés social

La defensa del interés público –tarea históricamente asignada al Fiscal en los textos legales desde la identificación misma de ese valor, como se expuso al comienzo- constituye en realidad la espina dorsal de toda su actividad, que además toma carta de naturaleza, en el contexto del modelo democrático emanado de la Constitución, como centro nuclear de la noción de *autonomía* del Fiscal. En efecto, la capacidad de definir en su acción cotidiana –sin perjuicio de la atribución al Poder Ejecutivo de la potestad de *dirigir la política interior y exterior* (art. 97 CE)- el significado que ad-

quiere la noción de *interés público* en la aplicación de cada norma jurídica determina exactamente el mayor o menor margen de *libertad de criterio* por el que se puede definir el grado de imparcialidad del Ministerio Fiscal. De ahí que la *defensa del interés público* adquiera esa dimensión de *seña de identidad*, que ha de hacerse reconocible y servir de base a todas sus intervenciones.

Pero la idea de *interés público* en el concreto marco del Derecho Administrativo ofrece otra faceta singular, que tiene que ver con la ya expuesta afirmación/exigencia constitucional de que la Administración Pública “*sirve con objetividad los intereses generales*” (art. 103 CE). Parece obvio que la presencia del Fiscal en el proceso contencioso-administrativo resultaría difícil de justificar si se partiera de una identificación conceptual entre los *intereses generales* del art. 103 y el *interés público* del art. 124. La identificación de *lo público* con el interés de la Administración no puede alcanzar la condición de *norma autocumplida*, sino que, como es obvio, esa afirmación de *objetividad* de la actuación administrativa encierra una mera presunción indispensable ciertamente para el funcionamiento cotidiano de *lo público*- susceptible de ser cuestionada en el seno de un proceso judicial. La labor de comprobar que si acción de la Administración responde o no al verdadero *interés público tutelado por la ley* constituye precisamente la razón de ser y la esencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa. De ahí su naturaleza *revisora*, y de ahí que la contraposición de criterios sobre la satisfacción de *interés público* resulte imprescindible –no hay proceso sin, al menos, dos interpretaciones contrapuestas del hecho o del Derecho- para su existencia.

Sin embargo, la tarea de contribuir a la identificación y la decantación de un correcto entendimiento del *interés público* en cada caso no agota la función del Fiscal en el ámbito contencioso-administrativo. La Constitución de 1978 –como en su día lo hizo la de 1931- se refiere específicamente a la *promoción del interés social*. En este sentido el texto constitucional parece avanzar un paso hacia una concreta *orientación* del interés público, que se concreta –con el trasfondo de la proclamación del Estado *social* y de Derecho en el art. 1.1 CE- en la tutela proactiva de los intereses (del *bienestar*) de los ciudadanos como valor superior que informa y dirige la interpretación y aplicación de las leyes a la hora de resolver sus conflictos con las Administraciones públicas. Y ese entendimiento del *interés social* cobra especial significado, como ya se ha sugerido, cuando se materializa en el interés *colectivo* o compartido por la generalidad de los ciudadanos o por grupos caracterizados, por ejemplo, por su especial vulnerabilidad frente a una determinada situación fáctica o jurídica o, más específicamente aún, frente a una puntual resolución u omisión administrativa.

Ese es el lugar en el que terminan confluyendo, como ya también se ha señalado, las tareas constitucionales de defender los derechos de los ciudadanos, velar por el interés público y promover ante los Tribunales la satisfacción del interés social, donde se explican y se entienden mejor las múltiples y variopintas manifestaciones de la legitimación procesal del Fiscal, dispersa en la normativa sectorial por un Legislador frecuentemente preocupado por ofrecer un mecanismo de refuerzo (o incluso de “*cierre*”, a modo de último recurso) para la tutela efectiva de derechos o intereses que la merecen.

Aparte de los ejemplos ya reseñados, en ese apartado cabe mencionar a mero título ilustrativo y sin propósito ni capacidad de agotar una enumeración exhaustiva, la intervención del Fiscal prevista en la L.O. 4/2000 en materia de extranjería para el ingreso en centros de internamiento (art. 62) y en general, en los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad (art. 135 LJCA); en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (art. 8. 2); en la Ley 2271988, de 28 de julio, de Costas (art. 109); en la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales (art. 22); en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (D. A. 8a); en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto

refundido de la Ley de suelo (art. 48); la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León (art. 150); en la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (art. 9); en la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (D. a. 4a); en la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja. (art. 13); la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco (art 8. 2. c); o en el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña (art. 12). Como se ve, incluso en supuestos –los de la normativa de determinadas Comunidades Autónomas- en los que resultaría bastante dudosa la competencia para establecer obligaciones a cargo del Ministerio Fiscal, cuyo encuadramiento constitucional corresponde inequívocamente al ámbito del Estado, como por otra parte se ocupó de subrayar la reforma del EOMF de 2003, al cerrar la lista de competencias del Ministerio Fiscal que recoge el art. 3 con la de “*ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya*”.

Una referencia especial y destacada en este punto ha de reservarse a la labor de tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, a la que ya se ha hecho ocasional mención. La redacción dada al artículo 11.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, vino a establecer la legitimación del Ministerio Fiscal “*para ejercitar cualquier acción en defensa de los consumidores y usuarios*”, y su artículo 15.1 dispone que en los supuestos en que la acción sea ejercitada por “*asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados*”, el Ministerio Fiscal será parte “*cuando el interés social lo justifique*”, viniendo obligado en tales casos el Tribunal comunicar “*su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación*”.

La generalidad de la norma y el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil condujeron a la Fiscalía General del Estado a interpretar, en su Circular 2/2018, de 1 de junio, *sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios*, que los citados preceptos legales “*legitiman al Ministerio Fiscal para intervenir en el proceso contencioso-administrativo en defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, más allá de su clásico marco de actuación preceptiva en los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales*”, aunque advirtió que “*[e]n todo caso, la intervención del Fiscal en el orden contencioso en este ámbito habrá de fundamentarse en la concurrencia de un cualificado interés social o en la apreciación de especiales situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión y deberá venir precedida por la correspondiente dación de cuenta, conforme al art. 25 EOMF (...)*”. Lo cierto es que, ya con anterioridad a la publicación de la Circular, la Sala Tercera del Tribunal Supremo había asumido (como se dijo, con ocasión de una cuestión prejudicial europea) esa interpretación, y también la Audiencia Nacional ha admitido en algún caso la legitimación del Fiscal con apoyo en ella.

Como se ha subrayado, la actividad del Ministerio Público en torno a las nociones de *interés público* e *interés social* se circunscriben, en el texto constitucional, a la misión de *promover la acción de la Justicia*. Sin embargo, subsisten algunas normas en que la *vis expansiva* de la misión del Fiscal ha derivado hacia una improcedente inclusión en órganos y procedimientos de naturaleza estrictamente administrativa, en ocasiones con finalidades próximas al asesoramiento jurídico –actividad incompatible *el ejercicio de cargos fiscales*, según el art. 57.6 EOMF-, y en algún caso aún más difícil de conciliar con el perfil constitucional del Ministerio Fiscal, como mero instrumento de facilitación de la actuación de los poderes públicos. Así sucede, por ejemplo, en la todavía vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, cuyo artículo 5 dispone que “*[s]e entenderán las diligencias con el Ministerio Fiscal cuando (...) no comparecieren en el expediente*

los propietarios o titulares, o estuvieren incapacitados y sin tutor o persona que les represente, o fuere la propiedad litigiosa”, lo que durante décadas ha permitido una notable indolencia en el tratamiento de los derechos de los titulares de bienes expropiados, no ya solo como sujetos del derecho de propiedad, sino aun antes como beneficiarios del haz de derechos y garantías que la Constitución otorga a todos los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. En el momento de redactar estas líneas pende ante la Fiscal General del Estado un borrador de Circular, elaborado a instancia de los Fiscales especialistas de lo contencioso-administrativo, que precisamente trata de *dar la vuelta* a esa situación mediante una reformulación de los criterios aplicativos de esa norma que permita, precisamente, que la intervención del Fiscal en el expediente expropiatorio tenga por exclusiva finalidad *“promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos”*.

4. La misión de velar por la independencia de los tribunales

El restante inciso del artículo 124 CE refiere al –para muchos algo paradigmático– cometido de velar por la independencia de un *Poder* independiente. En realidad esta tarea atribuida históricamente al Fiscal de asegurar la *integridad de la Jurisdicción* se manifiesta en diversos aspectos, algunos de ellos enormemente arraigados en nuestra tradición procesal, como la intervención sistemática de la Fiscalía en las cuestiones de competencia y las cuestiones y conflictos de Jurisdicción, tarea que por cierto ocupa una buena porción del esfuerzo y el tiempo de los Fiscales de lo contencioso-administrativo, dada la notable complejidad con que la LJCA regula esta materia.

También puede, no obstante, adscribirse a este apartado la no menos relevante tarea de atender la función dictaminadora, igualmente preceptiva en todo caso, en los procedimientos de error judicial y en los de revisión de sentencia firme, en los que la existencia de un pronunciamiento judicial definitivo impone, tanto en atención a consideraciones de seguridad jurídica como, precisamente, de preservación de la garantía de independencia del órgano judicial que lo dictó, el refuerzo constitucionalmente imparcial inherente al escrutinio del Ministerio Fiscal.

IV. CONCLUSIÓN

Como se ha podido observar a lo largo de las páginas precedentes, la presencia y la actuación del Ministerio Fiscal en el orden contencioso-administrativo han obedecido, en su largo desenvolvimiento histórico, a necesidades y objetivos muy diferentes estrechamente vinculados al propio desarrollo de la Administración pública y cabría decir que del concepto mismo de Estado. En pocas áreas de la actividad del Fiscal puede seguramente verse reflejado de una forma más nítida el vínculo entre la configuración de su tarea, la factura organizativa del propio órgano, y el contexto institucional y político que en cada momento ha ido marcando el paso del largo y atormentado tránsito de la sociedad española hacia la modernidad y la democracia.

Precisamente siguiendo esa tónica, la Constitución de 1978, al encarnar a través de un consenso histórico –ahora en ocasiones cuestionado, pero no sustituido de momento por otro que lo mejore– la aspiración colectiva de un Estado social y democrático de Derecho, determinó, entre otros muchos cambios profundos de nuestra realidad jurídica, una radical reformulación de la figura y la misión del Ministerio Fiscal, muy especialmente en el ámbito de las controversias que afectan a las Administraciones públicas y a su interacción con los ciudadanos. El órgano que dio

sus primeros pasos como representante de la Administración, protector del *fisco*, se configura hoy como defensor de la ley incluso frente el poder constituido, *procurador* de los derechos de todos y valedor del *interés social*, entendido como genuina manifestación colectiva de *lo público*, donde los conflictos ya no se conciben –o no deberían- entre Administración y *administrados*, sino entre Administración y *ciudadanos* libres e iguales, arropados por las garantías que la propia Constitución les reconoce.

Como agente proactivo de esos valores genuinamente democráticos, tantas veces frustrados en la historia de España, el Ministerio Fiscal puede y deberá seguir mejorando, en esta y en las demás áreas de su actividad. En los últimos cuarenta años, no sin errores y quebrantos, lo ha hecho razonablemente, como ordenaba la Circular 7/1978, de 30 de septiembre, titulada *sobre el Ministerio Fiscal ante la Constitución*: “*Seamos severos cuando la Ley lo mande, tutelares si la Ley lo dispone. Independientes y justos siempre. Y prudentes*”.

Constitución Española y sistema penitenciario

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO

Fiscal Jefe de Sevilla

SUMARIO

I. Constitución Española y marco de normativo regulador de la actividad penitenciaria; posibilidad de transferencia de la competencia ejecutiva a las comunidades autónomas. II. Resocialización como finalidad primordial de penas y medidas de seguridad privativas de libertad y en general de toda la actividad penitenciaria. III. Proscripción constitucional de los trabajos forzados. IV. Principio de conservación de derechos fundamentales de los internos. 1. Derecho a la vida y a la integridad física. 2. Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto. 3. Derecho a la libertad. 4. Derecho a la intimidad. 5. Derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales. 6. Derecho a la defensa. 7. Derecho a la educación. V. Derecho al trabajo y a la formación integral. VI. La constitucionalización del hacer ejecutar lo juzgado como parcela de la potestad jurisdiccional y del control judicial de legalidad de la actividad penitenciaria: la creación del juez de vigilancia penitenciaria. 1. La profundización de la potestad jurisdiccional en su vertiente de ejecución penal. 1.1. la redención de penas por el trabajo. 1.2. la libertad condicional. 2. Las funciones de tutela judicial de derechos de los internos de los juzgados de vigilancia penitenciaria.

I. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y MARCO DE NORMATIVO REGULADOR DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA; POSIBILIDAD DE TRANSFERENCIA DE LA COMPETENCIA EJECUTIVA A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La Constitución Española aprobada en referéndum celebrado el 6 de diciembre de 1978, y sancionada por el Rey ante las Cortes Generales el 27 del mismo mes, entró en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, el 29 de diciembre de 1978, y desde ese mismo día trajo aparejadas repercusiones intensas en el sistema penitenciario español, desde la definición del marco normativo de esta materia y la redefinición de las Administraciones que podían ostentar la competencia ejecutiva, la afirmación del estatuto del interno basado en el principio de conservación de derechos, la proclamación de la reeducación y la reinserción social como finalidad primordial de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, la consagración del principio de conservación de derechos del interno, así como un sinfín de consecuencias adicionales que constituyen precisamente el objeto de análisis de este estudio.

La primera consecuencia en el sistema penitenciario derivada de la entrada en vigor de la Constitución Española consistió en que la regulación de la actividad penitenciaria, tradicionalmente

articulada en normas de rango reglamentario, quedaba sujeta de futuro no solo a un principio de reserva de ley, sino incluso a una reserva de ley orgánica –art. 81.1 CE-, al afectar la actividad penitenciaria al cumplimiento material de las penas privativas de libertad, y por consiguiente al art. 17 CE y a otros derechos fundamentales, como los derechos a la integridad física, al secreto de las comunicaciones... De ahí que cualquier regulación futura de la actividad penitenciaria necesariamente debería tener forma no solo de ley, sino además de ley orgánica. Y así, si bien la Mesa del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 9 de mayo de 1979 adoptó, a petición del Gobierno, la decisión de rehabilitar la tramitación del proyecto de Ley General Penitenciaria presentado en la Legislatura Constituyente (1977-1979), que había caducado, posteriormente dicho proyecto se tramitó como Ley Orgánica, y significativamente se aprobó como la primera Ley Orgánica postconstitucional.

Pero aparte de lo anterior, la entrada en vigor de la CE determinó la definición del marco competencial legislativo y ejecutivo en materia penitenciaria. La organización de nuestro sistema penitenciario históricamente se había articulado en una competencia ejecutiva de la Administración General del Estado. La promulgación de la CE, al introducir el Estado Autonómico, abrió las posibilidades en abstracto de si las competencias legislativas y ejecutivas penitenciarias corresponderían al Estado o a las Comunidades Autónomas. Pues bien, de una interpretación sistemática de los arts. 148 y 149 CE se desprendía que la legislación penitenciaria entraba en el marco competencial exclusivo del Estado. Conforme al art. 149.1 CE, *“el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 6ª. Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.”*

Ahora bien, si resultaba claro que el Estado ostentaba constitucionalmente la competencia exclusiva, entre otras, sobre las materias de legislación penal y penitenciaria –art. 149.1.6 CE-, es lo cierto que aparentemente la CE silenciaba cualquier mención de la ejecución penitenciaria, no comprendida en la relación de competencias exclusivas del Estado, ex art. 149.1 CE, ni en el catálogo de las correspondientes a las Comunidades Autónomas referenciado en el art. 148.1 CE. Ante este silencio, la competencia ejecutiva en materia de ejecución penitenciaria podría asumirse por las Comunidades Autónomas, conforme a lo establecido en el artículo 149.3 CE, que establece que *“las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”*. En un primer momento, la competencia ejecutiva podría ser asumida de manera inmediata tan solo por aquellas comunidades autónomas que gozasen de autonomía plena conforme al artículo 151 CE y disposición transitoria segunda CE; y transcurridos cinco años desde la aprobación de sus respectivos estatutos, mediante reforma de los mismos, por el resto de las comunidades autónomas, si optaban por ampliar su ámbito competencial dentro del marco previsto en el artículo 149.

Conviene añadir que el ejercicio de la competencia ejecutiva no se basaba en la sola previsión de la competencia en el marco estatutario, sino que además requería un acuerdo de transferencia entre Estado y la Comunidad Autónoma interesada, lo que hasta la fecha únicamente se ha articulado en el caso de Cataluña, al margen de acuerdos puntuales de gestión en materia de trabajos en beneficio de la comunidad y otras medidas penales alternativas.

Así definida, la competencia de ejecución constituye una potestad de administración propia y no delegada; no permite acceder al marco reservado al Estado de legislación penitenciaria, pero conlleva la posibilidad de dictar reglamentos internos de organización -estructuración interna de

la organización administrativa, y de gestión económico-administrativa-, rigiendo en su defecto el derecho del Estado como supletorio -art. 149.3 CE-. En desarrollo de esta posibilidad constitucionalmente prevista de transferencia de la ejecución penitenciaria, el art. 79 LOGP establece que *“corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria”*, y su Disposición Transitoria 2ª prevé que *“en el desarrollo reglamentario de la presente Ley se tendrán en cuenta las previsiones que, con relación a la Administración penitenciaria, puedan incluir los Estatutos de Autonomía que adopten las distintas nacionalidades y regiones”*. A este efecto resultan explícitas las previsiones contenidas en los arts. 1.2, 265.3 y 287 RP.

El traspaso de competencias a la Generalitat de Cataluña se llevó a cabo por RD 3482/1983, de 28 de diciembre, sobre traspasos de competencias del Estado a la Generalitat de Cataluña, en materia de Administración Penitenciaria, y se materializó efectos 1 de enero de 1984. En proyección de su competencia de dictar reglamentos internos, Cataluña ha aprobado el Reglamento de organización y funcionamiento de los servicios de ejecución penal de Cataluña, aprobado por Decreto 329/2006, de 5 septiembre.

Consecuencia necesaria de lo anterior resultaba la necesidad de contemplar un marco normativo de coordinación de las Administraciones Penitenciarias, lo que se articuló a través del RD 1436/1984, de 20 de junio, sobre normas provisionales de Coordinación de las Administraciones Penitenciarias, aún vigente, que estableció una serie de reglas que, aunque aplicadas en la práctica solo entre las Administraciones del Estado y Catalana, tenían una vocación general, como se predica de su propia denominación. Ello suscitó un conflicto de competencias que se resolvió en la STC 174/1988, de 8 de junio, que aceptó la constitucionalidad de estas normas de coordinación, cuestionada por el Gobierno del País Vasco. La STC precitada señaló respetando rigurosamente las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas y sin introducir indebidamente formas de control directo o jerárquico había de admitirse la competencia del Estado cuando dispone de competencias normativas plenas para establecer, con una finalidad coordinadora, condicionamientos en el ejercicio competencial, que sólo serían contrarios al orden constitucional cuando, desde el punto de vista cualitativo o cuantitativo, supusieran una pérdida de la autonomía de ejecución de la Comunidad Autónoma. Pero en tal caso la indebida invasión en las competencias autonómicas no derivaría del carácter coordinador de las medidas, sino de la injerencia indebida de las mismas en las competencias propias de la Comunidad Autónoma.

II. RESOCIALIZACIÓN COMO FINALIDAD PRIMORDIAL DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y EN GENERAL DE TODA LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA

Conforme al inciso primero del art. 25.2 CE, *“las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.”*

El Tribunal Constitucional se ha ocupado en múltiples resoluciones de interpretar el alcance de la expresión reeducación y reinserción social en los términos formulados por el art. 25.2 CE. Así, desde el ATC 15/1984 ha venido señalando repetida y sistemáticamente que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, concluyendo que

no era admisible la anulación de una condena porque la pena, cinco años después de los hechos, no podía tener ningún sentido reeducador. El ATC 486/1985, de 10 de julio, advirtió que tampoco era admisible que a los responsables de un delito al que se anuda una privación de libertad se les condone la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional. Desde el ATC 780/1986, se ha añadido reiteradamente -STC 2/1987, de 21 de enero, 28/1988, de 23 de febrero, 116/1996...- que el art. 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de la pena privativa de libertad. La STC 19/1988, de 16 de febrero, estableció que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa no vulnera el art. 25.2 CE, ya que no cabe, en su virtud, descartar, sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad tengan o no el carácter de pena pueden parecer inadecuadas, por su relativamente corta desviación, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración penitenciarias.

Finalmente, no solo no genera derechos subjetivos, sino que tampoco constituye un derecho fundamental intocable ante la jurisdicción constitucional que justifique el amparo, ni en materia de beneficios penitenciarios (permisos, libertad condicional) -SSTC 81/1997, de 22 de abril, 75/1998, de 31 de marzo, 79/1998, de 1 de abril, 88/1998, de 21 de abril-, ni en materia de expulsiones por el penado que solicita la sustitución de la pena por esta medida -ATC 106/1997, de 17 de abril.

En definitiva, el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad -STC 150/1991, de 4 de julio; en el mismo sentido, SSTC 19/1988, de 16 de febrero, 28/1988, de 23 de febrero, 55/1996, de 28 de marzo y 234/1997, de 18 de diciembre, y r SSTC 79/1998, de 1 de abril y 88/1998, de 21 de abril- sin que de ello pueda concluirse que el único fin legítimo de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad sea la resocialización y reinserción social.

III. PROSCRIPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRABAJOS FORZADOS

La proscripción constitucional de los trabajos forzados ha tenido eco en la previsión legal de que la pena de los trabajos en beneficio de la comunidad requiere el consentimiento previo del sentenciado -art. 49 CP-, al igual que la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad -art. 7.1.k) LORPM. De ahí que su previsión en el Código Penal configure siempre esa pena como alternativa.

Pero además esta proscripción ha cuestionado la constitucionalidad de las llamadas prestaciones personales en servicios auxiliares comunes de los establecimientos, configuradas en la LOGP como una modalidad de trabajo -art. 27.e) LOGP-, y en consecuencia como un deber de los internos -art. 29.2 LOGP-, lo que abría la posibilidad de sancionar disciplinariamente las conductas infractoras de dicho deber por parte de los reclusos designados por las Juntas de Tratamiento -art. 273.k) RP- para realizar una de esas tareas en uno de los puestos de trabajo catalogados al efecto por el Consejo de Dirección -art. 271.1.g) RP. La cuestión se analizó en la STC 116/2002, de 20 de mayo, en la que el recurrente, interno de un Centro Penitenciario, recurrió la sanción impuesta entre otros motivos alegando que el trabajo en prisión es un derecho del interno -art. 25.2 CE *in fine*, y no una obligación, y que lo contrario sería tanto como admitir los trabajos forzados, prohibidos constitucionalmente. El TC respondió que la prestación que se le exigió al recurrente debía entenderse, no tanto como un trabajo a los efectos del art. 26 LOGP, sino como una prestación personal obligatoria justificable por la especial intensidad con la que opera la relación especial de sujeción del interno, de la que se deduce su deber de colaboración en las tareas comunes del centro penitenciario, vinculadas al deber de la Administración de garantizar la seguridad y el buen orden de los establecimientos penitenciarios, todo lo cual se consagra en los arts. 29.2 LOGP y 5.1, 5.2.b),

78.1 y .2 RP. El TC concluye advirtiendo que *“lo realmente relevante es que el recurrente asimila este tipo de prestaciones personales al concepto de trabajos forzados que emplea el artículo 25.2 de la Constitución, lo cual debe ser rechazado categóricamente. Hemos dicho (ATC 608/1985, de 18 de septiembre) que el concepto de trabajos forzados tiene que ver con la naturaleza punitiva de éstos, pues con ellos se persigue incrementar el padecimiento del reo con su dureza y, a menudo, con su inutilidad, de modo que solamente podrían integrar este concepto los que se impongan como pena asimilada a la comisión de un delito, o los que consistan en la utilización del recluso, en el interior o en el exterior del centro penitenciario, como mano de obra productiva y no remunerada al servicio del Estado”*.

IV. PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS

Conforme al inciso segundo del art. 25.2 CE, *“el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.”* Con base en este precepto se asienta el principio general de conservación de derechos de los internos en general –no solo de los condenados a penas de prisión, sino también de los presos preventivos y de los sentenciados a medidas de seguridad privativas de libertad-, y no solo de los derechos fundamentales –arts 15 a 29, en relación con 10 y 14 CE-, sino también los derechos como ciudadano –arts. 30 a 38 CE-, e igualmente los derechos económicos y sociales. Ello se va a proyectar en el art. 3 LOGP -sustancialmente reproducido y desarrollado por el art. 4 RP- conforme al cual *“la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia: Uno. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena. Dos. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión. Tres. En ningún caso se impedirá que los internos continúen los procedimientos que tuvieran pendientes en el momento de su ingreso en prisión y puedan entablar nuevas acciones. Cuatro. La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos. Cinco. El interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre”*.

No obstante la explícita referencia de la conservación de derechos fundamentales determina la posibilidad de acceso a la vía del recurso de amparo una vez agotada la vía judicial ordinaria por parte de los reclusos, lo que ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia constitucional, que seguidamente será referida.

1. Derecho a la vida y a la integridad física

Conforme al art. 15 CE, *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”*

El art. 4.3 LOGP establece que “*la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos*”; lo que se complementa en el art. 6 LOGP, que establece que “*ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra*”. A su vez el artículo 4.2.a) RP agrega “sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas”. Todo ello determina una serie de deberes para la Administración, a la que la normativa positiva exige que facilite a las personas internas una alimentación suficiente -art. 21.2 LOGP-, prendas de vestir adecuadas y ropa de cama -arts. 20 y 21.1-, un régimen satisfactorio de higiene -art. 19.2 LOGP- la necesaria asistencia sanitaria -arts. 36 a 40 LOGP- y el reconocimiento del derecho al descanso nocturno -art. 25.2 LOGP.

Probablemente el caso más relevante en el que se analizó constitucionalmente el derecho fundamental a la vida de los reclusos fue el dimanante de la huelga de hambre reivindicativa de los internos perteneciente a la banda armada de los GRAPO, en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio, 1/1991, de 17 de enero, y 67/1991, de 22 de marzo. En el año 1989 los reclusos condenados por su pertenencia a los GRAPO se concertaron para negarse a ingerir alimentos, hasta sus últimas consecuencias, si no se satisfacía su reivindicación de ser agrupados todos en un mismo Centro Penitenciario. La Administración respetó en un principio las conductas individuales, hasta que ante el riesgo de fatales desenlaces, se ordenó la intervención médica y alimentación forzosa, con eventual aplicación de medios coercitivos. En las SSTC precitadas el TC tomó como punto de partida la doctrina de las relaciones de especial sujeción, para significar que la misma origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el interno, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y que permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas. Sobre esta premisa, se rechazó la vulneración del derecho fundamental a la vida del art. 15 CE –que no incluye el derecho a prescindir de la propia vida, concluyendo que no era constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstuviera de prestar una asistencia médica dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el art. 15 CE protege–, y a la integridad física y moral –pues en la ponderación de los bienes en conflicto se llegó a una resolución equilibrada y proporcionada, ya que se autorizó la intervención médica mínima indispensable para conseguir el fin constitucional que la justifica, permitiéndola tan sólo en el momento en que, según la ciencia médica, corra riesgo serio la vida del recluso.

A su vez el derecho a la integridad física ha sido abordado –entre otros- por la STC 35/1996, de 11 marzo, que analizó la aplicación con fines regimentales de aplicación de rayos X para indagar la posible presencia de objetos prohibidos ocultos en cavidades corporales. El TC acepta la constitucionalidad de las medidas, que no vulneran el derecho a la integridad física, visto que las técnicas de aplicación y la periodicidad de los exámenes no habían superado el nivel de riesgo exigible para temer o considerar daños futuros a la salud, que se utilizó aislada y esporádicamente, bajo control médico, un aparato de rayos X que se encontraba en perfecto estado y cuyas radiaciones no suponían peligro alguno para la salud, y que incluso en las últimas exploraciones se había disminuido su nivel de radiación, a pesar de especificarse que la radiología utilizada era de menor intensidad que los máximos permitidos por la OMS.

Por lo que atañe a la interdicción de la tortura y tratos inhumanos y degradantes, en la STC 57/1994, de 28 de febrero, y ATC 94/1999, de 14 de abril se recuerda que en el ámbito penitenciario, para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que éstos acarreen su-

frimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena -SSTC 65/1986, FJ 4; 2/1987, FJ 2.

A su vez la jurisprudencia constitucional citada a propósito de la huelga de hambre de los internos de los GRAPO examinó la posible vulneración de los derechos a la integridad física y moral, concluyendo que en la ponderación de los bienes en conflicto se llegó a una resolución equilibrada y proporcionada, puesto que se autorizó la intervención médica mínima indispensable para conseguir el fin constitucional que la justificaba, permitiéndola tan sólo en el momento en que, según la ciencia médica, corriera riesgo serio la vida del recluso, por lo que no afectaba a la proscripción de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, ya que en modo alguno podía calificarse de tortura o tratos inhumanos la autorización de una intervención médica que, en sí misma, no estaba ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente fuera posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo, y la resolución impugnada excluyó expresamente el recurso a la alimentación por vía oral, que era la única cuyo empleo podría ser entendido como humillación para quien hubiera de sufrirla.

Finalmente, la STC 2/1987, al examinar la sanción de aislamiento en celda, recordó que de acuerdo con la Comisión de Estrasburgo, el confinamiento solitario, debido a exigencias razonables, no constituye por sí un tratamiento inhumano o degradante, sino tan solo cuando por las condiciones (alimentación, mobiliario, dimensiones de la celda), circunstancias (de acceso a biblioteca, periódicos, comunicaciones, radio, control médico) y duración, se llegue a un nivel inaceptable de severidad; y que si se ha dicho que un confinamiento prolongado solitario es indeseable, ello ha sido en supuestos en los que la extremada duración de tal confinamiento superaba, mucho más allá, el máximo legal previsto de cuarenta y dos días en nuestra legislación penitenciaria. Sí se advirtió en la sentencia precitada que no cabía duda que cierto tipo de aislamientos en celdas negras, el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes, y por ello han venido siendo vedados en los más modernos sistemas penitenciarios.

2. Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto

Respecto a la libertad ideológica se suscitó en la jurisprudencia constitucional en la ya citada cuestión de la huelga reivindicativa de los reclusos GRAPO, en la que el Tribunal Constitucional estableció que no podía apreciarse vulneración de la libertad ideológica que garantiza el art. 16.1 CE, pues aunque reconocido el trasfondo ideológico que latía en la huelga de hambre de los internos, era innegable que la asistencia médica obligatoria a los presos en huelga que se encontraban en peligro de perder la vida no tenía por objeto impedir o poner obstáculos a la realización y mantenimiento de la huelga, sino que iba encaminada exclusivamente a defender la vida de los reclusos en huelga, al margen de todo propósito de impedir que éstos continuasen en su actitud reivindicativa.

En cuanto a la libertad religiosa y de culto, se consagra en el art. 54 LOGP, antes incluso de la promulgación de la LO 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa. Pero en todo caso conllevó que el Cuerpo de Capellanes existente en las Instituciones Penitenciarias españolas perdiera su sentido, y que fuera declarado a extinguir en la disp. adic. 1ª de la OMJ de 24 de noviembre de 1993, que publicó el Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los establecimientos penitenciarios, celebrado el día 20 de mayo de 1993. El art. 50.7 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas

fiscales, administrativas y del orden social declaró finalmente el Cuerpo de Capellanes a extinguir, agregando un apartado 5 a la disp. adic. 9ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

Conviene además significar el Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los Establecimientos penitenciarios, OMJ de 24 de noviembre de 1993. Además, Ley 24/1992, de 10 de noviembre, sobre Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, especialmente art. 9 del Acuerdo; Ley 25/1992, de 10 de noviembre, sobre Acuerdo de Cooperación del Estado con la de Comunidades Israelitas de España, especialmente art. 9 del Acuerdo; Ley 26/1992, de 10 de noviembre, sobre Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España de Comunidades Israelitas de España, especialmente art. 9 del Acuerdo. Finalmente, RD 710/2006, de 9 junio, de desarrollo de los acuerdos de cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Judías de España y Comisión Islámica de España, en el ámbito de la Asistencia Religiosa Penitenciaria.

3. Derecho a la libertad

Por lo que atañe al derecho a la libertad, el mismo determinó a principios de los años 80 decisiones de determinados juzgados de vigilancia penitenciaria –particularmente Barcelona– de ordenar la puesta en libertad de internos extranjeros ingresados por orden de la Autoridad gubernativa en centros penitenciarios sin legalización judicial dentro de las 72 horas siguientes a su detención, práctica amparada por la normativa de extranjería preconstitucional, lo que dio lugar a la regulación legal del internamiento en los Centros de Internamiento de Extranjeros a partir de 1985 por la legislación de extranjería.

A su vez la jurisprudencia relativa a la huelga de hambre reivindicativa de los presos GRAPO excluyó la vulneración del derecho a la libertad, resaltando que no era pertinente encuadrar el problema en el ámbito consagrado en el art. 17.1 CE dado que, según reiterada doctrina del TC la libertad personal protegida por este precepto es la libertad física, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios; conforme a dicha doctrina, la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, manifestación de la libre autodeterminación de la persona, no podía entenderse incluida en la esfera del art. 17.1 CE.

Estrechamente vinculado al derecho a la libertad encontramos el principio de interdicción de sanciones administrativas que impliquen privación de libertad, consagrado en el art. 25.3 CE, conforme al cual *“la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”*. Ello se puso en cuestión en relación con la sanción de aislamiento en celda, contemplada por la legislación penitenciaria. La STC 2/1987, de 21 de enero, viene a advertir que al estar ya privado de su libertad en la prisión el sancionado a aislamiento en celda, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión; no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por Sentencia judicial. Y que tampoco podían considerarse privación de libertad las consecuencias indirectas que las sanciones disciplinarias puedan tener en la pérdida de beneficios de remisión de penas, pues ello no supone privación de libertad por encima de la originaria impuesta por el Tribunal, y además la pérdida de la redención no viene impuesta por el órgano disciplinario, sino que tendría su origen en la pérdida de uno de los requisitos legales que la normativa legal establece para poder obtener el beneficio de la redención de penas.

En relación con los permisos la STC 112/1986 y otras sucesivas analizan la posible vulneración del derecho a la libertad, consagrado en el art. 17.1 CE ; se concluye que la previa imposición de una pena de prisión conlleva la imposibilidad de fundar una pretensión de amparo frente a la denegación del permiso penitenciario de salida invocando el derecho fundamental a la libertad, pues es la sentencia firme condenatoria adoptada tras el proceso judicial debido la que constituye título legítimo de privación de ese derecho fundamental.

4. Derecho a la intimidad

Por lo que concierne al derecho a la intimidad, el art. 16.1 CE establece que *“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”* La garantía de la intimidad se diversifica en la normativa penitenciaria desde su expresa previsión en el propio procedimiento de ingreso, la protección de los datos de carácter personal, la explícita previsión de que se asegure que no trascienda la condición de recluso del ingresado, al propio desarrollo de las comunicaciones del interno.

Ahora bien, donde mayor afectación sin duda puede llegar a sufrir el derecho a la intimidad personal, en su proyección del derecho a la intimidad corporal, es en el supuesto del cacheo con desnudo integral. Como antecedente jurisprudencial, la STC 57/1994, de 28 de febrero, y el ATC 94/1999, de 14 de abril. En la STC citada, tras recordar la configuración de la relación jurídica penitenciaria como relación de especial sujeción, reitera que una de las finalidades encomendadas a las Instituciones Penitenciarias es la retención y custodia de los internos -art. 1 LOGP-, de donde dimanarían poderes para garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro, y el deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad. Posteriormente rechaza la posible vulneración de la interdicción de la tortura, así como de las penas o tratos inhumanos o degradantes, contenida en el art. 15 CE; y seguidamente se analiza -y aprecia en la STC 57/1994- la vulneración del derecho a la intimidad personal que el art. 18.1 CE consagra, de la que forma parte el derecho a la intimidad corporal, siempre que no se acredite que en el centro penitenciario en las fechas en las que se adopte la medida, existiera una situación que, por sí misma, entrañase una amenaza para la seguridad y el orden del centro que hiciera imprescindible adoptarla; y si no se acredita que del comportamiento del recluso se desprendiera la fundada sospecha o la existencia de indicios serios de que el recluso tratase de introducir en el establecimiento penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro, o la integridad física o la salud de los internos; y cuando el examen visual del cuerpo del recluso no se lleva a cabo por personal del centro penitenciario adecuado para tal finalidad, que se obliga a practicar varias flexiones, y por último, dada la posición inhabitual e inferior del cuerpo, respecto a quien imparte la orden durante las flexiones. Sin embargo, se rechaza dicha vulneración cuando, ordenado el desnudo, se facilita al interno una bata con la que se cubre mientras se le hace pasar por debajo de un detector de metales -ATC 94/1999 precitado. Las garantías constitucionales se concentraron y reconocieron en la regulación contenida en el vigente art. 68-2 y .3 RP.

Un segundo punto de afectación es el de los registros de celdas, examinado en la STC 89/2006, de 27 de marzo, que examinó el recurso de amparo de un interno del Centro Penitenciario de Lérica contra autos judiciales que desestimaron su queja por registro de celda. Luego de rechazar que la celda que ocupan los internos en un establecimiento penitenciario constituyan su domicilio en el sentido constitucional del término -art. 18.2 CE, la STC estimó el recurso apreciando vulneración

parcial del derecho a la intimidad personal, admitiendo que la finalidad del registro se desvirtuaría con una información previa, resaltando sin embargo la procedencia de que el recurrente se encuentre presente en el registro, como medio más natural de informar del mismo al interno afectado; y en su defecto indica que posteriormente debe informarse al interno de los datos esenciales del registro, concluyendo que la indebida ausencia de información sobre la práctica del registro que se deriva de la conjunción de la ausencia del recurrente en el mismo y de la falta de comunicación posterior de dicha práctica suponía una limitación del derecho a la intimidad del recurrente no conforme a las exigencias de proporcionalidad que la CE impone a la limitación de los derechos fundamentales.

En lo relativo a la garantía del secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, ante todo conviene destacar la erradicación de la autorización de intervención automática de la correspondencia de los reclusos destinados en distintos Centros Penitenciarios entre sí, contemplada en el art. 98.5ª del RP derogado aprobado por RD 1201/1981, de 8 de mayo, que establecía que en todo caso, la correspondencia entre los internos de distintos Establecimientos se cursaría a través de la Dirección y que sería intervenida, dada su flagrante atropello del art. 18.3 CE. Las comunicaciones en general aparecen reguladas en el art. 51.1 LOGP, conforme al cual *“los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”*. El art. 51.5 LOGP establece a su vez que *“las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”*.

A este respecto, aparte de los requisitos generales de órgano competente –Director, y no la Junta de Régimen y Administración, como había definido el derogado RP con flagrante vulneración del principio de jerarquía normativa-, motivación de la decisión, notificación al interno y dación de cuenta a la autoridad judicial competente, el Tribunal Constitucional agregó -SSTC 170/1996, 128/1997 y 175/1997, como base de otras- la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención, ya que el TEDH, en dos sentencias anteriores –de 15 de noviembre de 1996 -asuntos *Domenichine* y *Calogero Diana*- relativas a intervención de las comunicaciones de reclusos, toma en consideración la duración de la medida; por ello, el TC ha venido exigiendo desde entonces que al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones se determine el período temporal de su vigencia, aunque para ello no sea estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, pudiendo hacerse depender la misma de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención. La decisión de intervención puede, pues, en determinadas circunstancias sustituir la fijación de la fecha por la especificación de esa circunstancia, cuya desaparición pondría de manifiesto que la medida habría dejado de ser necesaria -SSTC 200/1997, 54/1999.

5. Derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, a conseguir una resolución fundada en derecho, sea o no favorable a las pretensiones del actor, el derecho a la motivación de las resoluciones así como a la congruencia, el derecho a ejercitar los recursos legalmente previstos y el derecho a obtener la ejecución de la sentencia.

Aunque no lo vinculó expresamente al derecho a la tutela judicial efectiva, la temprana STC 29/1981, de 24 de julio, aborda el cómputo del plazo para los recursos en el caso de los internos. En dicho caso, se había preparado en representación de un recluso un recurso de casación que fue declarado desierto. Sin embargo, constaba un oficio del Director del Centro de cumplimiento al que había sido trasladado con posterioridad dicho interno, dirigido al Presidente del Tribunal Supremo, remitiendo instancia del recluso, solicitando interposición del recurso de casación, escrito en que solicitaba tenerse por comparecido en tiempo ante la Sala, sirviéndose ordenar nombramiento de Abogado y Procurador para interponer recurso de casación. El Tribunal Constitucional concluyó que el escrito se debía tener por presentado a todos los efectos legales en el momento en que el interno lo había entregado a la Administración penitenciaria dado el carácter unitario del Estado -como institución compleja- que se refleja además en la legislación penitenciaria cuando atribuye al Director la representación del Poder Público. Por eso, como tal representación del Estado, debe entenderse recibido por el mismo cualquier escrito que un interno le entregue. El Tribunal Constitucional advierte además que esta tesis es la única solución posible para no colocar a los internos en una condición de desigualdad ante la Ley (art.14 CE), ya que de no ser así dispondrían de un plazo menor que el común de los ciudadanos.

Así mismo se ha cuestionado ante el Tribunal Constitucional el ser un órgano administrativo quien ejerce la potestad disciplinaria, en especial respecto de la sanción de aislamiento, cuestionándose no tratarse de un Juez imparcial. Las SSTC 74/1985 y 2/1987 reiteran la doctrina de las relación de sujeción especial, de la que deriva una potestad sancionatoria especial, disciplinaria, de la Administración Penitenciaria, resultando natural y no lesivo contra los derechos constitucionalizados en el art. 24.1 CE el que el órgano competente para imponer sanciones sea la Junta de Régimen y Administración, órgano no jurisdiccional, sino administrativo.

Un tema frecuente suscitado ante el Tribunal Constitucional es el uso de resoluciones de los Juzgados de vigilancia penitenciaria ajustadas a modelos normalizados o estereotipados. A esto se ha referido entre otras muchas la STC 215/2007, de 8 de octubre, que indicó que *“hemos admitido en diversas ocasiones la licitud constitucional de la respuesta judicial estereotipada o producto de un formulario, en la medida en que peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, pues lo relevante es la existencia en la decisión de una motivación bastante para conocer los criterios jurídicos que fundamentan su parte dispositiva (SSTC 169/1996, de 29 de octubre, F. 4; 69/1998, de 30 de marzo, F. 2; 67/2000, de 13 de marzo, F. 3; 210/2000, de 18 de septiembre, F. 2; 236/2002, de 9 de diciembre, F. 5; y 9/2003, de 20 de enero, F. 5). Pero no es menos cierto que la utilización de formularios o modelos impresos para fundamentar las resoluciones judiciales puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), más que por insuficiencia de la motivación, por incongruencia omisiva, esto es, por dejar sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por el recurrente, aunque ambas vulneraciones del art. 24.1 CE estén íntimamente relacionadas (como se subraya, por todas, en la STC 91/1995, de 19 de junio, F. 4). Precisamente desde esta perspectiva de la posible concurrencia de una incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial es como hemos examinado en otras ocasiones denuncias análogas a la actual (SSTC 161/1993, de 17 de mayo, F. 3; 143/1995, de 3 de octubre, f. 5; y 195/1995, de 19 de diciembre, f. 6).”*

6. Derecho a la defensa

El art. 24.2-I CE establece que *“asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formula-*

da contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la proyección a los procedimientos disciplinarios de la Administración de las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24 CE , en sus dos apartados, no mediante una aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 CE, si bien ha precisado que no se trata de una aplicación literal, dadas las diferencias entre uno y otro orden sancionador, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional: véanse por todas SSTC 7/1998, de 13 de enero, F. 6; 14/1999, de 22 de febrero, F. 3). En cuanto a la proyección de aquellas garantías al procedimiento disciplinario penitenciario, el Tribunal Constitucional viene destacando que, tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena -SSTC 74/1985, 2/1987, 297/1993, 97/1995, 128/1996, etc, etc., resultando además evidente que las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que la justicia se detenga en la puerta de las prisiones -SSTC 2/1987, 297/1993 y 97/1995 y STEDH Campbell y Fell, de 28 de junio de 1994.

Respecto de las garantías del art. 24.2 CE , la STC 66/2007, de 27 de marzo, precisando el alcance de las matizaciones de tratarse de procedimientos sancionadores y no del proceso penal, advierte que se ha mantenido que, entre las garantías aplicables *ex art. 24.2 CE* en los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario, se encuentran el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia (por todas, SSTC 81/2000, de 27 de marzo, F. 2; 27/2001, de 29 de enero, F. 8; 116/2002, de 20 de mayo, F. 4; 236/2002, de 9 de diciembre, F. 2; 9/2003, de 20 de enero, F. 3; 91/2004, de 19 de mayo, FF. 3 y 5).

En lo que atañe al derecho de conocer los hechos que son objeto de acusación, se garantiza en el desarrollo reglamentario del contenido del pliego de cargos y su notificación al interno expedientado -art. 242 RP- profundizándose además mediante la garantía de acceso al material probatorio de cargo consagrada en el trámite de puesta de manifiesto -art. 244.3 RP. A este respecto la doctrina del Tribunal Constitucional de que no es exigencia constitucional el conocimiento de la denuncia, salvo que se pretenda utilizar como material probatorio de cargo, en cuyo caso es obligado permitir el acceso del interno a la misma -SSTC 2/1987, 192/1987 y 297/1993-, y la que ha agregado que es igualmente obligado el permitir al supuesto infractor el conocimiento del resultado de la prueba practicada, como instrumento imprescindible en orden a poder formular sus alegaciones sobre el resultante de la actividad probatoria -STC 128/1996- garantizando en suma el derecho del interno expedientado a acceder al expediente.

En cuanto al derecho a utilizar todos los medios de prueba reconocidos por el ordenamiento jurídico, se desarrolla en el procedimiento disciplinario penitenciario en el art. 244.2.h), inciso final y 244.3 RP, al asegurar la necesidad de resolución motivada del instructor para rechazar la práctica de pruebas propuestas por el interno expedientado. Así, la STC 104/2003, de 2 de junio, cuyo FJ 2º estableció que tal derecho es inseparable del derecho mismo de defensa y exige que las pruebas pertinentes propuestas en tiempo y forma sean admitidas y practicadas sin obstáculos -por todas, SSTC 30/1986, de 20 de febrero; 147/1987, de 25 de septiembre; 97/1995, de 20 de junio; 17/1996, de 7 de febrero y 181/1999, de 11 de octubre. Conforme a dicha jurisprudencia, para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración del derecho al uso de los medios de prueba es

preciso: a) que el recurrente haya solicitado su práctica en la forma y momento legalmente establecidos, pues, al tratarse de un derecho de configuración legal, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal; b) que la prueba propuesta sea objetivamente idónea para la acreditación de hechos relevantes, y c) que la misma sea decisiva en términos de defensa, es decir que tenga relevancia o virtualidad exculpatoria, lo que ha de ser justificado por el recurrente o resultar de los hechos y peticiones de la demanda (STC 169/1996, de 29 de octubre, F. 8, por todas). Si la proposición de prueba reúne los anteriores requisitos resulta vulnerado el derecho fundamental, tanto cuando no hay respuesta alguna a la solicitud como cuando la misma se rechaza sin motivación o la que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable. Ahora bien, este derecho no lleva aparejado necesariamente que todas las pruebas propuestas deban practicarse, sino solo los necesarios y pertinentes, siendo la motivación requisito constitucionalmente exigible respecto de la resolución denegatoria -SSTC 74/1985, de 18 de junio, 2/1987, de 23 de enero, 190 y 192/1987, de 1 y 2 de diciembre, 94/1992, 297/1993, y 97/1995.

Por lo que se refiere al derecho al asesoramiento, en su caso por letrado, se materializa en el art. 242.2.i) RP, y en cuanto a jurisprudencia constitucional, por todas, la STC 66/2007, de 24 de junio, cuyo FJ 5º -que a su vez se reitera en la STC 5/2008, de 21 de enero-sistematiza la doctrina constitucional acerca del derecho a la asistencia letrada en los procedimientos disciplinarios penitenciarios así: en virtud de lo dispuesto en el art. 242.2 RP el asesoramiento para la defensa del interno en el expediente puede ser realizada no solamente a través de Abogado, aunque su intervención no sea preceptiva, sino también valiéndose del consejo de un funcionario, normalmente el Jurista criminólogo del centro penitenciario, como constaba ya en los arts. 130.1 y 281.5 del RP de 1981 -SSTC 74/1985, de 18 de junio, F. 3; 2/1987, de 21 de enero, F. 6; 190/1987, de 1 de diciembre, F. 3; 192/1987, de 2 de diciembre, F. 2 b); 161/1993, de 17 de mayo, F. 4; 143/1995, de 3 de octubre, F. 4; y 128/1996, de 9 de julio, F. 6. Además, el propio RP vigente permite que el asesoramiento para la defensa en un expediente disciplinario se lleve a cabo por cualquier persona que designe el interno. Esta misma doctrina subraya la relevancia de la posibilidad de asesorarse legalmente el interno como garantía para preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que le imputan, de suerte que la ausencia de respuesta por parte de la Administración penitenciaria a la solicitud de asesoramiento legal del interno se considera lesiva del derecho a la defensa garantizado por el art. 24.2 CE -SSTC 161/1993, de 17 de mayo, F. 4; 143/1995, de 3 de octubre, F. 4; 181/1999, de 11 de octubre, F. 4; y 236/2002, de 9 de diciembre, F. 4. No obstante el derecho a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario tiene sus peculiaridades y limitaciones, ya que aunque comprende el derecho del interno a asesorarse por Letrado de su elección, pese a que no sea preceptiva su intervención, sin embargo, tanto en la fase administrativa como en la fase del posterior recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no forma parte de su contenido el derecho a la designación de letrado del turno de oficio -STC 9/1997, de 14 de enero, FJ 3; AATC 145/1999, de 7 de junio; 92/2003, de 24 de marzo, STC 42/2008, de 10 de marzo, FJ 4º- ni que el designado pueda proceder a la asistencia física ante el órgano competente para resolver el expediente, Junta de Régimen y Administración en el RP/1981, Comisión Disciplinaria en el RP vigente -SSTC 74/1985, 229/1993, 35/1997-.

Respecto del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24.2 CE, garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad -SSTC 76/1990, 138/1990, 212/1990, 59/1991, 297/1993... Con esta base, se ha reconocido el derecho a la presunción de inocencia de un interno sancionado por falta grave del art. 109.f) RP/1981 basándose en ser simple destinatario de una carta con un abultamiento que contenía sustancia al parecer droga,

sin más elementos, ni tan siquiera análisis de la sustancia -STC 237/2002, de 9 de diciembre-; a un interno a quien se vulneró el derecho al secreto de sus comunicaciones, utilizando el contenido de las expresiones vertidas por escrito a un órgano judicial como base para sancionarle por una falta grave prevista en el art. 109.h) RP -STC 127/1996, de 9 de julio, y 175/2000, de 26 de junio-; por el contrario, los partes de los funcionarios de prisiones, en un expediente disciplinario son suficientes para destruir la presunción de inocencia -SSTC 192/1987, 297/1993, ATC 145/1999, de 7 de junio- sin necesidad de ratificación -ATC 92/2003, de 24 de marzo.

7. Derecho a la educación

El derecho a la educación, que conservan los reclusos tras el internamiento en un Centro Penitenciario, se consagra en el art. 27 CE. El impacto del modelo constitucional en el sistema penitenciario a CE suscita la cuestión de que correspondiendo en esta materia la competencia ejecutiva a las Comunidades Autónomas, ello determinó la integración del Cuerpo de Maestros de Instituciones Penitenciarias en los respectivos sistemas autonómicos con competencia ejecutiva en cada territorio, en virtud de RD 1203/1999, de 9 de julio.

La enseñanza universitaria se regula en el art. 56.2 LOGP, cuyo texto fue objeto de modificación por reforma introducida en la LO 6/2003, de 30 de junio. En relación con este precepto, la STC 206/2011, de 19 de diciembre, estimó el recurso de amparo promovido por la Universidad del País Vasco en relación con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que anuló un protocolo sobre atención a personas internas en centros penitenciarios, considerando vulnerada el derecho fundamental a la autonomía universitaria consagrado en el art. 27.10 CE, en base a la interpretación de la legalidad aplicable que convierte a los convenios de colaboración de las universidades públicas con la Administración penitenciaria en condición de validez de las normas dictadas por aquéllas para la ordenación de la actividad docente, señalando (FJ 7) que la interpretación del art. 56.2 LOGP que rechaza que la Universidad pueda regular las condiciones en las que ha de impartirse la docencia a distancia a internos en centros penitenciarios hasta tanto no se haya concertado con la Administración penitenciaria, supone una restricción del ejercicio de la autonomía universitaria constitucionalmente garantizada (art. 27.10 CE) que lo lesiona, pues no encuentra justificación suficiente en la preservación los bienes jurídicos que se tratan de garantizar con la exigencia de previo convenio con la Administración penitenciaria para que la educación a distancia a internos en centros penitenciarios pueda materializarse mediante su prestación efectiva.

V. DERECHO AL TRABAJO Y A LA FORMACIÓN INTEGRAL

Conforme al inciso final del art. 25.2 CE, *“en todo caso, tendrá (el interno) derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”*. De este modo, el trabajo aparece contemplado como un derecho de los ciudadanos en el art. 35 CE, y simultáneamente como un derecho fundamental de los reclusos a obtener a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social. Sobre esta dualidad, la STC 172/1989, de 19 de octubre, advirtió que el derecho al trabajo remunerado de los reclusos participaba de los caracteres de los derechos prestacionales, y que en consecuencia tenía dos aspectos: la obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo y el derecho de éstos

a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente. Y desde el punto de vista subjetivo de quien está cumpliendo pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata; en este mismo sentido último indicado, art. 4.2.f) RP. La STC 172/1989 concluyó señalando que la Administración Penitenciaria debe superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un trabajo retribuido, arbitrando las medidas necesarias a su alcance, y observando mientras tanto no se consiga el pleno empleo de la población reclusa, el orden de prelación que el RP establece para distribuir los puestos de trabajo disponibles. Únicamente tendrá relevancia constitucional el amparo del derecho al trabajo del penado si se pretende un puesto de trabajo existente al que se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido, que no puede ser objeto de una aplicación arbitraria o discriminatoria. Sobre definición de ese orden de prelación en la actualidad, art. 3.2 RD 782/2001, de 6 julio 2001, que regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

Por lo que se refiere al derecho a los beneficios de la Seguridad Social, ello se proyecta en su reconocimiento a los internos que desarrollan trabajos productivos, así como a los sentenciados a penas de trabajos en beneficio de la comunidad, en la medida que desarrollan actividades laborales y no únicamente programas especializados, y en la medida en que a los excarcelados se les reconoce subsidio de desempleo e los términos del art. 35 LOGP.

En lo concerniente al derecho de acceso a la cultura, y a la formación integral, ello se asegura a través de la integración en programas de tratamiento y actividades ocupacionales.

VI. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL HACER EJECUTAR LO JUZGADO COMO PARCELA DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL Y DEL CONTROL JUDICIAL DE LEGALIDAD DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA: LA CREACIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

La CE estableció unos determinados imperativos adicionales que vinieron a confluír en la creación y entrada en funcionamiento de la figura del juez de vigilancia penitenciaria. Dichos imperativos fueron básicamente tres. en primer lugar, la constitucionalización del hacer ejecutar lo juzgado como una parcela de la potestad jurisdiccional, en los términos del art. 117.3 CE; en segundo lugar, la necesidad de una tutela judicial preferente y sumaria de los derechos fundamentales de los internos, en los términos del art. 53.2 CE; y en tercer lugar, la conveniencia de un órgano jurisdiccional incardinado en el orden jurisdiccional penal que controlara la actividad penitenciaria en general, dada su estrecha vinculación con el sistema de ejecución de las sentencias penales. El segundo y tercer condicionamiento están íntimamente imbricados, pues se encuadran en el marco de la función de tutela de derechos que a los Jueces y Tribunales les confiere el art. 117.4 CE, por lo que procederemos a su examen conjunto.

1. La profundización de la potestad jurisdiccional en su vertiente de ejecución penal

Por lo que se refiere a las exigencias de extensión de la jurisdiccionalidad -art. 117.3 CE- la misma tuvo lugar en relación con varias figuras, que venían todas a girar alrededor de las llamadas

modificaciones cuantitativas y cualitativas de las penas privativas de libertad, esto es, los incidentes que la pena puede experimentar durante su ejecución tanto en el cuánto -v. gr., reducciones, o reducciones-, como en el cómo -v. gr., libertad condicional.

1.1. La redención de penas por el trabajo. La redención de penas por el trabajo es una institución actualmente derogada, pero que conserva su vigencia para las penas impuestas conforme al Código Penal de 1973 -DT 2ª RP. Siguiendo a BUENO ARÚS, puede definirse la redención de penas por el trabajo como aquel beneficio penitenciario en cuya virtud el penado obtiene una reducción de la duración de su condena en base al desarrollo de una actividad laboral o asimilada, atribuyendo al tiempo de cumplimiento material de la pena un valor superior al propiamente cronológico. En la medida en que su aprobación reducía la duración de la condena impuesta en sentencia, modificaba el fallo condenatorio y la liquidación judicial de condena, por lo que se erigía en una medida de ejecución que, pese a ser tradicionalmente ejercida por organismos administrativos (Patronato de Nuestra Señora de la Merced), conforme a la *naturaleza de las cosas* tenía la condición de actividad jurisdiccional, defiriéndose esta competencia a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria –art. 76.2.c) LOGP.

A las redenciones de penas por el trabajo se ha referido el Tribunal Constitucional en varias ocasiones denominándolas reducciones de penas, y vinculándola directamente al derecho fundamental a la libertad -STC 174/1989, de 30 de octubre. Dicha STC examinó la redención de penas por el trabajo desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, proscribiendo la modificación por el Juez de Vigilancia penitenciaria de una resolución firme que había aprobado la redención de penas por el trabajo a un penado, indicándose que no podía ser alterada aunque erróneamente beneficiaba a dicho recluso, y concluyó que efectivamente el auto del JVP era una resolución firme que no podía ya ser modificada, con independencia de que resultase materialmente errónea en beneficio del penado; su modificación, sin base legal para ello, vulneraba por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva -art. 24.1 CE -, como derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, y el derecho a la seguridad jurídica. La doctrina se proyectará en la STC 31/1999.

El TC ha abordado también la redención de penas por el trabajo en relación con el principio de legalidad en materia penal, en su manifestación del principio *non bis in idem*, consagrado en el art. 25.1 CE. La STC 94/1986, de 8 de julio, examinó una cuestión de inconstitucionalidad que cuestionó si la privación del beneficio por condena de delito de quebrantamiento entrañaba una vulneración del principio *non bis in idem*, por concurrir en el reproche penal de una sola conducta la imposición de una doble sanción, constituida por la pena establecida para dicha infracción penal, y además la privación de aquel beneficio que aminoraba el tiempo de cumplimiento de la pena que se debía cumplir por la condena impuesta a otro delito anteriormente cometido y sancionado; dicha STC acaba por considerar que no podía estimarse una sanción penal sobreañadida o suplementaria, ya que el comportamiento delictivo operaba como presupuesto negativo del beneficio, siendo su fundamento la objetiva estimación de no concurrir en el sujeto las condiciones de reeducación y resocialización a las que va inseparablemente unida la finalidad esencial de la pena, concluyendo la inexistencia de vulneración del principio de legalidad penal.

1.2. La libertad condicional. En la medida en que su aprobación reducía la duración del tiempo de internamiento, modificaba el mandato de retención y custodia complementado por la liquidación judicial de condena, por lo que se erigía en una decisión de ejecución que, pese a ser tradicionalmente ejercida por organismos gubernativos (Consejo de Ministros, Ministerio de

Justicia), conforme a la *naturaleza de las cosas* constituía actividad jurisdiccional, defiriéndose esta competencia a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria –art. 76.2.b) LOGP.

La jurisprudencia constitucional más relevante se articula en la STS 48/1996, referida a la libertad condicional de enfermos graves con padecimientos incurables, conforme a la cual tan sólo una enfermedad grave e incurable en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado por aquélla, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal.

2. Las funciones de tutela judicial de derechos de los internos de los juzgados de vigilancia penitenciaria

La actividad penitenciaria debe respetar los derechos fundamentales de los internos no afectados por el contenido del fallo condenatorio, por el sentido de la pena, y por la ley penitenciaria -art. 25.2 CE-, así como la observancia en su desarrollo de la ley, y su sometimiento a los fines previstos en aquella -art. 9.1 y .3 103 CE-. Dicha actividad penitenciaria está sometida al control de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. A su vez, esta actividad de control constituye el contenido nuclear de lo que denominamos control judicial de la actividad penitenciaria, que no constituye actividad jurisdiccional en sentido estricto -art. 117.3 CE- pero sí en un sentido amplio, conforme al art. 117.4 CE, en relación con los arts. 25.2 y 53.2 CE de un lado, y con el art. 106.1 CE de otro. En definitiva, el control judicial de la actividad penitenciaria tiene dos objetivos: salvaguardar los derechos fundamentales de los internos no afectados por el contenido del fallo condenatorio, por el sentido de la pena, ni por la ley penitenciaria -arts. 25.2 y 53.2 CE-, y controlar la legalidad de la actividad penitenciaria, y el sometimiento de la misma a sus fines legales -art. 106.1 CE. A ello se refiere el art. 76.1 LOGP cuando señala que “*el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse*”. Tras esta referencia genérica a las funciones de vigilancia el art. 76.1 LOGP se formula una enumeración básica *ad exemplum* contenida en los subapartados d) a j) del art. 76.2 LOGP, sin ánimo exhaustivo, pues los arts. 45 LOGP y 51 LOGP van a contener nuevas atribuciones de puestas en conocimiento de actividad penitenciaria.

Ahora bien, se pueden reducir las funciones de vigilancia que los JVP desarrollan a cuatro cauces generales de actuación, a los que se agregan las facultades de propuesta previstas en el art. 77 LOGP. El primero de estos cauces es el conocimiento de los recursos, que la LOGP reduce a dos: los recursos contra sanciones disciplinarias -art. 76.2.e) LOGP-, y los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado -art. 76.2.f) LOGP. El segundo es el del conocimiento de las peticiones y quejas penitenciarias a las que se refiere el art. 76.2.g) LOGP. El tercero es el conocimiento de las daciones de cuenta, al que ahora nos referiremos. Y el cuarto, es el conocimiento por actuaciones de oficio del JVP, pues la salvaguarda de derechos y corrección de abusos y desviaciones puede ejercerse por el conocimiento directo que el JVP de cualesquiera prácticas, actos, omisiones, y decisiones de la Administración, que se reputen indiciariamente vulneradoras de derechos de los internos, y vulneradoras de las normas legales y reglamentarias en materia de régimen y tratamiento, sea en el curso de las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal -art. 76.2.h) - o bien de denuncias de situaciones irregulares, formuladas por Ministerio Fiscal, Abogados, otros órganos jurisdiccionales, organismos

administrativos, ONGs, o cualquiera personas físicas, o jurídicas, con independencia de que la resolución final del JVP solo pueda ser recurrida por interno, liberado y MF

Centrándonos en el cauce de daciones de cuenta por parte de las Administraciones Penitenciarias en el sistema penitenciario español, su dinámica funcional se traduce en la puesta en conocimiento por las Administraciones de aquellos actos que, en primer lugar, implican la afectación de un derecho fundamental, y de aquellos otros que, en segundo lugar, entrañan un modelo de actividad penitenciaria que se aparta del estándar.

Sobre la naturaleza de esta función de los Juzgados de Vigilancia el Tribunal Constitucional ha concluido que los JVP no son meros buzones destinatarios pasivos, sino que pueden y deben ejercer un control real de legalidad *a posteriori*, señala la STC 129/1995, de 11 de septiembre, que *“corresponde a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que son los que han de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, en los términos previstos en los arts. 25.2, 24 y 9.3 CE, al constituir un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y concluye señalando lo que claramente se deriva de las funciones atribuidas al Juez de Vigilancia Penitenciaria en los arts. 76 LOGP y 94 LOPJ. Y de ello resulta, en definitiva, que la actividad de la Administración Penitenciaria está subordinada en su ejercicio a la autoridad judicial. Por consiguiente, es el conocimiento por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la utilización de una medida coercitiva y de los motivos de su adopción, en virtud de una comunicación del Director del Centro -y, en su caso, por la queja del recluso afectado- lo que permitirá el control de esta actuación de la Administración por parte del órgano jurisdiccional. Y basta reparar en que el mencionado art. 123 RP se refiere al cumplimiento de las demás exigencias que establece el art. 45 LOGP para comprender que el mencionado Juez ha de salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento del régimen penitenciario puedan producirse”*.

Aunque esta aseveración se refiere a la dación de cuenta de medios coercitivos, es predicable de cualquier puesta en conocimiento de sus propios actos por parte de la Administración al juzgado de vigilancia, como se corroboró ya de forma general para todas las daciones de cuenta, en SSTC 175/1997, de 27 de octubre, y 200/1997, de 24 de noviembre.

Así, la STC 175/1997 textualmente señala que rectamente entendida, esta dación de cuentas implica no sólo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado *a posteriori*, mediante una resolución motivada.

El control del juzgado de vigilancia se articulará del modo siguiente: si se considera no ajustada a derecho la decisión comunicada, podrá acordarse el cese de la medida aplicada si estuviera vigente; además, podrá apercibir al Director para que se adopten medidas a fin de que no se reitere ese tipo de decisiones en la forma aplicada en supuestos análogos que puedan producirse en el futuro; si la medida es infractora flagrantemente del ordenamiento jurídico podrá además dar traslado de lo actuado al servicio de inspección de la Administración Penitenciaria correspondiente a los efectos de su constancia y depuración de responsabilidades disciplinarias; y en última instancia, podrá además dar traslado al Juzgado de Guardia por si los hechos revistieran caracteres de infracción penal. En cualquier caso la dación de cuenta no excluye ni la queja del interno ante cualquier instancia de control, judicial o no, ni la denuncia en el orden penal.

Neurociencia, Derecho penal y derechos fundamentales

MARÍA ÁNGELES GARRIDO LORENZO

Fiscal del Tribunal Supremo

SUMARIO

I. Introducción. II. Algunas pruebas neurológicas. 1. fMRI con señal BOLD. 2. OndaP 300 y MER-MER (Brain fingerprinting). 3. BEOS (Brain Electrical Oscillations Signature Test). 4. Estándares de validez. III. Utilización en procesos penales en otros países. IV. Límites constitucionales y pruebas neurocientíficas. 1. Cuestiones éticas. 2. Derechos fundamentales. 2.1. Derecho a no declararse culpable. 2.2. Derecho a la intimidad. 3. Reconocimiento de nuevos derechos. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Salvando siempre la arbitrariedad en la apreciación de la prueba, constitucionalmente proscribida, el principio de su libre valoración, conquista esencial del pensamiento liberal, confiere un amplio margen de decisión al juez, que tiene atribuida, con exclusividad, la tarea de apreciar en conciencia la prueba practicada en el proceso. En lo que ahora nos interesa, la prueba testifical, o con mayor amplitud la prueba personal. Esa búsqueda de la verdad en el proceso penal, mandato algo más que constitucional, constituye un permanente desafío que jueces y tribunales asumen como inherente a su función. Cotidianidad que no permite obviar la complejidad de la misión y la importancia del compromiso. Sin duda, es la relevancia de la tarea la que impone el exquisito celo en los medios y las formas de acceder a esa verdad histórica del hecho sometido a enjuiciamiento. La dimensión de este quehacer rebasa en muchos sentidos el ámbito estrictamente judicial, haciendo con frecuencia preciso el auxilio de otras ramas del saber cuyas aportaciones se someterán siempre al tamiz de la valoración del juzgador, ponderadas con el resto del haber probatorio.

En las últimas décadas, desde el ámbito de las ciencias empíricas, la Neurología ha hecho uso de nuevos métodos de diagnóstico y tratamiento, que se ofrecen al Derecho como promisorias herramientas de investigación en procesos penales. La Neurociencia profundiza en el conocimiento del cerebro humano. No obstante, no puede ocultarse cierta inquietud al tiempo de confrontar estas nuevas herramientas, por su potencial injerencia en ámbito tan sensible de la persona como es el contenido de su mente. Este artículo pretende hacer un esbozo del escenario que las nuevas técnicas ofrecen al proceso penal, sin obviar los riesgos que apuntan.

II. TÉCNICAS NEUROCIÉNTIFICAS Y DERECHO PENAL

1. Esbozo de la situación actual

La primera prueba neurocientífica de que hemos dispuesto ha sido el electroencefalograma. Sería Hans Berger, científico alemán, quien tras estudiar durante años la presencia de actividad eléctrica en el cerebro, el 6 de julio de 1924 realizaría el primer electroencefalograma, registrando la actividad cerebral de su hijo Klaus. Devino en una herramienta esencial, para medir actividad neuronal (cerebral), que contaba con la ventaja de no ser invasiva y tener una realización relativamente sencilla.

Berger calificó gráficamente el descubrimiento como “una especie de ventana al cerebro”. Es de justicia comenzar cualquier estudio de las técnicas neurológicas, que hoy tanto nos sorprenden, reconociendo la relevancia del hallazgo y dejar constancia de la trascendencia que para la exploración y conocimiento de la actividad cerebral tuvo y aún mantiene ese logro. El EEG es una exploración neurofisiológica sustentada en el registro de la actividad cerebral bioeléctrica, en situación de reposo, vigilia o sueño, así como durante activaciones sirviéndose de un equipo de electroencefalografía. Del desarrollo de esta técnica en las últimas décadas traen causa, algunas de las actuales pruebas que las que los neurocientíficos se sirven.

La Neurociencia, rama de la medicina, de la Neurología, de reciente consolidación como disciplina autónoma, está empleando métodos de trabajo impensables en tiempos relativamente recientes; tanto para el diagnóstico de enfermedades, como para su tratamiento, destacadamente en neurocirugía. Se han desarrollado herramientas que incrementan exponencialmente la certeza en el primero y permiten una precisión inimaginable en el ámbito quirúrgico hace unas décadas. Así sucede con la resonancia magnética (MR), la tomografía axial por emisión de positrones (PET), la tomografía axial computerizada (TAC), la resonancia magnética funcional (fMRI)... esta última probablemente la estrella del abanico de pruebas neurológicas de que disponemos, no solo por la información que suministra, su potencial de diagnóstico y guía en intervenciones quirúrgicas, sino también por su vistosidad. En el campo de la medicina estamos familiarizados con ellas en mayor o menor grado. Sin embargo, la potencial relevancia de estas pruebas en el mundo del Derecho todavía es novedosa.

Especial interés revisten para nosotros dos de estas técnicas: la resonancia magnética funcional, conocida por sus siglas en inglés fMRI *functional Magnetic Resonance Image* y la onda P300 o huella cerebral (*brain fingerprinting*), por la aplicación postulada desde diversos ámbitos, a la obtención y contraste de las manifestaciones de acusados y la posibilidad de su incorporación de sus resultados al proceso penal.

2. Pruebas neurológicas

2.1. La fMRI con técnica BOLD

Es una de las más recientes técnicas del campo de la Neuroradiología, pero con gran repercusión en diversas disciplinas y también en el campo del Derecho. La fMRI permite la obtención de imágenes de nuestro cerebro en tres dimensiones, no se trata de improntas estáticas, sino que, como su nombre indica, recoge el funcionamiento de cada área de nuestro cerebro a tiempo real.

Ofrece una resolución espacial excelente, utilizando un imán de una potencia 40.000 superior al campo magnético de la Tierra. Permite detectar los cambios de flujo de la sangre oxigena-

da mientras la persona sometida a la prueba realiza una actividad y después de ella. “El término “fMRI”, por sus siglas en inglés, implica que, la información que se puede obtener de una zona cerebral específica ya no es sólo anatómica o estructural, sino funcional, biológica y metabólica. Es a partir de los primeros años 90 cuando se inicia el uso de la resonancia magnética como un método para obtener imágenes funcionales del cerebro. La amplia aceptación que ha tenido la fMRI, se debe a que tiene una resolución temporal y espacial superiores a otras técnicas de imagen y no es invasiva”¹. Pueden distinguirse cuatro modalidades de resonancia magnética con las que puede obtener información funcional del cerebro, pero nos interesa especialmente la conocida como BOLD por sus siglas inglesas *Blood Oxigenation Level Dependent* o de Oxigenación-Nivel-Dependiente (OND).

La técnica BOLD ha despertado grandes expectativas, que en cierto grado se han visto colmadas al identificar los cambios y mapear la respuesta neurofisiológica ante estímulos sensoriales, motores y cognitivos. Las bases de la fMRI utilizando secuencias BOLD se sustentan en la detección de los cambios locales que suceden en la oxigenación y el flujo sanguíneo cerebral, en respuesta a la actividad neuronal.

El cerebro humano es un órgano de extrema complejidad, que funciona recibiendo continuos estímulos o señales dentro del cuerpo y desde fuera de él. Se producen cambios en el flujo sanguíneo según las áreas, que requieren un mayor aporte de oxígeno².

¹ ROJAS, R. “Introducción a la Resonancia Magnética” Boston MA.

– De Oxigenación-Nivel-Dependiente (OND) o secuencias BOLD por sus siglas en inglés Blood Oxigenation Level Dependent.

– Técnicas de Difusión (mapas de difusión, tensores de difusión y tractografía por difusión).

– Técnicas de Perfusión (se pueden realizar con uso de contraste exógeno o contraste endógeno). Activación

– Espectroscopia- En la actualidad, algunos autores integran a la espectroscopia como una secuencia funcional, la que ofrece información de tipo metabólico y del desplazamiento químico de las moléculas.

² ROJAS, R. “Introducción ...”. Op. Cit.

Explica el profesor Rojas: “para satisfacer este aumento de la demanda de oxígeno aumenta el flujo sanguíneo a la zona activada localmente, adicionalmente hay que considerar el fenómeno descrito en el año de 1990 por Ogawa (1,2,3), y colaboradores, que hace referencia a las propiedades magnéticas de la Oxihemoglobina (oxy-Hb) y de la Deoxi-hemoglobina (deoxy-Hb), como elementos necesarios para generar contraste. La Deoxi-Hb al ser una sustancia paramagnética, genera cambios locales en la homogeneidad del campo magnético, los cuales pueden detectarse y medirse por resonancia magnética, se sabe que el efecto paramagnético de la deoxy-Hb disminuye la susceptibilidad magnética en T2*, mientras que le oxy-Hb al ser una sustancia diamagnética no interfiere con el campo magnético externo (4). La actividad neuronal en una zona específica del cerebro aumenta el consumo local de oxígeno, lo que produce inicialmente disminución de la oxy-Hb e incremento de la deoxy-Hb en la zona funcional o activada. También se sabe que estos cambios no ocurren en las neuronas per se, estos cambios hemodinámicos se dan en el lecho vascular capilar y las venas de drenaje con cambios locales relacionados al flujo y volumen sanguíneo cerebral relativos a lo que se conoce como flujo sanguíneo cerebral relativo o (rCBF) por sus siglas en inglés relative Cerebral Blood Flow y volumen cerebral relativo o (rCBV) por sus siglas en inglés relative Cerebral Blood Volume. Los cambios de actividad cerebral local persisten por algunos segundos, aproximadamente 6 segundos, lo que en parte es una de las limitaciones de resolución temporal de la secuencia BOLD, posteriormente la deoxy-Hb se lava o se mezcla en el flujo sanguíneo, lo que se refleja como disminución de la señal local y se genera la señal BOLD en T2*, a este mecanismo también se le ha llamado acoplamiento neuro-vascular, existen numerosas teorías y posibles mecanismos relacionados a este fenómeno que debido a su complejidad y extensión escapan a los objetivos de este capítulo, en términos generales se puede decir que la sangre altamente oxigenada muestra mayor señal magnética y la desoxigenada menor señal magnética.”

La fMRI permite establecer exactamente la parte del cerebro que está actuando en cada momento y que se requiere controlar, analiza la anatomía cerebral, detectar tumores y controlar su evolución, valorar la afectación cerebral por traumatismo, accidente vascular o derrame, planificar y guiar cirugías o radioterapia, comprobar la eficacia de medicamentos visualizando su efecto, abstracción hecha de la opinión del sujeto. Además de detectar funciones esenciales como el pensamiento, el habla, el movimiento y las sensaciones proceso que se denomina mapeo cerebral. Un estudio médico por imágenes de la superficie del cerebro utilizando pequeños electrodos que estimulan un nervio cuya respuesta eléctrica se puede medir³.

Una novedosa aplicación de esta avanzada herramienta permite la lectura cerebral en tiempo real que facilita la comunicación. Desde 2012, se desarrolló una aplicación de esta técnica que permite analizar la conciencia de las personas, que son completamente incapaces de hablar o moverse, y poder conocer sus respuestas a las preguntas que se les plantean en tiempo real. Incluso se ha utilizado la fMRI para examinar la toma de decisiones del cerebro en operaciones de compra, dando lugar a una nueva disciplina llamada neuromarketing.

En lo que ahora nos interesa y quizás socialmente su uso más llamativo es el que se le atribuye como medio de detección de engaños. Las empresas estadounidenses «Cephos» y «No Lie MRI», llevan años comercializando estos sistemas para descifrar la mentira tomando como base el flujo sanguíneo cerebral.

Incluso se ha estudiado qué activación cerebral específica caracteriza el fingir deterioro de memoria (muy propio de los mentirosos más sofisticados), demostrando la existencia y participación de un *circuito prefrontal-parietal-subcortical* en los casos en los que se fingía deterioro de memoria, lo que supuso un paso previo importante hacia el desarrollo de métodos válidos y sensibles para la detección del engaño⁴.

A partir de esta técnica médica las investigaciones se han dirigido a su aplicación para la detección del engaño y la mentira. Se parte de que las zonas cerebrales activadas son distintas según el sujeto esté diciendo o no la verdad. Y se argumenta la determinación de un mapa cerebral. Los experimentos se realizan con personas jóvenes y sanas que quieran colaborar, a los que aleatoriamente se les confiere un grupo. Así, por ejemplo, a cada grupo se le dan condiciones de imagen de RM separadas y funcionales: “condición solo de mentira” y “condición de verdad solamente”. La condición de solo mentira se usa para comparar la actividad cerebral durante una mentira conocida para controlar preguntas y una mentira subjetiva a preguntas relevantes. La condición de solo verdad se usó para comparar la actividad cerebral durante una respuesta veraz conocida para controlar preguntas y una respuesta veraz subjetiva a preguntas relevantes. Las imágenes de RM funcional se adquirieron con una secuencia ecoplana y se realizó un análisis estadístico.

Al parecer “durante el proceso de engaño, áreas específicas del lóbulo frontal (lóbulo frontal izquierdo e izquierdo), lóbulo temporal (hipocampo derecho y circunvolución temporal media derecha), lóbulo occipital (circunvolución lingual izquierda), cíngulo anterior, circunvolución fusiforme derecha y derecha la ínsula sublobar fue significativamente activa. Durante el proceso de contar la verdad, las áreas específicas del lóbulo frontal (circunvolución subcallosa izquierda o núcleo lentiforme) y temporal (circunvolución temporal inferior izquierda) fueron significativamente activas. El examen del polígrafo reveló un 92% de precisión en sujetos engañosos y un 70% de precisión en sujetos veraces.

³ radiologyinfo.org. La fuente de información sobre radiología para pacientes. *Algunos de los usos comunes del procedimiento* (ref. de 14 febrero 2015).

⁴ FARAH, M. J.; et al.: «*Functional MRI-based lie detection: scientific and societal challenges*», Nature Reviews.

Concluyendo que las áreas específicas del cerebro involucradas en el engaño o en la narración de la verdad se pueden representar con imágenes de RM funcionales”⁵.

El Dr. Kozel y su equipo han realizado diversas investigaciones similares. Aunque sus publicaciones confirman hasta cierto punto la idea de la detección del engaño mediante las imágenes, no deja de señalar los límites, que presentan esos estudios. Declarando en una de sus publicaciones que es “necesario seguir trabajando para determinar qué tan sólidos pueden ser estos hallazgos con diferentes escenarios de pruebas y poblaciones. El escenario utilizado fue un paradigma de laboratorio simple con participantes adultos sanos. Las pruebas cuando hay un mayor riesgo (por ejemplo, prisión, grandes pérdidas financieras, etc.) O en personas con enfermedades que toman medicamentos pueden tener un resultado diferente. Otra consideración importante es que este estudio solo brinda respaldo para la metodología de análisis utilizada en estos estudios. Diferentes estrategias de análisis y formatos de prueba requerirán una evaluación y replicación independientes”⁶.

Efectivamente, una de las objeciones que se hacen a estos experimentos es el perfil de los sujetos a los que se hace la prueba. No son personas encausadas en un procedimiento penal ni en una investigación policial. Como señala el profesor Nieva Fenoll los sujetos del experimento son los llamados WEIRD, siglas inglesas que se corresponde con *western, educated, industrialized democracy*, esto es, personas pertenecientes al mundo occidental, universitario, de países industrializados, ricos y democráticos.

En cambio, el acusado que se somete en un procedimiento real a una prueba como esta, sabiendo que el resto de su vida puede depender de su resultado, está sujeto a diversas presiones, especialmente emocionales, que pueden alterar por completo el comportamiento del cerebro. Además, el acusado de la vida real puede tener una extraordinaria pericia en la mentira y puede haber interiorizado la que precisamente ofrece sobre el acto delictivo hasta el punto de que su reiteración no suponga o no exija especial activación de ninguna zona del cerebro asociada a la mentira o al engaño. El sujeto del experimento no ha tenido tiempo de ensayar la mentira, ni se juega nada con la prueba; por el contrario, el acusado de la vida real puede haber ensayado centenares de veces la mentira y puede verse afectado por diversas tensiones emocionales, más aún, si es inocente, que pueden tener también reflejo en zonas del cerebro relevantes para la simple cuestión de la verdad o la mentira.

Para realizar la prueba se presentan al sujeto distintos paradigmas, que guardan estrecha relación con los empleados en el test poligráfico. Sobre todo, dos el CQT y el GKT o CIT, si bien con ciertas variaciones o con una combinación de ambos. El primero responde a las siglas en inglés *Control Question Test* utiliza la combinación de preguntas relevantes, concernientes al hecho delictivo que se investiga, con otras de mero control referidas a un hecho semejante. El segundo es el denominado test del conocimiento del culpable, GKT por sus siglas en inglés *Guilty Knowledge Test*, o *Concealed Information Test*. En él se atiende a la respuesta fisiológica que tiene la persona inocente sobre la culpable. Ambos negarían haber visto el arma homicida, pero el segundo tendrá una reacción fisiológica en el caso del polígrafo que el científico puede interpretar. En el supuesto de la huella cerebral, se detectará una reacción eléctrica ante el estímulo que la máquina, objetivamente, sin posibilidad de manipulación, recoge y refleja.

⁵ MOHAMED FB, FARO SH, GORDON NJ, PLATEK SM, AHMAD H, WILLIAMS JM. *El mapeo cerebral del engaño y la verdad sobre una situación ecológicamente válida: la RM funcional y la investigación del polígrafo: experiencia inicial*. Radiología. 2006; 238 (2): 679-88.

⁶ KOZEL, F. ANDREW et al. “*Replication of Functional MRI Detection of Deception.*” The open forensic science journal 2 (2009): 6–11. PMC. Web. 9 Sept. 2018.

Lo cierto es que los ensayos de laboratorio y estudios realizados parecen confirmar que el mentir se asocia con una actividad en estructuras y áreas específicas del cerebro, el engaño ha sido operativizado de muy diferentes maneras en la investigación en detección de mentiras basada en fMRI. Pero esos mismos estudios revelan la diversidad de las estructuras y áreas cerebrales activadas en el proceso de engaño. Las diferencias entre las clases de mentiras, entre personas, e incluso situaciones de un mismo sujeto, generan una diferente actividad cerebral.

2.2. Onda P300 y el MERMER ('Memory and Encoding Related Multifaced Electroencephalographic Respons')

El conocido test P300 fue descubierto originalmente por Samuel Sutton, Margery Braren, Joseph Zubin y ER John. Así se publicó en la revista Science de 26 de noviembre de 1965 ⁷.

El doctor Samuel Sutton y su equipo constataron que algunos hechos sensoriales o cognoscitivos daban lugar a fluctuaciones en el encefalograma. Fueron los llamados “potenciales evocados” o “potenciales relacionados con eventos” (*event related potencial*). Se trataba, en un primer momento, de potenciales ajenos a la actividad cognitiva del sujeto, por tanto, exógenos, que aparecía en los primeros 100 milisegundos que sucedían al estímulo. Más tarde se descubriría la llamada onda P300 que respondía a estímulos cognitivos en los pacientes, o “potenciales evocados endógenos”. La diferencia entre potenciales evocados exógenos y endógenos es determinante, pues son estos últimos los que revelan la existencia de un conocimiento en el cerebro, la llamada “huella cerebral” (*brain fingerprinting*).

“Desde una primera aproximación puede definirse al test P300 como una técnica neurofisiológica que, a través de la electroencefalografía, mide la actividad eléctrica positiva del cerebro (P) que aparece 300 milisegundos (300) después de que un individuo haya sido expuesto a un estímulo –visual, auditivo, etc.–, de ahí su denominación como P300.”⁸. Se busca con su utilización encontrar información oculta en el cerebro de la persona que somete a la prueba. Se trata una técnica sencilla, no invasiva, al menos materialmente. La aplicación del galvanómetro en la corteza cerebral en la realización de encefalogramas, que detectó la existencia de circuitos eléctricos formados por las neuronas en el cerebro, como ya se ha dicho, desde principios del siglo pasado, constituyó un gran avance con creciente utilización, incrementándose en las décadas posteriores junto a su utilización, investigaciones y publicaciones en este campo.

Esta actividad eléctrica está basada en los llamados “Potenciales Evocados”, también conocidos como “Potenciales Relacionados con Eventos”, que son registros cerebrales «obtenidos mediante estimulación continua de una vía sensorial o del procesamiento de información, dentro de un contexto determinado. Esta actividad está conformada por cambios o fluctuaciones de voltaje de pequeña magnitud que ocurren con una alta resolución en el tiempo –milésimas de segundos– y es el producto de la sumatoria de la actividad sináptica sincronizada de grandes poblaciones neuronales». Los potenciales exógenos están determinados por las características físicas y temporales de los estímulos y se ven poco afectados por el estado de conciencia o la atención del sujeto, de ahí su denominación

⁷ Sutton S, Braren M, Zubin J, John ER. “*Correlatos de potencial evocado de la incertidumbre del estímulo ante estímulos impredecibles presentados en un extraño paradigma*.” Ciencia. 26 de noviembre de 1965 150: 1187-8).

⁸ SÁNCHEZ RUBIO, Ana. “*El uso del test P300 en el proceso penal español: algunos aspectos controvertidos*.” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2016, núm. 18-04, pp. 1-23).

como sensoriales. Son, por ejemplo, los empleados en pruebas auditivas –en este contexto es muy conocido el llamado N100 que recibe ese nombre al tratarse de una onda de polaridad negativa cuya latencia típica se sitúa sobre los 100 milisegundos después del inicio del estímulo–. Por otro lado, los potenciales evocados endógenos se caracterizan por su independencia de los atributos físicos de los estímulos y obedecen a la significación que para el sujeto tenga el estímulo en el desarrollo de una tarea psicológica, por ello se modifican con el estado de conciencia del sujeto y su atención a la tarea. Estos potenciales endógenos son los que entran en funcionamiento con el empleo del test P300 pues dicha onda será emitida, no si el sujeto siente, sino si el sujeto conoce aquello que se le muestra.

En la determinación de potenciales cognitivos se atiende a cuatro variables: polaridad que puede ser positiva P o negativa N; latencia el tiempo que transcurre desde que se presenta el estímulo hasta que se produce en producirse el pico o valle, el momento de su máxima amplitud; topografía atiende a cuál sea la localización en el cuero cabelludo; y sensibilidad respecto a la posible manipulación experimental. La onda P300 es, conforme a estas variables, un componente del potencial evocado que representa un tipo de polaridad positiva, que tiene lugar 300 milisegundos después de la presentación del estímulo.

La prueba consiste en la colocación de diversos electrodos en la cabeza del sujeto al que se le va a practicar la prueba. Una vez hecho esto se le presentan imágenes, sonidos, palabras la única respuesta voluntaria solicitada es presionar un botón con cada nuevo estímulo, como medio de asegurar la atención concentrada de la persona. Las imágenes, sonidos o palabras previamente han sido seleccionadas, han de integrar uno de los tres grupos que exige el protocolo. El primero lo forman los estímulos “*irrelevant*”, usuales y sin ninguna relación con el delito cometido objeto de la investigación. Otro grupo estará formado por los estímulos llamados “*targets*”, que referidos a los hechos objeto de examen son de dominio público y el sujeto puede conocer, aunque no hay tenido participación en la comisión del delito, por medios de comunicación relaciones personales y, por fin, los “*probes*” entendiéndose por tales los elementos que contienen una información tan solo disponible por quien sea el autor del delito o haya participado en él de alguna forma. Se fija, además, una proporción entre las tres clases de estímulos, un sexto de ellos ha de “*probes*”, un sexto “*targets*” y cuatro sextos irrelevantes. Se conjugan de este modo los que buscan la información oculta en el cerebro relevante para la investigación y que revela la participación del sujeto en el delito y aquellos otros que funcionan como meros distractores. La eficacia de la prueba se comprueba con verificación de la presencia en el cerebro de aquella información que ab initio se sabe que tiene⁹.

No se detecta de este modo la verdad o mentira en ese momento, no se le pide manifestación alguna. Lo que arroja el resultado de la prueba es la existencia de *información presente* en el sujeto o la constatación de *información ausente*. Detecta las respuestas a palabras o imágenes relevantes sobre el crimen investigado, como huellas dejadas en el cerebro que sin intervención de la voluntad de la persona sometida a la prueba son detectadas. Como si el cerebro exclamara ¡*ah, sí!* O, por el contrario, permaneciera impasible.

El P300 y sus posteriores modificaciones han tenido una gran acogida, en parte debida a su destacada comercialización, pero también al interés por la prevención de conductas delictivas incrementada en las últimas décadas. Quienes defiende y comercializan esta técnica afirman que las pruebas de laboratorio y de campo en el FBI, la CIA, la Marina de los EE. UU arrojan un resultado de 100% de aciertos, sin que existan falsos positivos o negativos. Tan solo un 3 % de los resultados “indeterminados”. BF se ha aplicado en casos penales y se ha declarado admisible en los tribunales.

⁹ SÁNCHEZ RUBIO, Ana. “El uso del test P300 en el proceso penal español: algunos aspectos controvertidos”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2016, núm. 18-04, pp. 1-23.)

Asimismo, se mantiene que es altamente resistente a las contramedidas. Nadie ha superado una prueba BF con contramedidas, a pesar de una recompensa de \$ 100,000 por hacerlo.

Como consecuencia de sucesivos estudios se detectó que con estímulos más complejos el pico era superior a 300, pudiendo ser de 400 o 500 milisegundos e iba seguido de otro de latencia negativa de longitud mayor, un potencial negativo tardío. Obtuvo así una mejora del sistema que permitía mayor precisión, el llamado P300- MERMER (*Mermory and Encoding Related Multifaced Electroencephalographic Response*). Con esta versión se consigue, fundamentalmente, reducir el número de resultados indeterminados, que quedarían excluidos¹⁰.

En defensa de la validez de la prueba de su resistencia a las contramedidas, el Dr. Lawrence Farwell, su creador, llegó a ofrecer 100.000 dólares de recompensa a quien pudiera superarla, incluso instruyéndolo de las contramedidas de que podría valerse¹¹.

Aunque ha sido considerada una suerte de polígrafo, los defensores de la aplicación de esta nueva técnica electromagnética para la detección de los conocimientos codificados en nuestro cerebro rechazan tal asimilación. Se ha de admitir que por una parte el polígrafo registra la actividad del sistema nervioso periférico, se atiende a la sudoración, ritmo cardíaco, mientras que el test P300 detecta la actividad del sistema nervioso central, donde tienen lugar los procesos cognitivos. Los datos obtenidos con la prueba se encuentran en el cerebro humano, sin que la persona pueda al menos eso se afirma- hacer nada para hacerlos desaparecer por su única voluntad.

Aunque se trata de técnicas distintas el Polígrafo y la prueba del Test P300, comparten un tronco común. Por otro lado, su asimilación a pruebas científicas como el perfil de ADN, o incluso la huella dactiloscópica, de la que toma también su nombre, es más dudosa de lo que se pretende. La ratio de error de estas pruebas es tan pequeña que prácticamente se rechaza, sin margen de duda, lo que hasta el momento no puede predicarse de las nuevas técnicas.

2.3. BEOS ('Brain Electrical Oscillations Signature Test')

Es oportuno hacer una referencia a este otro modelo del sistema inicial de la prueba P300, dada la gran acogida, que más adelante se referirá, que ha tenido en la India. Su desarrollo se debe

¹⁰ "En nuestra opinión, estos resultados, junto con nuestras publicaciones previas y las replicaciones independientes de nuestros métodos en otros laboratorios, sugieren que los métodos aplicados aquí proporcionan un nivel de tasa de error, confianza estadística y resistencia a las contramedidas apropiadas para las aplicaciones de campo. En nuestra opinión, la decisión de descartar que las huellas dactilares del cerebro sean admisibles en los tribunales de los Estados Unidos estaba bien fundada en la ciencia, con las siguientes salvedades. Para proporcionar evidencia científica válida y confiable, es necesario que las pruebas se realicen e interpreten de acuerdo con los métodos y los 20 estándares científicos descritos en este documento. También es necesario que el testimonio científico de testigos expertos en huellas dactilares del cerebro continúe ocupándose exclusivamente de informar los hechos concretos demostrados por la prueba, es decir, la presencia o ausencia de determinado conocimiento específico, junto con una explicación de los principios y métodos científicos que tienen revelado este resultado. En nuestra opinión, la aplicación continua de huellas dactilares cerebrales para descubrir la verdad con respecto a lo que los sujetos de información poseen sobre un crimen u otra situación real del campo sirve al interés de la justicia y es de interés público en cualquier jurisdicción donde exista una alta correlación entre la verdad y la justicia) Braiprinting classification concealed information test detects US Navy military medical information with P300 Lawrence A. Farwell,* Drew C. Richardson, Graham M. Richardson, and John J. Furedy.

¹¹ Farwell, L.A., Richardson, D.C., and Richardson, G.M. (2012). Brain fingerprinting field studies comparing P300-MERMER and P300 brainwave responses in the detection of concealed information. DOI 10.1007/s11571-012-9230-0, Cogn Neurodyn.

al neurocientífico Champdi Raman Mukundan. La prueba consiste en someter a la persona a estímulos visuales y/o auditivos que producen en su cerebro una oscilación eléctrica cuando recuerda algún hecho del pasado. La característica del sistema estriba en que la oscilación, “firma del recuerdo” (*signature of remembrance*) solo se presenta cuando el sujeto tiene conocimiento experimental del hecho, porque directamente lo ha vivido. Se invoca como ventaja de este método que distingue entre la persona que lo ha realizado y quien solo lo ha presenciado. Si bien ha tenido una gran acogida en el país de origen, como se verá más adelante, no está exento de polémica.

2.4. Observancia de estándares de prueba científica

La traslación de la prueba científica al ámbito judicial lleva al examen de su grado de cientificidad. O lo que es lo mismo, determinar la rigurosidad de las conclusiones alcanzadas con esta técnica, para poder sustentar en ella la decisión judicial. A tal fin se debe seguir un estándar de cientificidad, que puede entenderse como el filtro de orden epistemológico y carácter endoprocesal, que impide la inclusión de una prueba científica que no lo supere en el proceso, y ser atendida en la formación de voluntad por el juzgador

Con ese propósito ya a principios del siglo pasado la Corte Suprema de EEUU estableció el llamado estándar Frye. Como supuesto paradigmático fue acogido a nivel internacional. Desde ese momento se atendió al reconocimiento general por la comunidad científica para resolver sobre la pertinencia de admitir una técnica o teoría. Más de medio siglo después, 1975, se promulgaron las reglas federales de la prueba. Sin embargo, fue el llamado caso *Daubert* el que brindó la oportunidad de fijar un criterio de validez para las pruebas científicas¹².

En el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, la Corte Suprema estadounidense modificó el estándar *Frye*, exigiendo la concurrencia de ciertas circunstancias junto a un respaldo científico mayoritario para admitir una prueba científica. Se ha de constatar:

a. Falsabilidad. Que la teoría o la técnica se pueda reproducir o sea demostrable. Si la técnica o teoría del experto puede ser o ha sido probada, es decir, si la teoría del experto puede ser desafiada en algún sentido objetivo, o si es simplemente subjetiva, conclusiva, que no se puede evaluar razonablemente para la confiabilidad.

b. Publicidad. Que la teoría o la técnica haya sido publicada o bien haya sido revisada por miembros de la comunidad científica. Es decir, su publicación y revisión por pares.

c. Tasa de error. Que se conozca el margen de error en el cual se puede incurrir la técnica o teoría cuando se aplica.

¹² Se trataba de unos hermanos nacidos con deformaciones físicas, descubriéndose que la madre durante el embarazo había consumido un medicamento (Bendectin) que, a juicio de estas personas, había sido el causante de sus defectos físicos. Decidieron demandar civilmente al laboratorio. Los demandados obtuvieron un pronunciamiento favorable que no había evidencia científica que probará un nexo causal entre el consumo de tal medicamento y las malformaciones. Esto ocasionó que no se les diera la razón a los demandantes. El estándar *Frye* se aplicaba. Al igual que en el caso original, que no le dieron la razón al procesado pues el polígrafo carecía de respaldo mayoritario científico, aquí se sostuvo este criterio: la mayoría científica decía que no había relación entre el medicamento y las malformaciones. Discrepando los demandantes del pronunciamiento recurrieron para que el Tribunal superior dilucidara si era suficiente la opinión científica mayoritaria de la técnica o la ciencia empleada (estándar *Frye*) o entendía que debían concurrir otros algunos otros requisitos.

d. Aceptación de la comunidad científica. Que la comunidad científica del área acepte la teoría o la técnica. Y la existencia y mantenimiento de estándares y controles.

Además de estas circunstancias, otras consideraciones relevantes pueden ser atendidas, conforme, tanto al caso *Daubert*, como a otros posteriores¹³. Lo cierto es que el examen de la jurisprudencia posterior al caso *Daubert* muestra que el rechazo del testimonio de expertos es la excepción y no la regla. El estándar *Daubert* es aceptado en nuestro entorno como filtro de la validez de la prueba científica. En lo que no existe unanimidad es en cumplimiento de ese estándar por las pruebas neurocientíficas que ahora se examinan, al tiempo de fijar el alcance probatorio que pueda admitírseles.

Como señala el profesor Taruffo “parece indudable que las técnicas de investigación desarrolladas en el ámbito de las neurociencias son, en principio admisibles como instrumentos de conocimiento en cualquier tipo de proceso. El problema con el empleo procesal de estos métodos es otro, y se refiere a la determinación de su efectiva relevancia para la declaración de los hechos que son objeto de prueba y de decisión en el juicio. En otras palabras, se trata de establecer si, cuándo y en qué condiciones, las neurociencias proporcionan conocimientos e informaciones utilizables como prueba en juicio, es decir como instrumentos para establecer la verdad o falsedad de enunciados relevantes para la decisión (...) lo que se pone en cuestión no es la científicidad de estas ciencias y de los métodos que emplean. Lo que se pone en duda es su capacidad para determinar la decisión sobre un hecho relevante de la causa”¹⁴.

III. UTILIZACIÓN DE ESTAS TÉCNICAS EN OTROS PAÍSES

ESTADOS UNIDOS. Es sin duda el país donde más interés se ha demostrado por estos métodos neurológicos. El atentado terrorista a las Torres Gemelas, en Nueva York, en 2001, incentivó en gran medida la investigación para descubrir nuevos medios de búsqueda de la verdad en procesos de investigación.

Cabe traer a colación el caso Brian Dugan, a quien se le practicó una fMRI en 2009. Se trataba de un asesino en serie que actuó en la década de 1980. Finalmente, Dugan no fue condenado

¹³ La regla 702 fue modificada en respuesta a *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 US 579 (1993), y a los muchos casos que aplican *Daubert*, incluyendo *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 119 S.Ct. 1167 (1999). En *Daubert*, la Corte acusó a los jueces de primera instancia de la responsabilidad de actuar como guardianes para excluir el testimonio de expertos no confiables, y la Corte en *Kumho* aclaró que esta función de guardián se aplica a todos los testimonios de expertos, no solo testimonios basados en ciencia. La enmienda confirma el rol del tribunal de primera instancia como guardián y proporciona algunos estándares generales que **el tribunal de primera instancia debe usar para evaluar la confiabilidad y la utilidad del testimonio de expertos ofrecido**. la Regla en su forma enmendada establece que todos los tipos de testimonios de expertos presentan preguntas de admisibilidad para el tribunal de primera instancia al decidir si la evidencia es confiable y útil. En consecuencia, la admisibilidad de todos los testimonios de expertos se rige por los principios de la Regla 104 (a). Conforme a esa Regla, el proponente tiene la carga de establecer que los requisitos de admisibilidad pertinentes se satisfacen con una preponderancia de la evidencia.” (Federal Rules of Evidence. ARTICLE VII. OPINIONS AND EXPERT TESTIMONIO. Rule 702. Testimony by Expert Witnesses. Cornell Law School /www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702).

¹⁴ TARUFFO, M. “*Proceso y Neurociencia. Aspectos generales*”. En *Neurociencia y proceso judicial*. Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll (Dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2013.

a pena de muerte, pero sí a cadena perpetua: las imágenes revelaron que Dugan sufría un posible trastorno mental habida cuenta de los daños en ciertas regiones del cerebro.

En 2010 en *USA v. Smrau*, se instó la aportación de una fMRI ante el Tribunal Federal de Tennessee. El Juez examinó la prueba que se proponía y rechazó su práctica, entendiendo que no concurría dos de los cuatro criterios de la doctrina *Daubert*. No constaba el índice de error de la prueba, que además se habían obtenido en laboratorios, ni existía una pacífica aceptación, este fue el criterio final del Tribunal Federal de Tennessee. Aunque no se excluía una posibilidad de mejora que hiciera viable la prueba, sí se censuró a doctor Laken, director ejecutivo de Cephos, empresa comercializadora de la fMRI, por haber violado los protocolos realizando tres veces a su cliente la misma prueba.

También en 2010 en el caso *Wilson v Corestaff Services*, en el que se había solicitado la práctica de otra fMRI de un Juzgado de Brooklyn, para reforzar la credibilidad del testigo, fue denegada haciendo suyas las palabras del Tribunal Supremo en 1998 en otro supuesto al afirmar el juez estadounidense “En nuestro proceso penal el jurado es del detector de mentiras”.

El test P330 o *brain fingerprinting* ha tenido una notable acogida en EE UU, no solo por el impulso comercializador desde el sector privado, sino por la asunción desde organismos oficiales. Su creador y máximo patrocinador el profesor L. Farwell afirma que están siendo utilizados también por agencias oficiales como la CIA o el FBI de lo que deja constancia en su página web.¹⁵ Y con diferente suerte lo ha llevado a procedimientos judiciales. Quizás el más destacable fue la pericial practicada en el asunto *Harrington v. State* (2001) conseguiría invalidar el juicio inicial y celebrar otro nuevo, basándose en la prueba resultante del Test P300. Después de dictada sentencia condenatoria se consiguió la revisión tras comprobar con dicha prueba que aparecía información presente en su cerebro de la versión de hechos que había dado en su día; mientras que el resultado fue de información ausente para el relato de hechos ocurridos. El testigo que le había inculcado se retractó de su declaración y el tribunal anuló la sentencia.

Es en EE. UU, asimismo, donde más trabajos de investigación y publicaciones se vienen realizando y en el que mayor acogida tienen estos métodos y sus resultados.

FRANCIA. En el país vecino, a pesar de las reservas que este tipo de prueba despierta, se ha abierto una puerta de acceso con la aprobación de la Ley de Bioética, de 7 de julio de 2011, Ley 2011-814, en su artículo 45 modifica el Código Civil, admitiendo la aplicación de técnicas de imagen cerebral. Se contemplan tres supuestos y uno de los cuales será ellos es la práctica en el marco de una investigación judicial. Para fines de investigaciones científicas o con fines médicos, son las otras dos posibilidades. En todo caso es como *conditio sine qua non* el consentimiento de la persona que se ha de someter a la prueba, que deberá ser previo a la realización de la prueba, tras haber sido informado de la finalidad y naturaleza. Consentimiento que puede ser revocado en cualquier momento¹⁶.

INDIA. Después de EEUU es el país en el que mayor acogida ha tenido. Allí precisamente se ha desarrollado un método específico ya mencionado, conocido como BEOS (*Brain Electrical Oscillations Signature*). Conforme al cual se detecta una oscilación de la señal eléctrica en el cerebro del sujeto “firma del recuerdo” (*signature of remembrance*). Su auto, el neurocientífico Champadi Ramna

¹⁵ Consulta 3 -12-18 www.larryfarwell.com/about-dr-larry-farwell-brain-fingerprinting...

¹⁶ LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 45 Establece una nueva redacción para el Código Civil “**Article 16-14** “*Les techniques d’imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu’à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d’expertises judiciaires. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l’examen, après qu’elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l’examen. Il est révocable sans forme et à tout moment*”.

Mukundan, mantiene que en su versión es posible puede distinguir si la persona que arroja un resultado positivo tiene ese conocimiento por haber sido autor del hecho, o bien solamente un testigo.

El BEOS está siendo utilizado en numerosos procedimientos en aquel país. Es conocido el caso de la joven india Aditi Sharma a quien se condenó por el asesinato de su pareja. Se sometió voluntariamente a la llamada firma de oscilaciones eléctricas del cerebro y escuchó pasivamente afirmaciones en primera persona como “Compré arsénico para ponérselo a las golosinas” u “Ofrecí a Udit golosinas con arsénico”. Como consecuencia le cupo la “distinción” de haber sido la primera condenada, a cadena perpetua, estando el fallo sustentado en los resultados de la prueba que se le practicó, BEOS.

Ello no obstante el método no ha sido sometido a revisión por pares. Y se advierte falta de consenso en la comunidad científica. En el informe del Comité designado para su estudio se afirma que “los trabajos experimentales necesitan someterse a la revisión transparente por un comité que evalúe la validez y fiabilidad de los descubrimientos. Solo después de esto, esta técnica podría tener la capacidad de ser usada como uno de los medios de investigación”¹⁷.

El Tribunal Supremo, en el caso mencionado se limitó a constatar la concurrencia o no de consentimiento. Sin embargo, no cuestionó la validez de la técnica lo que, finalmente suponía un aval de esta, y potenciaba su utilización en otros procesos.

“El Perfil de firma de oscilación eléctrica cerebral (BEOS) es sin duda una prueba útil como ayuda para la investigación siempre que se haya realizado de forma científica.

Los resultados de la prueba BEOS, si son positivos, y si están respaldados por otras evidencias directas o circunstanciales, pueden ser aceptado como evidencia corroborativa bajo la Sección 45 de la Ley de Evidencia de la India.

Si el resultado de la prueba es positivo, pero no se corrobora con otras evidencias directas o circunstanciales, entonces no son lo suficientemente sustanciales para condenar a una persona sospechosa de los cargos de cometer el delito.

Si las pruebas de los resultados son negativas y no apoyan el procesamiento, los tribunales pueden considerar que, el propósito para el cual se tomó la prueba no se ha servido.

Si los resultados de la prueba son negativos, pero existen otras pruebas suficientes para demostrar la culpabilidad del autor, la persona todavía sería condenada.

Incluso si los resultados de la prueba son positivos, es posible que no se presenten ante el tribunal y, por lo tanto, ni siquiera sean aceptados como evidencia”¹⁸.

¹⁷ OM PRAKASH DWIVEDI, V. G. JULIE RAJAN –“*Human Rights in Postcolonial India*” 2016 - Political Science “*Experimental work need to be subjected to transparent review by an expert committee to evaluate the validity and reliability of the findings. Only after this, this technique might have the potential to be used as one of the investigative tools*”.

¹⁸ Puranik, DA, Joseph, SK, Daundkar, BB, Garad, MV (2009). Perfil de la firma del cerebro en la India. Es estado como una ayuda en la investigación y como evidencia corroborativa, como se ve en juicios. Actas del XX Conferencia de Ciencias Forenses de la India, 815-822, 15-17 de noviembre, Jaipur

Texto original “*Brain Electrical Oscillation Signature Profiling (BEOS) is certainly a useful test as an aid to investigation provided it has been conducted in a scientific manner. The results of the BEOS test, if positive, and if supported by other direct or circumstantial evidences can be accepted as corroborative evidence under Section 45 of Indian Evidence Act. If the result of the test are positive but are not corroborated with other direct or circumstantial evidences, then they are not substantive enough to convict an individual suspected of the charges of committing the crime. If the tests of the results are negative, and if they are not supportive of prosecution, the courts may consider that, the purpose for which the test was taken has not been served. If the test results are negative, but there is other evidence enough to prove the guilt of the perpetrator, the person would*

Otros países como Reino Unido, Alemania, Austria no admiten en este momento su utilización como medios de aportar prueba para juicio¹⁹.

ESPAÑA. En nuestro país no está contemplada ni regulada expresamente la utilización forense de estas técnicas neurocientíficas. Tampoco existe objeción *ab initio* para su introducción en el proceso como prueba pericial. Cosa distinta será los límites de su aplicación y el valor que pueda reconocérsele.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha expresado reiteradamente el rechazo de la técnica del Polígrafo. Por todas, la sentencia de 29 de septiembre de 2010 manifestaba “Como bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el presente motivo, el detector de mentiras o polígrafo no puede reemplazar la función de los Tribunales de valorar las pruebas practicadas en el acto del juicio oral bajo los principios de publicidad, intermediación y oralidad, y que se trata de una prueba que no tiene reconocida ninguna validez en el ordenamiento jurídico español.”

En ocasión más reciente ha declarado: “Desde la óptica material debemos tener presente que un instrumento de detección de mentiras carece de homologación científica oficial en nuestro país, como tampoco existe titulación oficial que avale su utilización y la fiabilidad de los resultados. Además -como certeramente aporta el Fiscal en su informe- la utilización de tales instrumentos, como de otras técnicas similares, ya sean exámenes o pruebas psicológicas, tendrían una dudosa constitucionalidad en atención al derecho a no declararse culpable proclamado en nuestra Carta Magna, que podría verse afectado, al tiempo que se pretendería de ese modo sustituir la función de valoración de la prueba, incluida la credibilidad del acusado, competencia exclusiva y excluyente de jueces y tribunales.” (STS 1 de febrero de 2017) se alegaba quebrantamiento de forma por negar la prueba solicitada.

Los conatos de aplicación hasta este momento son pocos y la frustración del resultado en los casos en que se ha intentado priva de pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En la primera ocasión que se utilizó la prueba fue en diciembre de 2013 a Antonio Losilla, el presunto asesino de su esposa en la localidad zaragozana de Riela. Según el auto del TSJA, el acusado no se sometió voluntariamente al “test de la verdad”, como señaló la Audiencia Provincial, sino que cuando fue informado de que se le iba a hacer la prueba manifestó que estaba “en total desacuerdo”, pero que se sometía a la misma por orden de su señoría “porque, si no, qué iba a hacer”. El TSJA resolviendo el recurso contra la adopción de la medida manifestó: “Una persona sometida a un proceso penal, puesta ante la decisión de la autoridad judicial, puede adoptar una actitud no obstativa, acatando la decisión de la autoridad, pero ello no impide considerar que esta actuación posterior resulta de la imposición antijurídica realizada”, por lo que entiende el tribunal que debía dejarse sin efecto la practica de la prueba P-300.

Por segunda vez se acordó la someter al mismo a uno de los condenados en el caso Marta del Castillo, Miguel Carcaño, mediando ya sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de enero de 2012, confirmada por el Tribunal Supremo, sentencia de 29 de enero de 2013. el Dr. José Ramón Valdizán proyectó a Miguel Carcaño imágenes para el hallazgo del lugar en que se encontraba enterrada la asesinada, mientras se medían las variaciones en la amplitud de la onda. Aunque de

still get convicted. Even if the test results are positive, they may not be submitted in court and hence may not even be accepted as evidence. <https://www.axxonet.com> › ... › BEOS Publications › Forensics. 14-10-2018.

¹⁹ Villamarín. Op. Cit. Con detalle y amplitud recoge el tratamiento que la legislación y doctrina científica hace de estas pruebas neurocientíficas en diversos países. pp. 97 y ss.

este modo se descartaron sitios referidos en sus distintas (siete) versiones por el condenado Miguel Carcaño, el cuerpo no se consiguió encontrar. La prueba se practicó en el hospital Miguel Servet de Zaragoza por el doctor citado facultativo.

En tercer caso se planteó en el secuestro de Publio Cordón por parte del Grapo y en 2009 el ex dirigente de la organización Fernando Silva reconoció que fue él quien cavó la fosa del empresario. El juez de la Audiencia Nacional no se negaba a la práctica de la prueba, siempre que la familia asumiera los gastos y el penado lo aceptara.

En algún otro procedimiento se ha solicitado, autorizándose su práctica judicialmente, y llegando a prepararse la prueba, quedando frustrada su realización en el último momento ante la revocación del consentimiento, en el entendimiento, sin duda acertado, que es eficaz en cualquier momento.

IV. LÍMITES CONSTITUCIONALES. DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Conflictos éticos

Sin pretender profundizar en disquisiciones filosóficas, sí interesa poner de manifiesto cierta diversidad de criterios, en cuál sea el entendimiento del concepto de cerebro y de mente, incluso la existencia de esta última. Considerado el primero como soporte físico por el que se objetivan las funciones de la memoria y se expresan diversos grados y profundidad de conciencia, se reserva para la mente capacidad de pensar, razonar, ordenar ideas, relacionarlas, concebir cosas y ver con y más allá de los sentimientos. Cabría añadir que la conciencia, es el amplio campo de acción en el que se mueve la mente. Esto correspondería a una concepción dualista. Conforme a la cual la mente no puede reducirse a nuestro cerebro. Así configurada nuestra mente tiene una dimensión inmaterial, espiritual, que incluye la consciencia y posiblemente un atributo trascendente. Las técnicas neurológicas detectan la actividad física, pero en el hombre existe algo más, complejos procesos de pensamiento intenciones que escapan a lo meramente físico o material.

En el punto opuesto el materialismo o reduccionismo, como concepción alternativa, sostiene que todo en nuestro universo está hecho de materiales físicos, incluyendo la mente o cerebro humano, y que los atributos espirituales no existen en el universo. Se entiende que hay dualidad entre ambos, todo se reduce al cerebro y a su actividad, a los impulsos eléctricos y las conexiones neuronales.

No faltan concepciones intermedias que pretenden conciliar una y otra postura y sobre todo las consecuencias que de ellas se derivan para el entendimiento de la propia identidad del ser humano²⁰. La postura que se adopte sobre la relación y diferenciación de la mente y el cerebro trasciende de la mera especulación dialéctica, alcanza a la concepción esencial del hombre, la existencia de libre albedrío o el dominio determinista y ¡cómo no! a la responsabilidad de sus acciones, incluidas las que integran figuras delictivas. También determina el significado alcance y límites que puedan tener las pruebas neurológicas, que la ciencia médica parece poder poner al servicio de la investigación criminal para descubrir la realidad de lo acaecido.

No puede negarse que en la actualidad la ciencia y su aplicación práctica, la tecnología, incrementan exponencialmente su presencia en nuestra cotidianidad, incidiendo en los más diversos ámbitos de los quehaceres que nos ocupa. Esta omnipresencia ha favorecido la percepción- en

²⁰ Villamarín, M.L. Op. Cit. pág 108, acoge la tesis de PARDO M.S. y PATTERSON, D. "*Minds, brains and Law*" New York 2013. Pág. 99 y 100.

cierto grado ilusoria o sobredimensionada- del ilimitado potencial de la ciencia, que, no sin cierta arrogancia, se reviste de absoluta fiabilidad. De suerte que la adjetivación como científico de un informe pericial le confiere tal credibilidad que casi se le reconocen un carácter irrefutable.

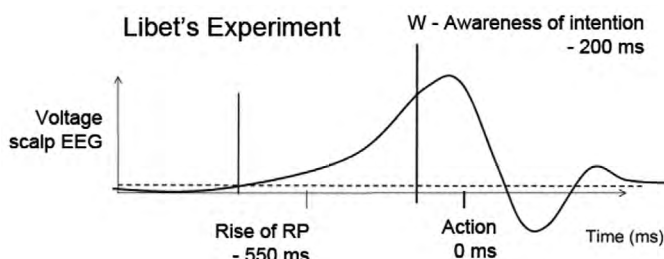
En ese sentido, refiere Rubia Vila “Se ha dicho que la humanidad ha pasado por tres revoluciones sociales que han supuesto un avance considerable. La primera, la revolución agrícola hace unos 10.000 años, cuando el hombre se asienta y comienza a labrar la tierra produciendo alimentos y creando las ciudades.

La segunda, la revolución industrial hace unos 250 años, con la invención de la máquina de vapor y la producción de mercancías y la extensión de los mercados.

Y en nuestro tiempo, la tercera revolución debida a la creación del microchip que dio lugar a la sociedad de la información con un intercambio de conocimientos antes desconocido. “A mi entender, nos aguarda una cuarta humillación, de la que hoy sólo vislumbramos su comienzo: la revolución neurocientífica que está poniendo en entredicho convicciones tan firmes como la existencia del yo, la realidad exterior o la voluntad libre”²¹. Concluye apodóticamente.

Las palabras del profesor Rubia Vila me parece que ilustran el calado de los planteamientos que, desde ese ámbito del saber humano, la neurociencia, se proyectan sobre otros, en lo que ahora nos incumbe, sobre el mundo del derecho en general y en particular sobre el derecho penal y procesal penal. Sin que pueda ignorarse la relevancia que tienen ya algunas de las nuevas técnicas estos ámbitos²².

En ese debate sobre la existencia de libre albedrío el llamado Experimento Libet (con sus posteriores réplicas) supuso un punto de inflexión. El neurólogo estadounidense Benjamín Libet centró sus investigaciones en el estudio de la actividad neuronal y las sensaciones umbrales de esta. El experimento de Benjamín Libet, ciertamente sencillo, consistió en reunir a un grupo de voluntarios, a los que dotó de electrodos que permitían registrar las señales eléctricas de sus cerebros. Cada uno de los voluntarios se encontraba situado frente a un cronómetro, y tenía que tomar en algún momento la decisión de mover un dedo. Después, debería indicar en qué posición se hallaba la aguja del cronómetro en el momento en el que resolvió mover el dedo. Momento que Libet identificó con el instante de la toma de la decisión.



Pues bien, el sorprendente resultado que se obtuvo en los experimentos de este tipo –realizados en la década de los ochenta del pasado siglo– fue que el momento señalado por los participan-

²¹ Rubia Vila, FJ “ *La revolución neurocientífica*”(13 de Septiembre 2011 Conferencia impartida por el autor en el 43º Congreso de la European Brain and Behaviour Society en Sevilla, 13 de Septiembre 2011.

²² FEIJO SÁNCHEZ Bernardo. “*Derecho penal y Neurociencia. ¿una relación tormentosa?*”. Pág 2. Barcelona 2011 Revista para el Análisis del Derecho. Resaltando la relevancia de las nuevas técnicas.

tes como el instante de la decisión consciente de realizar el movimiento, tenía lugar más o menos 350 milisegundos después de que empezara a registrarse el potencial de disposición. Y unos 200 milisegundos antes de su realización. La cuestión era si el cerebro habría tomado la decisión por su cuenta antes de ser consciente el propio individuo de esta. Y cuál sería el alcance de este hecho.

Para Libet este resultado entraba en conflicto con la existencia del libre albedrío. No obstante, concluyo que seguía existiendo, en tanto la persona mantenía el poder consciente de interrumpir libre y voluntariamente el movimiento. Sin embargo, algunos neurocientíficos concluyen del experimento de Libet, y sus posteriores réplicas, que no existe libertad en nuestra toma de decisiones y esto les lleva a afirmar que nuestros actos están determinados y no somos por tanto responsables de ellos. Se añade, no obstante, que todo nuestro tejido social está organizado de tal manera que no podemos prescindir de esta idea de responsabilidad individual sin atentar contra los cimientos mismos de nuestra organización social, de modo que proponen, no sin cierta ironía, que es mejor mantener la idea del libre albedrío a pesar de que es falsa. De este modo se dotaba la teoría del determinismo universal de una nueva dimensión, además ¡científica! La neurología daba un espaldarazo, que se pretende que definitivo, a la ausencia de libre albedrío, a las seculares concepciones deterministas.

Rebatiendo la tesis neurodeterminista que parten de estos experimentos, se ha puesto de manifiesto que no puede desconocerse que en el cerebro humano cada segundo tiene lugar acciones que no están dirigidas conscientemente. De hecho, son la mayoría, desde la respiración, el latido cardíaco, hasta la retirada de la mano de la llama que nos quema.

Asimismo, se argumenta que difícilmente cabe hablar de libertad de decisión en una situación que expresamente descarta la deliberación. Se indica a los participantes que realicen una acción y precisen el instante en que deciden ejecutarla. Pero, como señala Oler Gil, “una decisión libre es aquella que viene determinada (exclusivamente) por una deliberación previa. Sin embargo, las condiciones de los experimentos que hemos descrito aquí tienden a excluir cualquier proceso deliberativo”.

A esto habría que unir que se trata de experimentos carentes de compromiso para sus participantes. Ningún interés tiene en “presionar el botón” un segundo o el siguiente, más allá del compromiso adquirido con el director del experimento. Poco pueden tener en común estas situaciones con la presión de decisiones personales, menos todavía cuando de estados críticos tratamos, como la declaración que puede inculpar o exonerar a un individuo, quizás el mismo que se somete a la prueba, de la autoría del delito.

Parece evidenciarse que “Los resultados actuales de la investigación de los procesos cerebrales asociados con la toma de decisiones no son todavía relevantes para el tema de la libertad, pero no es descartable que lleguen a alcanzarse en el futuro resultados que sí lo sean. Por lo tanto, los filósofos que se ocupan de la libertad deberían mantenerse muy al tanto de lo que ocurre en los centros de investigación neurológica”²³.

A la clásica disyuntiva indeterminismo/ determinismo se añade, como término de nuevo cuño, el “neurodeterminismo”, con el marcado propósito de distinguir las novedosas aportaciones de la neurociencia del tradicional determinismo como tesis cosmológica. Los avances en las ciencias empíricas, esencialmente en la neurología, han venido a reforzar, dando una nueva dimensión, las tesis del determinismo. Se pretende que los descubrimientos neurocientíficos constituyen una demostración empírica de la inexistencia de libre albedrío, el espaldarazo científico a las tesis del

²³ Oler Gil, F. “*Relevancia de los experimentos de Benjamin Libet y de John-Dylan Haynes para el debate en torno a la libertad Humana en los procesos de decisión*”. Bremen Thémata. Revista de Filosofía. Número 41. 2009

determinismo universal. Todo está determinado y el hombre no es una suerte de isla de libertad en medio de un mundo regido por leyes físicas. Hay estados mentales no se explican fácilmente desde la concepción meramente física del hombre. Se distingue el estado mental inmaterial, del aspecto físico. Para algunos neurocientíficos, los experimentos tipo Libet abonan la tesis de que no existen estados mentales de más allá del cerebro y los procesos que en él tienen lugar.

Podría convenirse con Feijoo Sánchez que “Lo decisivo a efectos de responsabilidad penal no es si los seres humanos somos seres indeterminados o determinados –que lo somos-, sino la dimensión comunicativa de nuestro comportamiento como ciudadanos de cara a la estabilización de reglas esenciales de convivencia (del orden jurídico). Como se ha expuesto a lo largo del trabajo, sólo deberíamos prescindir de la culpabilidad si los neurocientíficos llegan a transformar radicalmente nuestro concepto de ciudadanía en una democracia deliberativa. Sin embargo, todavía no han podido poner en marcha este proceso de transformación social. Las neurociencias *podrán poner sobre el tapete nuevas aportaciones y no se va a negar que puedan conllevar una concepción sustancialmente distinta del hombre. Ello supondría un giro copernicano no solo del sistema jurídico penal, sino otras ciencias sociales. Pero lo cierto es que, en este momento, ha perfilado una nueva auto-comprensión del ser humano, y ello traerá consigo muchas novedades, pero ello no implica que tengamos que alterar revolucionariamente las bases de nuestra organización social. En este punto algunos neurocientíficos han dejado de hacer ciencia y han realizado un salto en el vacío jugando a ser científicos sociales.* La Ciencia del Derecho Penal no debería dar la espalda a las neurociencias por esta razón, sino que todos, incluidos los penalistas, deberíamos seguir maravillándonos con los espectaculares avances sobre el conocimiento del funcionamiento de nuestro cerebro que nos va a deparar este siglo. Ello nos permitirá conocernos mejor como seres humanos, incluso aunque dichos nuevos conocimientos no coincidan o sean incompatibles con ciertas concepciones culturalmente heredadas. Ya nos están demostrando los neurocientíficos que al cerebro le cuesta mucho cambiar de opinión y poco podemos hacer contra esa característica de la naturaleza humana”²⁴.

2. Derechos fundamentales comprometidos

Aceptando, siquiera a efectos dialécticos, la idoneidad de las técnicas neurocientíficas referidas para aportar información relevante, y salvando todas las objeciones que en este momento cabe hacer a su introducción en el proceso penal como medio probatorio, es ineludible considerar la colisión que puede existir en su aplicación por lo que a los derechos fundamentales.

Aunque la introducción de la prueba obtenida por fMRI o mediante el Test P300 parece encontrarse en una fase embrionaria, es importante detenerse en el examen de su conformidad con los derechos fundamentales y libertades públicas que proclama y ampara nuestro texto constitucional y cuya infracción conlleva la ilicitud de la evidencia obtenida ex artículo 11 LOPJ.

En un examen inicial se puede aventurar el compromiso cuando menos del derecho a no declarar y a no confesarse culpable (artículo 24.2 CE) y del derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE). Aunque también se ha indicado la posible afectación del derecho a la integridad física (artículo 15 CE), lo cierto es que la pruebas resultan completamente inocuas, sin precisar como otras inocular trazadores radiactivos, por lo que no es defendible la lesión de tal derecho. Tampoco el derecho a la libertad deambulatoria (artículo 17 CE) podría verse comprometido, atendida la duración. El tiempo

²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Op. Cit. Pág. 48. Bernardo. “Derecho penal y Neurociencia. ¿una relación tormentosa?”. Pág 48. Barcelona 2011 Revista para el Análisis del Derecho.

de práctica de la prueba no tiene por qué ser superior al que puede transcurrir en una simple declaración policial o judicial, en la diligencia de registro o muchas otras. Parece pues que el debate se centraría en el derecho a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable, a la presunción de inocencia y a la intimidad.

Centrado en ellos la decantación por una concepción dualista o materialista del cerebro. La identificación entre cerebro y mente nos llevaría a un postulado materialista. Conforme al cual todos los procesos cerebrales quedarían constreñidos al seguimiento de la actividad neuronal de nuestro cerebro, a las impulsos eléctricos y conexiones que en él acontecen, tanto la vida cognitiva como la volitiva o la espiritual quedarían reducidas al funcionamiento de nuestras células cerebrales. Consecuencia obligada sería el rechazo de la existencia de voluntad, de libre albedrío, de responsabilidad de los actos propios. No puede negarse que en ese escenario quedaría muy reducida la esfera de afectación de los derechos fundamentales. ¿Qué relevancia tendría que se declarara culpable cuando el concepto de culpabilidad habría que revisarlo hasta su exclusión? ¿Cómo podría defenderse la imputabilidad de un sujeto si el hecho tuvo lugar sin intervención de la propia determinación, de la propia voluntad, pues la “máquina” cerebral actuaría como si de un autómatas se tratara? Frente a los centros de poder poco podría oponer el individuo en defensa de la titularidad de sus derechos fundamentales, que quedarían más que cuestionados. Bien es verdad que quienes ostentaran la capacidad de decisión no serían sujetos de “mejor condición”.

Pero el examen de la utilización de las nuevas herramientas que la neurociencia nos facilita debe hacerse a la luz de la concepción del hombre que impera en nuestro ordenamiento jurídico penal y los derechos fundamentales y libertades públicas proclamados en la Constitución, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Tanto la fMRI, como el test P300 tienen como objeto acceder a los intrincados vericuetos del cerebro y al tan citado arcano que es la mente del individuo. En ello estriba precisamente la necesidad de extremar las cautelas de su aplicación, haciéndolo desde el prisma de los derechos proclamados en el texto constitucional, y el equilibrio entre todos ellos, que ha de perseguirse en toda investigación criminal. Bien es cierto que se ha argüido el carácter inocuo de las pruebas y su científicidad, pero está pendiente de precisar el alcance probatorio real que estas técnicas puedan llegar a tener, lo que no deja de ser una seria carencia importante para su defensa.

Conviene distinguir el momento procesal en el que se interesaría la realización de la prueba neurocientífica. Como la experiencia ha demostrado puede ser requerida tanto durante la investigación o la instrucción de una causa, como en fase de ejecución de una sentencia ya firme, durante el cumplimiento de la condena (caso Miguel Carcaño). El compromiso de los derechos fundamentales difiere en uno u otro supuesto. Esencialmente el derecho a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia. Otra variable que debe contemplarse es la fuerza probatoria real de estas técnicas. Sería importante delimitar con certeza qué datos se atisban de los que tiene registrados nuestro cerebro. Como nos muestra la psicología de la memoria, no disponemos un archivo gráfico documental de nuestra vida, como tampoco están impresas nuestras opiniones, deseos, temores, sentimientos... Estos últimos estarían en lo más íntimo de nuestra conciencia, pero hasta el momento, no se ha descubierto una técnica de intromisión que pueda hurtarnoslos. Los datos que podemos conseguir parece que quedarían reducidos a indicios. Como toda prueba indiciaria requeriría su complemento en un proceso de valoración que solo al juez o tribunal compete y se habrá de integrar con el resto del haber probatorio. Yendo al recurrente ejemplo de la exhibición del arma homicida a la persona sometida a la prueba, si el resultado es que existe una huella que indica que la hemos visto, esto puede suponer: que la teníamos en casa y alguien la tomó para el fin homicida, o que nos la encontramos al llegar al lugar del crimen, accidentalmente, que la

compramos por encargo de un conocido, que se la prestamos a otra persona, que nos servimos de ella para nuestros propósitos criminales... Por otra parte si no se halla la *buella cerebral* tampoco quedamos exonerados necesariamente, pues como admiten defensores y detractores, depende del funcionamiento de nuestra memoria. Por todos se acepta que no es perfecta y que puede poner trampas, siquiera sean involuntarias. Las hipótesis son variadas, y lo que no cabe afirmar es que la lectura de cualquiera de las dos pruebas vaya a ser la de una secuencia perfecta de lo ocurrido. Se tratará, en el mejor de los casos, de una o varias piezas del rompecabezas de la prueba disponible. Esta limitación no es baladí al tiempo de examinar la intensidad de la injerencia que su práctica puede suponer. Lo cierto es que no puede equipararse a la prueba de ADN, en la que tiene lugar una intromisión en la esfera íntima del sujeto, obteniendo información que ni siquiera él conoce, pero en la que ya se ha diferenciado ADN codificante y no codificante, estando el acceso limitado a la mera identificación. A lo que la precisión de la prueba. En caso de ofrecer un resultado positivo hay una posibilidad de error infinitesimal, mientras que los resultados que ofrecen tanto la fMRI como el Test P300 no son en igual medida concluyentes.

3. Derecho a no declararse culpable

Ciñéndonos a la posible vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo, ni declararse culpable, pueden contemplarse tres situaciones: que el sujeto se niegue a realizar la prueba, que acceda a ello, o que sea él quien lo solicita.

En el primer supuesto no parece que pudiera denegarse la práctica de la prueba, a riesgo de entrar en conflicto con otro derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva, sin sufrir indefensión. En tanto cupiera obtener un resultado que apoyara la exoneración de la persona sometida a la investigación, no puede negársele la posibilidad de utilizarla y aportar una prueba al proceso que acredite o abunde en su inocencia. Cosa distinta será la relevancia de la prueba, la admisión de su científicidad y la determinación de quién deba asumir el coste de esta. Sin perjuicio del valor probatorio que pueda reconocérsele. En cuanto al derecho a la presunción de inocencia, el primer interesado en permitir el acceso a los datos almacenados en su cerebro puede ser el investigado lo contrario sería negarle el derecho a la prueba y a la tutela judicial, siendo así que con la práctica del test podría acreditar su inocencia. El debate en ese punto tiene poco recorrido.

En el segundo caso, cuando la prueba sea acordada por el Juez de instrucción, interesada por el Fiscal o alguna acusación particular, si el afectado muestra libremente su acuerdo, tampoco podrá plantearse objeción alguna. El derecho a no declararse culpable- asimilando el resultado de estas pruebas a esa declaración, lo que hoy por hoy es mucho asimilar- es un derecho, no un deber, ni una prohibición. Si el acusado puede confesar y declararse culpable, de igual modo puede reconocérsele la capacidad para admitir esta práctica que hipotéticamente pueda incriminarlo, pero también exculparlo.

La tercera hipótesis es, sin duda, la más espinosa. Ante la negativa de la persona, solo puede plantearse la realización de la medida por orden judicial. Dado el escasísimo número de casos en los que se ha aplicado en nuestro país el test P300, sin que exista ningún pronunciamiento de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, disponemos de la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. En el caso Pilar Cebrián, por el juzgado de violencia que seguía la investigación se resolvió la realización de la prueba a su esposo, Antonio Losadilla, que estaba encausado en el procedimiento. La Audiencia Provincial de Zaragoza en que resolvió el recurso que se le planteaba declarando que la extracción de "datos cognitivos que únicamente se hallan en el cerebro del sujeto

debe ser considerada jurídicamente como una declaración, y sólo puede llevarse a cabo con la voluntad del sujeto, pues éste no está obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable”. Es importante esta resolución dado que en los términos en que se produjo, excluyó la práctica de la prueba que había acordado el juez, con el supuesto consentimiento del encausado. Entendiendo que el consentimiento prestado no era pleno ni libre, según los propios términos en que se dio.

“En cuanto a la posibilidad de asimilar la negativa al tratamiento dado a la prueba de ADN teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatorio o totalmente exculpatorio, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí sólo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador»²⁵.

En caso de negativa a someterse a la prueba, desde el sometimiento al contenido del art. 24 de la Constitución, habría de estarse a las restantes pruebas de cargo para poder motivar el fallo, sin que pudiera derivar consecuencia alguna de su negativa.

4. Derecho a la intimidad

En relación con el derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE), no puede negarse que la mente es el núcleo psicofísico del ser humano, lo más recóndito de su personalidad, precisamente el lugar que alberga el ámbito más reservado de la persona que es su intimidad. A esto se une que la persona no puede disponer ni controlar el contenido de su cerebro. Ni siquiera si este acceso no fuera autorizado, podría evitar- según se describen las técnicas neurológicas mencionadas- que se obtuviera información. Lo que llevaría a considerarlo un mecanismo claramente invasivo de la intimidad.

En esa tesitura incluso se ha negado la posibilidad de validar su práctica con el consentimiento del titular del derecho. Se exceptúa, eso sí, los casos en los que el propio investigado quien tenga la iniciativa de solicitar la medida como medio de acreditar su inocencia. Existen diferentes matices, no obstante “ en cierto sentido afín al uso judicial de pruebas científicas, se propone un exhaustivo control sobre las imágenes y sonidos que se le muestren al sujeto, de manera que este menoscabo en el derecho a la intimidad no pueda llegar a producirse y, en caso de que se produzca, respete rigurosamente el principio de proporcionalidad, algo que sucede siempre que exista un equilibrio entre intereses públicos –persecución del delito– y privados –intimidad personal o familiar–”²⁶. La misma autora advierte del riesgo de conseguir, junto a la información relacionada con el crimen investigado otros datos ajenos, pero igualmente pertenecientes al ámbito de su privacidad, aunque esto sucediera involuntaria y azarosamente, al mostrar estímulos “irrelevantes” para el caso, pero con otro significado reservado.

Esta posición puede entenderse extrema. Admitiendo esa hipótesis no puede concluirse que ni el propio consentimiento del sujeto habilite para la práctica del test, lo mismo podría objetarse de la entrada y registro en el domicilio personal y, desde luego, del análisis de ADN que puede siempre contiene una información personalísima del sujeto y en muchos casos desconocida por él mismo. Mayor riesgo incluso conllevaría la muestra de ADN, en poder del perito, quedaría una

²⁵ SÁNCHEZ RUBIO, Ana ADN “*El uso del test P300 en el proceso penal español: algunos aspectos controvertidos*”. RECPC 18-04 (2016), núm. 18-04, pp. 1-232

²⁶ SÁNCHEZ óp. cit.

información personal del individuo que no puede valorarse en términos económicos, y podría incluir datos que ni él conoce, e sobre los que tiene derecho tanto a que no se desvelen como a no conocerlos el mismo.

El consentimiento sería siempre el mínimo exigible, para que la práctica de cualquiera de las dos pruebas no deviniera ilícita, pero en todo caso sería habilitante.

Villamarín López distingue entre la práctica de la fMRI y el Test P 300. De la primera afirma, a tenor de los últimos descubrimientos, que la resonancia cerebral permite delimitar pensamientos generales, pero no tiene acceso a su contenido específico, por lo que entiende que muy pocas posibilidades existen de afectar a la información personal. Mantiene además cierto control del sujeto sobre los pensamientos persistentes²⁷. Considera menor el problema en el caso del *brain fingerprinting*, ya que los encefalogramas difícilmente pueden detectar procesos de pensamiento y, sobre todo, porque esta técnica se aplica a partir de información ya conocida por quien prepara y dirige el test". Por tanto, concluye "no hay afectación especial a la vida privada de los sujetos, más allá de lo que el Estado conoce y requiere como información necesaria para la persecución de los delitos cuya obtención está justificada".

Conviniendo, en todo caso, la necesidad del consentimiento informado para la práctica de estas pruebas, sería necesaria la asistencia de letrado para asegurar el conocimiento del alcance real de su decisión. Consentimiento, que como ya se ha visto, debe mantenerse hasta una vez practicada la prueba, momento hasta el cual, cabría la revocación. Parece que se impondría también, siguiendo el protocolo judicial de las pruebas científicas, el control de los estímulos, imágenes, sonidos, preguntas, de suerte que se eluda cualquier afectación del derecho a la intimidad. Y, al igual que con otras pruebas se habría de poner en la balanza los intereses públicos, de la sociedad, en su afán de prevenir el delito o protegerse de su comisión y los privados, de los que es titular toda persona que pueda ser sometida a estas pruebas.

5. Reconocimiento de nuevos derechos

El examen de la afectación de los derechos humanos, constitucionalmente amparados en nuestro país y la protección que se les deba dar, al tiempo de obtener y aportar pruebas en el proceso penal, quizás no colme la necesidad de tutela de ese reducto de intimidad, constituido por nuestro, todavía en gran medida ignoto, cerebro. El impulso y la velocidad con que las técnicas neurocientíficas vienen desarrollándose y ampliando constituye un escenario nuevo en continua evolución, que reclama platear siquiera la cuestión de la suficiente cobertura de la parcela más privada de nuestro ser.

Se ha instado una profundización en la tutela legal que tan sensible ámbito del hombre reclama. Así lo manifiestan M. Ienca y R. Andorno. Para estos autores, al igual que ocurrió con la revolución genética, la revolución de las neurociencias va a remodelar nuestras nociones éticas y legales. "En particular, afirmamos que la creciente sensibilidad y accesibilidad de los neurodispositivos va a requerir en los años venideros que surjan nuevos derechos o al menos un mayor desarrollo de los derechos tradicionales para afrontar los desafíos planteados por la neurociencia y la neurotecnología. El desafío, está dado porque estas tecnologías ofrecen posibilidades sin

²⁷ Op. cit. Villamarín. pág. 133. Cita a P. Lozev "To what extent is taking and the use of neuroscientific evidence compatible with the rights enshrined in the European Convention of Human Rights?" Newrolow Marble Research Papers (Maastricht University) vol. V. 2014, pág. 15 .

precedentes de acceder, recolectar, compartir y manipular información sobre el cerebro humano. Ello requiere una respuesta adecuada desde los derechos humanos y sus principios para prevenir consecuencias no deseadas.

(...)

Si bien la neurotecnología tiene el potencial de afectar los derechos humanos como la privacidad, la libertad de pensamiento, el derecho a la integridad mental, la libertad de discriminación, el derecho a un juicio justo o el principio contra la autoincriminación, el derecho internacional de derechos humanos no tiene todavía una referencia explícita a la neurociencia. En contraste con otros logros biomédicos, que ya han sido objeto de esfuerzos normativos a nivel nacional e internacional, la neurotecnología sigue siendo en gran medida una *terra ignota* para en el ámbito de los derechos humanos. No obstante, las implicaciones planteadas por la neurociencia y la neurotecnología para las características inherentes de los seres humanos, exigen una respuesta rápida y adaptada de las leyes de derechos humano”.²⁸

Destacan los esfuerzos de la comunidad internacional para abordar y regular los problemas dimanantes del acceso a los datos genético (UDHGHR). Fueron objeto de una nueva revisión en 2003 la *Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos* (IDHGD), que establece normas más específicas para la recolección de muestras biológicas humanas y datos genéticos. Es interesante observar que de la interacción entre la genética y los derechos humanos surgieron derechos completamente nuevos, como el ‘derecho a no conocer la información genética de uno’, que es reconocida formalmente por la UDHGHR (Art. Finalmente en 2005 se publica la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de 2005, que contiene principios aplicables no solo a la genética sino a otros temas biomédicos y de ciencias de la vida.

Consideran que la actual declaración de derechos humanos no resulta suficiente para afrontar estos desafíos y proponen cuatro nuevos derechos que pueden tener gran relevancia en las próximas décadas. Plantean su ampliación con el reconocimiento de otros que tutelen al hombre frente a estos nuevos métodos.

El derecho a la libertad cognitiva, como una prolongación del derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia. Tiene dos manifestaciones el derecho a usar las neurotecnologías emergentes y la protección de la persona frente a usos coercitivos o no consentidos de estas mismas tecnologías. Comprende la libertad de cambiar de pensamiento; la protección contra intervenciones de otros en la propia mente para proteger la integridad mental; y la obligación legal y ética del Estado de promover la libertad cognitiva.

El derecho a la privacidad mental, con el que interesa “proteger cualquier dato o información del cerebro acerca de un individuo registrada por un neuro dispositivo y compartida por el ecosistema digital. Este derecho protegería las ondas cerebrales no sólo como datos sino también como fuente de información. Además, no sólo cubriría los datos cerebrales conscientes sino también los datos que no están (o solo lo están parcialmente) bajo control voluntario y consciente de la persona. Finalmente, garantiza la protección de la información cerebral en ausencia de una herramienta externa para identificar y filtrar esa información”.

El derecho a la integridad mental, en tutela de la dimensión mental del hombre frente a potenciales ataques. Se ha introducido en referencia a ello la expresión *hackeo* malicioso del cerebro “*malicious brainhacking*”, abarcando aquellos actos que pudiera influir en el funcionamiento de los neurodispositivos a los que tenga acceso de los que o se sirva una persona.

²⁸ IENCA, M y ANDORNO, R “*Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*” Life Sciences, Society and Policy (2017).

El *derecho a la continuidad psicológica*, busca preservar la propia identidad y la modificación de conducta provocada por terceros. En referencia a la “estimulación profunda del cerebro” (*deep brain stimulation*) o de manipulación de la memoria. Se menciona aquí el llamado “secuestro del cerebro” (*brainjacking*), que sería una modificación de la actividad cerebral personal por acceso no autorizado a neurodispositivos por terceros y que podrían significar un robo de información mental y afectación de la privacidad mental, cese de la estimulación y daños en tejidos o en funciones motoras e incluso alteraciones del control de los impulsos, modificación de emociones o afectos, inducción al dolor. De modo que ampara la la continuidad de los pensamientos habituales, preferencias y opciones, a través de la protección de las funciones neuronales subyacentes.

Ienca asume que puede parecer pronto para protegernos de los *brain hacker* o del robo de nuestras ideas y pensamientos, pero insiste en que es mejor anticiparse. No podemos permitirnos retraso en la implementación de medidas de seguridad. “Es siempre muy pronto para valorar una tecnología hasta que súbitamente es demasiado tarde”.

V. CONCLUSIÓN

En el momento actual el análisis de la afectación de derechos fundamentales de proclamación constitucional por las nuevas técnicas neurológicas es una hipótesis de trabajo, el anticipo de un problema que todavía no se ha delimitado con precisión. Esto es así porque, como se ha visto, a pesar la relevancia y alcance de las pruebas neurocientíficas en el campo de la medicina y su incesante y valiosísimo perfeccionamiento en el diagnóstico de patologías severas, en lo que al acceso al pensamiento a la memoria y los datos codificados en nuestro cerebro concierne, estamos en un estadio inicial; cuando menos en la obtención de información concluyente para responder a los interrogantes que surgen en un proceso penal. No puede negarse que estos hallazgos son muy sugerentes, como tampoco que en los próximos años pueden desvelarse nuevos datos que permitan mirar con nitidez en el interior de nuestro cerebro. Pese a lo cual por esa “ventana”, que refería Hans Berger, abrió el encefalograma, todavía no se acierta a ver la “película de los hechos” con la certeza deseable. No se trata de anatemizar los postulados de la ciencia, ni menos aún desconocer los logros de trabajos, investigaciones y estudios neurocientíficos publicados. Muy al contrario, los apasionantes resultados imponen su seguimiento a corta distancia. Debe existir una plena disposición a incorporarlos al mundo del Derecho, en toda la amplitud que permita alcanzar la mayor conformidad entre la verdad procesal y la verdad material. Pero sin omitir cautelas, ni claudicar, sin examen previo a las conclusiones obtenidas con técnicas todavía en fases incipientes.

Al tiempo no será ocioso hacer focalizar ese seguimiento en la determinación del alcance real de los logros, el modo en el que se accede a la información albergada en cada cerebro y pasarlo por el tamiz de los derechos constitucionalmente proclamados, en un amplio y comprensivo entendimiento de estos, que dé real cobertura a la protección de la persona. Ponderadamente se ha de precisar hasta qué punto nuestra sociedad sigue valorando esos derechos y, como en otros casos, buscar el equilibrio que entre estos y la prevención y castigo del delito. Hemos de decidir con qué fines y en qué condiciones estamos dispuestos a tolerar el acceso y la utilización de la información albergada en nuestro cerebro, quién estará autorizado para hacerlo y hasta dónde se podrá llegar en la captación de esos datos.

Influencia de la Constitución en la función tuitiva del Derecho del trabajo

ASUNCIÓN GÓMEZ MARTÍN

Fiscal del Tribunal Supremo

SUMARIO

I. Introducción. II. Carácter tuitivo del derecho laboral. III. Jurisprudencia Constitucional. IV. Jurisprudencia Tribunal Supremo. V. Reforma del mercado laboral.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución de 1978, que entró en vigor el 29/12/78 y supuso la formalización de un estado social y democrático de derecho tras la larga dictadura que instauró la guerra civil, *consagra el derecho al trabajo en el art. 35 cuando dispone que “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*. Para comprender el alcance del precepto hay que tener en cuenta lo que dispone el art. 53 de la propia CE al establecer que los derechos y libertades comprendidos en el capítulo segundo del Título I “vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161, 1 a)” (recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas). Sin embargo, y según dispone el propio art. 53, no se concede a este derecho constitucional al trabajo la protección especial que supone la posibilidad de los ciudadanos de recabar su tutela ante los tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, o la posibilidad de acudir al recurso de amparo ante el TC, lo que el art. 53 limita a los derechos regulados en la Sección Primera del Capítulo Segundo y en el art. 14. Sí están bajo tal cobijo el derecho a la sindicación y el de huelga, consagrados en el art. 28 CE.

Lo que se pretende a través de este trabajo es proponer una reflexión sobre los cambios que la protección del derecho al trabajo como derecho constitucional ha supuesto respecto al panorama previo, en el que uno de los puntales del Derecho del Trabajo era su carácter tuitivo, de protección a la parte más débil de la relación laboral, el trabajador, marcado carácter de esta rama del derecho durante la dictadura, en la que la existencia del pleno empleo era uno de los símbolos más precocinizados del régimen político, todo ello bajo un prisma marcadamente paternalista.

II. CARÁCTER TUITIVO DEL DERECHO LABORAL

Este carácter responde a la perspectiva de que el derecho laboral es un ordenamiento compensador de las desigualdades entre las partes del contrato de trabajo, que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador y al que responde la figura del “in dubio pro operario”. Este principio general ha sido relacionado por la Jurisprudencia Constitucional con los arts. 1 y 9.2 CE, como una justificación de la presencia de determinadas desigualdades normativas, tanto materiales como procesales, que compensan las desigualdades entre las partes del contrato de trabajo. Este principio se desarrolla en el ámbito de la interpretación de las normas de modo que, ante la posibilidad de diversas interpretaciones de la misma norma, habrá de optarse por la más favorable al trabajador, todo ello con la precisión de que el principio que analizamos sólo se viene aplicando en supuestos de duda en la interpretación de la norma y con la finalidad, constitucionalmente expresada, de fomentar la igualdad entre las partes del contrato de trabajo, de modo que la interpretación sólo se reconduce al terreno del “In dubio” siempre y cuando el espíritu y finalidad de la norma sea tuitiva, de modo que en la misma subyazca la finalidad de restablecer el equilibrio entre las partes del contrato de trabajo, debiendo reseñarse que el derecho del trabajo hoy en día cumple, además de la función protectora a la que nos venimos refiriendo, otras funciones relacionadas con la organización del sistema de relaciones de trabajo en las que en muchos supuestos priman el interés de la empresa o de la productividad, facilitando la flexibilidad de la relación de trabajo, como así se evidencia en que la propia Constitución estableció como derecho de los ciudadanos la libertad de de empresa (art. 38). De hecho, el carácter tuitivo del derecho del trabajo ha quedado claramente postergado en las modificaciones legislativas que con carácter general han venido en llamarse “reforma laboral” y que tuvieron lugar a lo largo del año 2012, y que han modificado materias tan sensibles como los despidos objetivos (causas económicas, organizativas o productivas), de modo que el juez ha de primar la existencia de las causas del despido sobre el interés del trabajador en mantener su puesto de trabajo, perdiendo la norma su finalidad tuitiva.

III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Haremos en este punto referencia a la doctrina sostenida por el TC sobre la materia:

— Ya en la STC (Pleno) de 25-1-1983, rec. 222/1982, que estima la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala Sexta del Tribunal Supremo contra el art. 170 del Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, al tratar de determinar si el mencionado precepto es contradictorio con los derechos fundamentales proclamados en los arts. 14 y 24.1 CE, efectúa las siguientes consideraciones: El art. 170 LPL impone como requisito indispensable para la preparación del recurso de casación frente a las sentencias dictadas por las Magistraturas de Trabajo, la consignación previa del importe de la condena, incrementada en un 20%. La norma, en coherencia con lo dispuesto en materia de gratuidad por el art. 12 de la propia Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el 14 LEC, establece un tratamiento claramente diferenciado para el trabajador y el empresario, pues mientras impone a éste la consignación en todos los supuestos que resulte condenado a satisfacer el pago de cantidades, exime a aquél de tal obligación en iguales casos. El Tribunal analiza si la diferencia de tratamiento entre trabajador y empresario suscita la posible incompatibilidad con el art. 14 CE y si la propia existencia de la

consignación como obstáculo para la interposición de un recurso plantea la presunta violación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. Pone de manifiesto el TS al respecto, que el art. 14 CE, que consagra la igualdad de todos los españoles ante la Ley, prohíbe la discriminación, entre otros factores, por cualquier condición o circunstancia personal o social, estando indudablemente incluidas en ellas, la cualidad de empresario o trabajador. Pero tal precepto no establece un principio de igualdad absoluta que pueda omitir tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal. Y, mucho menos, que excluya la propia necesidad del establecimiento de un trato desigual que recaiga sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales y tengan por función precisamente contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que en tal caso, la diferencia de régimen jurídico no sólo no se opone al principio de igualdad sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad. Esta es la situación que subyace en la cuestión debatida, pues la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación. Se trata, pues, de una desigualdad subjetiva a la que atiende el ordenamiento jurídico mediante un tratamiento diferenciado, y que no se quiebra por la contemplación aislada de supuestos excepcionales realmente existentes en que la elevada cualificación del trabajador, su remuneración o su relativa autonomía en la prestación del trabajo, reduzcan o maten las respectivas posiciones de las partes. El legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socio-económica del trabajador respecto al empresario, pretende reducirla mediante el *adecuado establecimiento de medidas igualatorias*. *De todo ello deriva el específico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el Derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales, ideas que encuentran expresa consagración en el art. 9.2 CE cuando impone a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas”*. Partiendo a estos efectos del carácter tuitivo del Derecho laboral, y de la relación entre las normas procesales y sustantivas para obtener iguales finalidades, que justifican la singularidad del proceso laboral y que aseguran al trabajador, parte más débil de la relación de trabajo, una mayor accesibilidad a la jurisdicción, es evidente que su más fácil tutela conlleva una disminución de la tutela de la contraparte, proporcionada y razonable, a la vez que apoyada en los principios fundadores de la Constitución y que, por lo tanto, no puede estimarse inconstitucional.

— La STC, Sala 1ª, de 26-3-1984, rec. 330/1983, estima parcialmente el recurso de amparo y considera que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, religiosos reclamantes de relación laboral. Según el TC, la sentencia impugnada debió prevenir a las partes ante quién y cómo deben hacer uso de los derechos e intereses legítimos que pudieran corresponderles, en relación con los actos de cese de su actividad laboral. Se pone de manifiesto que el art. 3 LPL establece que cuando el Magistrado de Trabajo se considere incompetente para conocer por razón de la materia, dictará auto declarándolo así, y previniendo al demandante ante quién y cómo puede hacer uso de su derecho; añadiendo su pfo. 2º que igual declaración deberá hacer al dictar sentencia, absteniéndose en tal caso de entrar en el conocimiento del fondo del asunto. Ello es así,

entre otros extremos, por el carácter tuitivo de la legislación laboral, que lleva a entender, de acuerdo con una interpretación finalista acorde con el art. 3.1 CC, que la declaración de incompetencia en el orden laboral debe hacerse previniendo al demandante ante quién y cómo puede hacer uso de su derecho

— La STC de 27/01/94, rec. 1312/90, estima el recurso de amparo planteado por un capitán de buque, personal de alta dirección, que ha sido despedido por pérdida de confianza del empleador en virtud de una Ordenanza Laboral sobre buques congeladores, anterior al régimen jurídico especial del personal de alta dirección (R.D. 1.382/1985, de 1 de agosto). El Tribunal otorga el amparo poniendo de manifiesto que “el principio de igualdad puede resultar vulnerado cuando los Jueces y Tribunales aplican la norma jurídica con un criterio interpretativo que ocasione o al menos no corrija una desigualdad de trato discriminatoria en relación con otras situaciones válidamente comparables, si la norma aplicada permite una interpretación distinta, admisible en Derecho, que permita eliminar el factor de desigualdad no justificado...En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 C.E.), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo (SSTC 123/1992, 98/1993 y 177/1993)...”. Por tanto, esta resolución conecta la función tuitiva del Derecho del Trabajo con el propio Estado de Derecho.

IV. JURISPRUDENCIA TRIBUNAL SUPREMO

También la Sala IV de nuestro Alto Tribunal ha examinado el contenido de la función tuitiva del Derecho del Trabajo:

— Ya en sentencia de 17/11/80, nº 230/80, en recurso de casación interpuesto en un proceso sobre despido, el Alto Tribunal pone de manifiesto que . En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 6/02/81, nº 488/81.

— En sentencia de 5/11/82, recurso de casación que tenía por objeto una reclamación de cantidad que la empresa debía abonar a un fondo de previsión social, pone de manifiesto que tal aportación voluntaria debía de calificarse de mejora voluntaria integrada en la relación contractual, no revistiendo el carácter de mera liberalidad sino de una contraprestación con la finalidad de mantener un clima satisfactorio entre los elementos que participan en la producción, en aras de la consecución de la paz social, y desde el momento que se incorpora un beneficio de tal naturaleza en un contrato de trabajo no está autorizada la empresa por su propia voluntad para restringirlo o abolirlo, resultando exigible y obligatorio, surgiendo así en la vida del derecho un vínculo perfecto con la eficacia jurídica que le otorga el art. 1091 del C. Civ., y reflejo del que es principio básico en el derecho laboral, como tuitivo de los trabajadores, que comporta que cualesquiera condiciones más beneficiosas que las empresas otorguen o reconozcan de hecho, se incorporen al nexo de trabajo y han de ser respetadas como derecho adquirido en tanto subsista la relación contractual.

— En sentencia de 16/02/93, el TS resuelve en relación a una petición de una pensión de invalidez en la que el demandante, debido a un error, hace su demanda sobre una base reguladora inferior a la legal, pese a lo que la sentencia recurrida le otorga según la base legal, lo que entiende el recurrente que le ha producido indefensión y supone una incongruencia proscrita por

el art. 359 LEC. La Sala de lo Social realiza una interpretación del referido precepto alejada de un planteamiento formalista en base al analizado principio tuitivo que rige el derecho laboral, ya que, mantiene la Sala que dicho precepto no contiene una exigencia puramente formal, sino que tiene una justificación de fondo para garantizar el ejercicio de los derechos, lo que impone huir de un planteamiento formalista que exija que el Fallo se ajuste literalmente a lo pedido en el Suplico, sino que más bien debe adecuarse sustancialmente a lo solicitado. Se pone de manifiesto que esta tendencia interpretativa alejada de una rigidez formalista debe operar, si cabe, con mayor laxitud, en el proceso laboral, y este criterio se debe mantener, pues estando inspirado este proceso en el principio dispositivo, ese principio está matizado por varios preceptos procesales que tienen su raíz en el principio de impulso de oficio, como es la posibilidad de iniciar procesos a instancia de la autoridad laboral, la facultad del Juez de no aprobar la conciliación, aunque las partes se avengan, la advertencia de defectos en la demanda, el otorgamiento de la palabra a las partes a discreción del Juez, la posibilidad de que éste ordene continuar una prueba, aunque esté renunciada por la parte, etc. Además de lo anterior, en el proceso laboral se ventilan derechos que, en gran parte, son irrenunciables por virtud de lo dispuesto en los artículos 3.5 del Estatuto de los Trabajadores y 69 de la Ley General de la Seguridad Social, y si por virtud de la congruencia el Juez aceptara peticiones inferiores a los mínimos reconocidos en normas de derecho necesario, podría estar consagrando una renuncia de derechos que sería inválida según los artículos indicados y que nunca podría ser subsanada por efecto de la cosa juzgada (art.1.251 del Código Civil)

— En sentencia de 10-4-1995, rec. 546/1994, en la que se debate el cómputo general de la antigüedad en la empresa para los trabajadores que, contratados inicialmente de forma temporal, extinguieron sus contratos para reincorporarse luego a la empresa, tras un intervalo no superior a 1 mes, como trabajadores fijos, la Sala defiende que el breve lapso temporal no supone la ruptura del vínculo ya que así lo abona el carácter tuitivo del ordenamiento laboral, por la necesidad de atender a un criterio realista sobre la subsistencia del vínculo y no sólo a la manifestación de la voluntad extintiva de las partes, voluntad que para el trabajador puede estar seriamente condicionada por la posibilidad de pérdida del empleo si no acepta la extinción de la primera relación. En el mismo sentido la sentencia de de 20/12/99, rec. 4122/98. El mismo criterio se sigue en la sentencia de 20/11/2000, rec. 4261/99, en la que la Sala, resolviendo sobre un plus salarial, pone de manifiesto que la interpretación de las normas ha de orientarse en la dirección de no limitar en principio a los trabajadores fijos los conceptos retributivos que tienen su origen en el tiempo de trabajo desarrollado, cuando no existan razones especiales que pudieran justificar una diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos a los citados efectos. Así lo aprecian en el caso de autos, al quedar acreditado que los actores vinieron prestando sus servicios para el organismo demandado, aunque a través de sucesivos contratos con carácter temporal, pero de forma ininterrumpida, de manera que la relación laboral seguía siendo la misma desde su inicio. Esta doctrina ha culminado en la reciente Jurisprudencia, basada en la seguida asimismo por el TJUE, sobre la aplicación del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE entre los trabajadores temporales y los fijos.

— En sentencia de 17/01/96 la Sala acude a la función tuitiva del derecho laboral para concluir, a efectos del cómputo de antigüedad, que la sucesión de contratos temporales no implica la existencia de relaciones laborales diferentes, y ello por la necesidad de atender a un criterio realista sobre la subsistencia del vínculo, y no sólo a la manifestación de la voluntad extintiva de las partes, voluntad que para el trabajador puede estar seriamente condicionada por la posibilidad de pérdida del empleo si no acepta la extinción de la primera relación.

— En sentencia de 27/04/99, rec. 4985/97, recurso de casación unificadora en el que se debate si son susceptibles de renuncia o disposición todos los derechos reconocidos en convenio colectivo,

la Sala pone de manifiesto *que la difícil convivencia de distintas normativas rectoras de la relación laboral, y de las normas con los pactos derivados de la autonomía de la voluntad del trabajador aislado, como consecuencia del carácter tuitivo del Derecho del trabajo, el legislador otorgó primacía a la norma colectiva sobre el pacto individual, de modo que se establecieron limitaciones, tanto respecto a la autonomía del trabajador, como a la doctrina del respeto a los actos propios, que a este respecto se recogen en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo párrafo 5 dispone que: «Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo».*

— En sentencia de 10/06/03, recurso de casación unificadora nº 1866/02, en la que se discute el carácter laboral de un accidente, la Sala indica que el artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social (presunción a favor de la laboralidad del accidente ocurrido en tiempo y lugar de trabajo) persigue llevar a cabo la finalidad tuitiva del trabajador en materia de accidentes de trabajo, traducida, por otra parte, en las especialidades que respecto al accidente de trabajo se contienen a propósito de los requisitos de alta y cotización en los artículos 124.4 y 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social. Parte de esa finalidad tuitiva se manifiesta en los artículos 124.4 y 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social, y parte se satisface a través del artículo 115 mediante el juego de presunciones que eximen al trabajador de acreditar la existencia del accidente en tanto concurren las más evidentes premisas, tiempo y lugar de trabajo, imponiendo a las empresas y entidades gestoras la carga de la prueba destructiva de las presunciones.

— En sentencias de 23/06/04, rec. 4391/02, y de 10/05/16, rec. 1015/05, se pone de manifiesto que mientras que el pacto de sumisión expresa a los órganos jurisdiccionales de un determinado territorio es contrario a la finalidad tuitiva del ordenamiento social, en cuanto que puede perjudicar a la parte débil de un contrato que es frecuentemente un contrato de adhesión, la sumisión tácita respecto de un proceso concreto ya existente no está contraindicada en el proceso laboral, habida cuenta que en la gran mayoría de los supuestos los demandantes son los trabajadores y que los demandados son libres de aceptar o no tal sumisión tácita. La sumisión expresa no puede ser aceptada en el ámbito de las relaciones laborales, pues la misma no se ajusta ni compagina, en absoluto, con la estructura, naturaleza y fines del contrato de trabajo. El Derecho del Trabajo tiene, como es sabido, una finalidad protectora y tuitiva de la parte más débil de la relación laboral, que es el trabajador, y esa finalidad protectora se vería gravemente quebrantada si se admitiese en el ámbito de la misma la sumisión expresa. Téngase en cuenta que bien en el momento en que se concierta el contrato de trabajo, por razón de la necesidad del trabajador de conseguir un empleo, bien ya vigente tal contrato dada la situación de preeminencia y superioridad que en la relación de trabajo tiene el empresario, puede éste forzar al empleado a que acepte una cláusula contractual por la que se disponga que los conflictos que entre ellos puedan surgir sean resueltos por los Jueces o Tribunales de una determinada circunscripción territorial, a pesar de que el acceso a esos concretos Tribunales o Jueces sea especialmente dificultoso para dicho trabajador. De esta forma se hace más difícil para éste el ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que proclama el art. 24 de la Constitución, en lo que atañe a los posibles conflictos que puedan surgir en la aplicación y ejecución de su contrato de trabajo. Es claro, pues, que en las relaciones laborales no es posible admitir la validez de los pactos de sumisión expresa. Además, en las cláusulas y acuerdos de sumisión expresa se decide, con carácter general, sobre todo conflicto que en el futuro pueda producirse en relación con la materia a que tales pactos se refieren, por lo que se fijan, definitivamente y sin posibilidad de rectificación, unas pautas que van a incidir decisivamente en muy distintas situaciones que se van a producir en el futuro, cuyo sentido y consecuencias es imposible prever con exactitud en el momento actual.

— En el recurso de casación unificadora nº 3483/05, resuelto por sentencia de 26/10/06, al tratar de la legitimación para recurrir, y haciendo referencia a la doctrina del “gravamen” como presupuesto procesal básico en todo recurso, la existencia de un gravamen o perjuicio real y efectivo, no meramente teórico, para la parte que lo formula; se argumenta por la Sala del TS que la verdadera causa del recurso es el interés del recurrente, siempre que sea un interés personal, objetivo y directo; tal interés se encuentra en el hecho de haber sido perjudicado por la resolución judicial contra la que se recurre, por lo que la condición que determina la causa del recurso es el vencimiento en la instancia o instancias judiciales precedentes; de ahí, que el vencido pueda siempre recurrir, si la ley lo permite y no puede hacerlo el vencedor que, por definición, no ha sufrido ningún perjuicio con la decisión del juez o tribunal inferior, planteamiento acorde al art. 24.1 CE, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva a toda persona que ejercite “sus derechos e intereses legítimos”, sin que en modo alguno se haya cuestionado la legitimidad constitucional de la jurisprudencia del orden social, que viene manteniendo como regla general que carece de legitimación para recurrir en suplicación quien obtuvo Sentencia favorable, al faltar en este caso interés para recurrir. No obstante, pone de manifiesto el Alto Tribunal que, tras la entrada en vigor de la nueva LEC/2000, se impone una línea más flexible a la vista de lo que precisamente dispone en los arts. 448.1) y 13 (el tercero interviniente en el proceso podrá recurrir , que llevan a pensar en una mayor extensión de la tradicional legitimación para recurrir, puesto que si se admite que pueda recurrir las resoluciones quien originariamente ni siquiera era “parte” -el tercero interviniente- cuando las “estime perjudiciales a su interés”, esa laxitud parece igualmente predicable respecto de quien es y ha sido siempre propiamente “parte” en el proceso, más cuando el precepto habla de “La sentencia pone de manifiesto que en esta flexibilización incide la configuración tuitiva del trabajador, en cuanto característica del derecho del trabajo.

— En la sentencia de 15/09/10, rec. 2289/09, se debate el derecho a percibir la prestación por maternidad por adopción de la hija de la pareja, ya incorporada e integrada en la unidad familiar, razón por la que el INSS deniega la prestación, al no existir la necesidad de integración en la que se basa el descanso maternal por acogimiento o adopción. La sentencia mantiene que la tesis del Instituto Nacional de la Seguridad Social supone una interpretación restrictiva de los artículos 48.4 del ET y 133 bis de la LGS, ya que los mismos establecen el derecho al descanso y subsiguiente subsidio en los casos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente de menores de seis años, sin excluir supuesto alguno, siendo tal interpretación incompatible con el carácter tuitivo del sistema de la Seguridad Social que opera ante situaciones de necesidad abstracta, sin exigir del beneficiario que acredite su concurrencia efectiva.

— Examinaremos finalmente la sentencia de Pleno de 24/11/15, rec. 1681/14, que resuelve un despido colectivo. En esta resolución la Sala efectúa un examen pormenorizado de la Jurisprudencia sobre los despidos colectivos, dimensionando su función en la aplicación de las normas surgidas en la reforma laboral del año 2012, y decantándose claramente por una aplicación de la norma que no la aleje del carácter tuitivo tradicional de este derecho. Pone de manifiesto la sentencia que en aquellos supuestos en los que la concurrencia de la causa del despido pueda afectar a una pluralidad de trabajadores, una vez delimitadas las causas y sus ámbitos de afectación entre el personal, corresponde al empresario determinar qué contratos deben ser extinguidos para conseguir la mejor optimización de los recursos humanos en la empresa. En esa labor, situada en el terreno de la idoneidad u oportunidad, la decisión empresarial no debe ser sometida a censura judicial. Esta es la principal conclusión que se desprende de la STS de 19 de enero de 1998 (Rec. 1460/1997) que, tras excepcionar la preferencia de los representantes de los trabajadores o las eventuales previsiones de la negociación colectiva, textualmente proclama que . De la misma manera, y con cita de la

sentencia anterior, la STS de 15 de octubre de 2003 (Rec. 1205/2003) señaló que ". Ahora bien, se afirma en la resolución que examinamos que eso no significa que el poder del empresario sea absoluto e ilimitado: Una cosa es que se le permita, de manera amplia, gestionar las crisis, adoptando al efecto las decisiones que estime más oportunas y adecuadas para sus necesidades, decidiendo qué tipo de intervención realiza y con qué alcance; y, otra bien distinta, es que ello le confiera un poder absoluto de intervención en las condiciones de los trabajadores y en la propia subsistencia de los vínculos contractuales. Con carácter general, se señala que no sólo cabe un control sobre la concurrencia de la causa alegada, sino que es necesario, además, un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva comprobando si las causas alegadas y acreditadas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, también, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial. Continúa la Sala argumentando que respecto de la conexión entre la causa acreditada y la concreta elección del trabajador despedido, la decisión empresarial queda sujeta en primer lugar, al respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y al principio de no discriminación. En segundo lugar, entrarán en juego los límites genéricos de la buena fe contractual y, especialmente, los relativos al abuso de derecho y el fraude de ley que siguen estableciendo los artículos 6 y 7 CC. En tercer lugar, habrá que atender al sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo; limitándose el ulterior control judicial a la valoración de la adecuación del volumen de empleo a la situación resultante de la causa acreditada, de suerte que la causa económica, técnica, organizativa o productiva actúe sobre la plantilla creando la necesidad de reducir puestos de trabajo (STS de 17 de julio de 2014, Rec. 32/2014). Mantiene la Sala que esta posición tradicional de la Sala resulta plenamente adecuada a la legislación vigente, siendo absolutamente respetuosa con la dimensión constitucional de la institución extintiva que se examina y con los compromisos derivados de la normativa internacional aplicable. Desde la perspectiva constitucional, los artículos 35.1 y 38 CE condicionan el régimen extintivo del contrato de trabajo por causas atinentes al funcionamiento empresarial, condicionamiento que el Tribunal Constitucional ha integrado al señalar que "; de este modo, ". Ello hace que deba existir la posibilidad de una reacción adecuada contra el despido o cese pues, en caso contrario, se ". Precisa la Sala del Alto Tribunal que no supone, sin embargo, que únicamente el interés del trabajador esté presente en la ordenación del régimen de la estabilidad en el empleo, pues ello sin perjuicio, claro, que ello no permita ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad "ad nutum" de despido (STC 192/2003, de 27 de octubre con cita de las SSTC 22/1981, de 2 de julio y 20/1994, de 23 de febrero). Finalmente abunda la Sala en que el artículo 4 del Convenio 158 OIT establece un principio de causalidad en la terminación de la relación de trabajo por decisión empresarial y en su artículo 9.1 afirma que los organismos nacionales encargados de verificar la integridad de este criterio deben quedar habilitados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada; pero resulta especialmente relevante a los presentes efectos que el apartado 3 de ese mismo artículo 9 contenga una regla especial para el control de los despidos basados en "", que se mueve en la línea de posibilitar que la legislación y práctica nacionales determinen en cada Estado firmante el alcance que corresponde al control judicial y que, resultando inexorable el control de la existencia de la causa, el control de suficiencia puede establecerse o no, y en el caso de que se instaure, puede establecerse en mayor o menor medida; esto es, con el alcance que determine la legislación de cada Estado. En esta línea, la documentación elaborada en el seno de la propia OIT (Protección contra el despido injustificado, 1995, apartado 214) pone de

manifiesto que este precepto permite, en consecuencia, que cada país limite los poderes que tiene el organismo competente, cuando examina si la terminación está justificada, de ejercer un control sobre la decisión del empleador en cuanto al número de trabajadores de su empresa.

— Finalmente haremos referencia a la sentencia de 18/07/18, rec. 2228/15, que resume la Jurisprudencia relativa a la presunción de laboralidad que establece el art. 8 ET, precepto que responde de forma plena al carácter tuitivo que impregna la relación laboral. Esta sentencia pone de manifiesto que los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes, de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo (SSTS 08/10/92 -rcud 2754/91 -; 20/03/07 -rcud 747/06 -; 27/11/08 -rcud 3599/06 -; 23/11/09 - rcud 170/09 -; 20/07/10 -rcud 3344/09 -; 25/03 / 12 -rcud 1564/12 -; y 22/10/13 -rcud 308/13 -). La presunción “*iuris tantum*” de laboralidad que el art. 8.1 ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe, queda delimitada en su art. 1.1, distanciándola de otras instituciones o figuras jurídicas próximas al calificar de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurren, además de elemental voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia, cuales son, la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios.

Podemos decir, a modo de conclusión, que el derecho del trabajo o laboral es la rama del ordenamiento jurídico más transversal, y la única que afecta a todos los ciudadanos de cualquier organización política, puesto que ámbitos como el de la Seguridad Social o las relaciones de trabajo nos acompañan a lo largo de toda nuestra vida, siendo consustanciales a todas las comunidades humanas organizadas políticamente; y que presenta una complejidad jurídica derivada precisamente de la diversidad normativa y del inmenso ámbito de influencia. En este trabajo se trata de poner el énfasis en un aspecto muy concreto, la función tuitiva, protectora de la parte más débil de la relación laboral, el trabajador, y en concreto el modo en que nuestra Constitución haya podido influir en el desarrollo de tal función. Hemos de poner de manifiesto previamente que hemos hecho referencia con anterioridad exclusivamente a las sentencias en las que se argumenta explícitamente sobre el principio objeto de estudio, pero que son incontables las resoluciones en las que se aplica el principio “*pro operario*” sin hacer expresa referencia al mismo.

De la Jurisprudencia expuesta se desprende que la función tuitiva de esta rama del derecho, en el caso del TC ha sido tenida en cuenta al amparo de los arts. 14 y 24 CE, tanto en materia procesal, al defender la facilidad de acceso a los recursos por parte del trabajador (gratuidad, derecho a la información por parte de los tribunales que permitan la adecuada reacción del mismo), como en la defensa de acciones adecuadas para permitir reacción ante las decisiones extintivas del empresario. En cuanto al TS se observa que se hace primar el principio “*pro operario*” sobre el de igualdad de los contratantes; que las mejoras voluntarias concedidas por el empresario pasan a formar parte del contenido del contrato de trabajo; la no existencia de incongruencia en las resoluciones dictadas en materia de Seguridad Social cuando integran lo solicitado por el trabajador que por error solicita menos de lo que legalmente le corresponde; el criterio seguido sobre la subsistencia del vínculo laboral cuando existen lapsos temporales breves entre los contratos suscritos, y la primacía de la norma colectiva, fruto de la negociación que aparece consagrada en el art. 37 CE, que garantiza el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

La CE recoge al mismo nivel el derecho al trabajo que, como ya hemos expuesto con anterioridad, se regula en el art. 35 CE y que establece que , y la libertad de empresa que se regula en el art. 38, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y ordena a los poderes públicos que garanticen y protejan su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Es en la tensión entre estos dos derechos, el del trabajo y la libertad de empresa, donde se produce la mayor conflictividad en la aplicación del carácter tuitivo de nuestro ordenamiento laboral.

V. REFORMA DEL MERCADO LABORAL

La reforma del mercado laboral, que se produjo en el año 2012 a través del RDL 3/12, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral y de la Ley 3/12, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, suponen una piedra de toque para el mantenimiento de un estatus que ampare los derechos que en el ámbito de las relaciones laborales venían disfrutando los trabajadores por cuenta ajena. Ambas disposiciones normativas responden, tal y como se expresa en sus Preámbulos, al telón de fondo de la crisis económica que arrasa España desde 2008, crisis sin precedentes que supuso una gran destrucción de empleo en un sistema en que el paro se ha convertido en un mal endémico y de carácter estructural, no meramente coyuntural. Según se expone en el Preámbulo de estas normas la reforma se propone garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa, como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social. La lectura de lo ocurrido, después de 6 años de aplicación de la reforma, varía según los sectores económicos y el sesgo político de quien efectúa el análisis, pero no podemos por menos de aseverar desde el terreno de la práctica de los tribunales, que la función tuitiva del derecho del trabajo ha cedido ante la presión de los intereses económicos en juego, muchos de ellos supranacionales, que justificaron la modificación en septiembre de 2011 del art. 135 CE.

La reforma laboral afecta de un modo fundamental al mundo del trabajo, potenciando de forma más que evidente el poder de dirección y el “ius variandi” del empresario. En las normas que la componen se agrupan una serie de medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas cuyo objetivo, tal y como se expresa en las Exposiciones de Motivos, es fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa. Estas medidas afectan al sistema de clasificación profesional, que pasa a tener como única referencia el grupo profesional con el objetivo de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y facilitar la movilidad funcional ordinaria; se simplifica la distinción entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas, y se incluye la modificación sustancial de funciones, y de estructura y cuantía salarial, como causa de extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización; se afianza la suspensión del contrato de trabajo y reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, dándole agilidad mediante la supresión del requisito de autorización administrativa; en materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultractividad de los convenios colectivos. En este supuesto la norma no deja lugar a dudas cuando en la Exposición de Motivos de la Ley 3/12, se pone de manifiesto que así como se hace referencia a la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad, tal y como se deriva del art. 38 de la Constitución Española.

Lógicamente, la reforma ha afectado de un modo muy especial a la extinción del contrato de trabajo, y en concreto al despido colectivo, que hasta esta reforma exigía un expediente administrativo y conllevaba posibles impugnaciones administrativas y judiciales; la reforma suprime la necesidad de autorización administrativa, manteniendo la exigencia de un período de consultas, pero sin exigirse un acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder a los despidos. Ello se acompaña de una asimilación de estos despidos colectivos con el resto de despidos a efectos de su impugnación y calificación judicial, con la particularidad de que se prevé una acción para la que están legitimados los representantes de los trabajadores y que permitirá dar una solución homogénea para todos los trabajadores afectados por el despido. También se introducen innovaciones en la justificación de estos despidos, ciñéndose la Ley a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas. La reforma afecta asimismo a las indemnizaciones que pasan, en el supuesto del despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, a 33 días, con un tope de 24 mensualidades; y a los salarios de tramitación, manteniendo la obligación empresarial de abonarlos únicamente en los supuestos de readmisión del trabajador, bien cuando el empresario escoja esa opción ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo.

Del examen de lo anteriormente expuesto, parece obvio que en la pugna entre los arts. 35 y 38 CE la reforma del 2012, ante el panorama de crisis económica internacional, se decanta claramente por el refuerzo de la libertad de empresa dentro de la economía de mercado, en detrimento de los derechos individuales del trabajador como parte más débil de la relación laboral, sin perder de vista en ningún momento el principio de estabilidad presupuestaria que consagra el reformado art. 135 CE, ya que la reforma ha afectado en gran medida al Sector Público, en el que se ha producido un importante adelgazamiento de sus trabajadores a través de despidos colectivos, así como de la paralización de la oferta pública de empleo.

Ante este panorama legal y social, es de apreciar la labor efectuada por la Jurisprudencia para, precisamente en aplicación de la función tuitiva del Derecho del Trabajo, tratar de aportar algo de equilibrio a la relación laboral. Así, pese a que en la Exposición de Motivos de la Ley 3/12 se pone de manifiesto que el control judicial, tanto de los despidos colectivos como de los individuales por causas objetivas, debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de las causas, es reiteradísima la Jurisprudencia de la Sala IV en la que se matiza enormemente tal intención, como en la sentencia de 13/07/17, rec. 25/17, en la que se pone de manifiesto que tras la reforma laboral de 2012, a los tribunales corresponde emitir un juicio no sólo sobre la existencia y la legalidad de la causa alegada, sino también acerca de la razonable adecuación entre la causa acreditativa y la acordada, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de “oportunidad” que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta (art. 24.1 CE), determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales. La Sala del Alto Tribunal defiende que ha de concluirse que corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Una situación económica negativa cualquiera y por sí misma no basta para justificar los despidos de cualquier número de trabajadores.

Abundando en esta materia, la Sala IV, en sentencia de 25/06/14, rec. 165/13, reflexiona sobre el alcance de la reforma operada en la materia por la normativa de 2012, tendente sin duda alguna a flexibilizar este tipo de despidos (colectivos), y dice que la modificación legal no significa que haya desaparecido la conexión de funcionalidad, aunque hayan desaparecido las justificaciones finalistas precedentes, que obligaban a consideraciones prospectivas difíciles de acreditar, ya que ahora la situación económica negativa o los cambios en la demanda de productos o servicios, que la empresa pretenda colocar en el mercado, deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretendan extinguir, puesto que dicha relación es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del art. 4 del Convenio 158 de la OIT, el cual exige de modo perentorio que no se pondrá término a la relación laboral, a menos que exista causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Así pues, la justificación del despido económico o productivo exigirá la superación de tres fases por las empresas: a) Acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado; b) Determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir, y c) Probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad. Por consiguiente, la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causa económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa, o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, pero requerirá acreditar la concurrencia de la causa económica y productiva, que son las causas más anudadas entre sí, como viene sosteniéndose por la mejor doctrina, así como razonar de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación la razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios.

En sentencia de 6/07/16, rec. 155/15, establece la Sala IV en relación con la pérdida de vigencia de los convenios colectivos, que el último inciso del art. 86 ET dispone: “. La norma se limita a disponer que si hay un pacto en contrario, aunque haya transcurrido un año desde que se denunció el convenio, este no pierde vigencia. Donde la Ley no distingue no hay que distinguir y la norma no ha establecido especificación alguna respecto a que el “pacto en contrario” tenga que haberse suscrito con posterioridad a que hubiera vencido el convenio, sino que se limita a permitir que el “pacto en contrario” evite que el convenio, tras ser denunciado y no haberse suscrito uno nuevo en un año, pierda vigencia. Tal interpretación prima la aplicación de lo acordado en convenio colectivo, reconoce la primacía de la autonomía de las partes plasmada en la negociación colectiva sobre la regulación legal ajena a dicha voluntad y que únicamente debe ser aplicada en defecto de aquella. Si hay pacto expreso, contenido en el Convenio Colectivo, que prevé la prórroga de la ultraactividad hasta que se alcance un nuevo convenio, se aplica dicho pacto y no la pérdida de vigencia del convenio prevista en la norma, aplicable en defecto de pacto.

Habremos de concluir de lo anteriormente expuesto que el hecho de que la Constitución de 1978 haya elevado a la categoría de constitucional el derecho al trabajo, al realizarlo sin preferencia sobre el de libertad de empresa y en el marco de un sistema de economía de mercado, con defensa de la productividad que ha de ser garantizada por los poderes públicos, no garantiza que la normativa que regula la relación laboral tenga siempre en cuenta que las partes de la misma tienen una situación asimétrica, siendo a los Tribunales a quienes corresponde hacer una interpretación y aplicación de la norma que, en lo posible, equilibre la diferente posición de trabajador y empresario, y haga realidad un principio que siempre ha regido el Derecho Laboral como es el de su carácter tuitivo.

Constitución y proceso de amparo constitucional. La actuación de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional

ISABEL GUAJARDO PÉREZ

Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional

SUMARIO

I. Introducción. II. Naturaleza del recurso de amparo. III. Los actos susceptibles de impugnación. Las distintas vías del recurso. IV. Legitimación. V. La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional y su intervención en el proceso de amparo constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

En el 40 Aniversario de la Constitución de 1978, el presente artículo tiene como objeto el poder ofrecer una visión general del proceso de amparo constitucional de los derechos y libertades fundamentales de la persona, desde la perspectiva de las funciones del Ministerio Fiscal, a quien el artículo 124 de la Norma Fundamental, confiere el papel de garante de tales derechos y libertades y, con especial referencia a la actuación que en este proceso constitucional tiene atribuida, la cual es ejercitada a través de una Fiscalía especializada que actúa en exclusiva ante el Tribunal Constitucional.

El Constituyente ha configurado un modelo de justicia constitucional concentrada en el que se atribuye a un órgano constitucional, diferente de los Juzgados y Tribunales que integran el Poder Judicial, y con competencia en todo el territorio español, el ejercicio exclusivo de la denominada jurisdicción constitucional. Este órgano es el Tribunal Constitucional al que la Constitución dedica el Título IX, en el que se establece su estructura, y competencias, sin perjuicio de que en el artículo 165 de la CE se prevea su desarrollo por una Ley Orgánica del Tribunal (LO 2/1979, 3 octubre, en adelante LOTC).

La opción del Constituyente por un modelo de jurisdicción constitucional concentrada, residiendo en un órgano específico con competencia en todo el territorio de la Nación, no fue objeto de controversias en el proceso de elaboración del Texto Constitucional, favoreciendo la clara decisión por este modelo la concurrencia de dos factores: de un lado, el breve antecedente del Tribunal de Garantías Constitucionales que establecía la Constitución de 1931 en su Título IX y ,de otro lado, la influencia del entorno más próximo de cultura constitucional, en el que se impone la atribución a un órgano específico de las funciones propias de la justicia constitucional. Dentro de este marco

de influencias aparecen las razones propias que en nuestra Constitución determinaron la atribución de la jurisdicción constitucional a un Tribunal específico: 1) La apuesta por un modelo de Estado con descentralización territorial, en el que aparece como pieza clave un Tribunal que asuma la resolución de los conflictos que resulten del nuevo modelo de organización territorial; 2) la importancia que se atribuye a la justicia constitucional como instrumento para garantizar un nuevo modelo de Estado democrático y su continuidad y, 3) la supremacía de la Constitución como norma jurídica y la atribución a la justicia constitucional de la función de garantizar su integridad frente a la intervención de los propios poderes constitucionales creados por la Norma Fundamental.¹

A diferencia del antecedente de Tribunal de Garantías Constitucionales, diseñado por la Constitución de la República de 1931 (artículo 121 de la Constitución de 1931), que fue dotado de unas competencias que excedían de las convencionales atribuidas a la justicia constitucional, al atribuirle competencias de enjuiciamiento propias de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Constitucional que configura la Constitución de 1978 asume las funciones constitucionales convencionales; dentro de estas competencias que se enumeran en el artículo 161 de la Constitución de 1978, está el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la CE, en el que nos centraremos en este texto.

II. NATURALEZA DEL RECURSO DE AMPARO

La regulación del recurso de amparo constitucional para la protección de los derechos y libertades fundamentales a los que se refiere el artículo 53.2 de la CE (reconocidos en los artículos 14 a 29, así como la objeción de conciencia del artículo 30, que hoy ha dejado de tener virtualidad), es desarrollada por la LOTC 2/1979 en sus artículos 41 a 58.

La doctrina viene a poner de manifiesto que no obstante la denominación de “recurso” que utiliza el propio texto constitucional y la LOTC para referirse al mismo, sería más acertado el hablar de “proceso” de amparo, puesto que la primera nota inherente al mismo es la de su autonomía respecto de lo resuelto previamente en la instancia judicial. No estamos ante una nueva y última instancia revisora de las decisiones de los Jueces y Tribunales, sino ante un proceso autónomo, cuyo objeto exclusivo es pronunciarse sobre la posible vulneración de los derechos y libertades fundamentales, estableciendo el contenido y alcance de los mismos, preservándolos y restableciendo a su titular en su integridad.

El Tribunal Constitucional en su primera sentencia, la 1/1981, de 26 de enero, vino a establecer la definición del objeto, el contenido y la finalidad del proceso de amparo constitucional en términos que son perfectamente trasladables al actual recurso de amparo, así en el FJ 2 de esta sentencia se establece:

“La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando por las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio proclamado en el artículo 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art 1 de la LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional en el

¹ José María Morales Arroyo y Esperanza Gómez Corona. Manual de Derecho Constitucional. Ed Tecnos 2011.

ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos. En este punto es suficiente, en lo que ahora importa, el recordar lo que dicen los arts 9.1 y 53.1 de la Constitución española. La invalidación de los actos conculcadores de los derechos y libertades de los arts 14 al 29 y 30.2, el reconocimiento de los estos derechos de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado y el restablecimiento del agraviado en la integridad de su derecho o libertad, son contenidos posibles y, desde luego, obligados su hubiera derecho a ellos, de la sentencia de amparo (art 55 LOTC)”.

Esta definición del proceso de amparo acierta a establecer los rasgos esenciales de su naturaleza y de su propio alcance, que excede de la dimensión subjetiva de protección del derecho fundamental que corresponde a su titular. Se pone de manifiesto su carácter autónomo, que viene dado por la especificidad de su objeto y finalidad, pero también su naturaleza subsidiaria, en cuanto que el amparo constitucional solo procede cuando las vías de protección preferente ante la jurisdicción ordinaria no obtengan satisfacción. No es posible acudir, directamente, a la vía de amparo constitucional para obtener la protección y restablecimiento de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados, sino que deberán haberse agotado los mecanismos legales de protección pertinentes en sede judicial.

El pronunciamiento del Alto Tribunal en la citada STC 1/1981, también va a destacar que el recurso de amparo constitucional tenía ya desde su origen una dimensión objetiva relevante, que trasciende a la protección del derecho del que es titular el agraviado. A través del recurso de amparo constitucional se garantiza la integridad de la Norma Fundamental, en cuanto que se define por el intérprete supremo de la misma el contenido y alcance del precepto constitucional que reconoce el derecho o libertad alegado en el recurso, vinculando dicha interpretación del precepto a todos los poderes públicos (artículos 9.1 de la CE, y 1. 4 y 87.1 de la LOTC).

Es importante resaltar que el recurso de amparo no es en sí mismo un instrumento válido para cuestionar la constitucionalidad de las leyes, no es un proceso de control de constitucionalidad de las normas, sin embargo, cuando la lesión del derecho o libertad fundamental invocado trae causa directa de la aplicación de la norma legal, la decisión del proceso de amparo quedará suspendida, para dar paso a un proceso de constitucionalidad a través del mecanismo del autoplanteamiento por el propio Tribunal Constitucional de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la citada norma o disposición legal (artículo 55.2 de la LOTC).

1. La dimensión objetiva del recurso de amparo tras la reforma de la LO 6/2007. Concurrencia de especial trascendencia constitucional

El rasgo más relevante de la importante reforma de la LOTC realizada por la LO 6/2007, de 24 mayo, fue el que afectó a la regulación del recurso de amparo que adquirió una primordial dimensión objetiva, a través de la expresa incorporación del requisito de la especial trascendencia constitucional, para que pueda estar justificado que el Tribunal entre a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada en el recurso. Esta nueva dimensión objetiva del amparo constitucional se vio acompañada de un paralelo refuerzo de su carácter subsidiario, centrado en la mayor exigencia de que la protección de los derechos y libertades fundamentales, a los que se refiere el artículo 53.2 de la CE, pueda hacerse efectiva por los Jueces y Tribunales, otorgando al incidente de nulidad de actuaciones, que se vino a regular en el artículo 241 LOPJ, un papel trascendental en la nueva configuración del recurso de amparo. Este nuevo incidente de nulidad de actuaciones no es un

mero trámite formal para agotar la vía judicial y poder acceder al amparo constitucional, sino que es un verdadero instrumento procesal para garantizar la definitiva protección y restablecimiento de los derechos fundamentales en sede judicial, teniendo en cuenta que la necesaria concurrencia del requisito de especial trascendencia constitucional impedirá, en algunos casos, que el Tribunal pueda pronunciarse sobre la lesión del derecho fundamental ocasionada. El Tribunal Constitucional ha venido poniendo de relieve en su doctrina la importancia que tiene el correcto tratamiento y resolución de los incidentes de nulidad de actuaciones por los órganos judiciales y ha destacado que su inadecuada inadmisión o desestimación puede dar lugar a una nueva y autónoma lesión del derecho fundamental, distinta de aquella que motivó la interposición del incidente.²

Se han producido numerosas críticas doctrinales respecto de la incorporación de este nuevo requisito de la especial trascendencia constitucional, llevando a algunos autores a considerar que esta nueva regulación del recurso de amparo constitucional podía convertirse en el cauce irremediable para una paulatina muerte del recurso de amparo, como garante máximo de los derechos y libertades fundamentales de las personas, a la vez que como instrumento adecuado para garantizar el equilibrio de los poderes públicos. Algunos autores han basado su crítica en la propia justificación que de la nueva regulación del recurso de amparo ofrece la Exposición de Motivos de la LO 6/2007, que conecta la reforma con la necesidad de dar solución al problema funcional que estaba produciendo en el Tribunal Constitucional el exponencial número de recursos de amparo.

Se estima, en algunos casos, que el nuevo presupuesto de la especial trascendencia constitucional viene a suponer la introducción de manera encubierta de un “sistema de *certiorari*”, pues permite al Tribunal mediante un juicio preliminar sobre la concurrencia de la especial trascendencia constitucional decidir, discrecionalmente, sobre los temas que considera merecen su pronunciamiento, aunque también se matiza que esto también podía producirse en la anterior regulación del amparo constitucional a través del requisito entonces exigido del contenido constitucional del recurso.³

Por parte de algunos Magistrados eméritos del Tribunal Constitucional se puso de manifiesto en relación con la reforma operada por LO 6/2007, que desnaturalizaba el recurso de amparo y su función constitucional de garantía de los derechos y libertades fundamentales, el priorizar la nueva dimensión objetiva del recurso y considerar la especial trascendencia un presupuesto inexcusable para la admisión de los recursos de amparo.⁴ En otro caso, se destacaba que la objetivación del recurso de amparo no permite considerarlo como un recurso plenamente objetivo, pues su configuración constitucional en el artículo 53.2 de la CE es la de ser un instrumento para la garantía de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.⁵ En este sentido, la propia doctrina del Tribunal Constitucional viene reiterando tras la reforma de 2007, que la nueva dimensión objetiva del recurso de amparo no le ha privado de su dimensión subjetiva y sigue siendo presupuesto inexcusable para la viabilidad del recurso que haya existido una vulneración de los derechos fundamentales.⁶

² SSTC 2/2013, 9/2014, 204/2014 y 208/2015.

³ Luis Díez Picazo y Ponce de León “La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial” XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional .Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 2010.

⁴ Eugeni Gay Montalvo. Voto particular de la STC 155/2009.

⁵ Pablo Pérez Tremps “El recurso de amparo”, 2ª ed Tirant lo Blanch, 2015.

⁶ ATC 272/2009, de 26 noviembre.

2. La configuración del requisito de especial trascendencia constitucional por la doctrina del Tribunal Constitucional

No obstante, las críticas que ven en el requisito de la especial trascendencia constitucional una manera encubierta de establecer un “sistema de *certiorari*”, que otorga al Tribunal plena discrecionalidad para decidir los recursos sobre los que va a pronunciarse, debemos analizar si en realidad el nuevo presupuesto de la especial trascendencia constitucional ha supuesto la adopción por el Tribunal de un sistema de libre discrecionalidad en la admisión de los recursos de amparo.

A la hora de valorar si el Tribunal Constitucional ha venido a acomodar la nueva regulación del recurso de amparo y la concurrencia del requisito de especial trascendencia constitucional a un sistema de libre discrecionalidad, debemos poner de manifiesto en primer lugar, que frente al concepto indeterminado de especial trascendencia constitucional y frente al carácter también indeterminado y abstracto de los criterios que establece el propio artículo 50.1 b) de la LOTC, al vincular la apreciación de la especial trascendencia con la importancia de la decisión del recurso para la interpretación de la Constitución, su aplicación o su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales, el Tribunal ha señalado que estos conceptos indeterminados y abiertos le otorgan un amplio margen de apreciación.

Esta manifestación del Tribunal sobre el amplio margen de apreciación que el legislador le ha atribuido, al no establecer una definición concreta y reglada del nuevo requisito de la especial trascendencia, que le lleva también a expresar en sus resoluciones que es facultad exclusiva del Tribunal apreciar la concurrencia de este requisito de especial trascendencia constitucional⁷, no permite, sin embargo, apreciar que el Tribunal haya modulado este requisito de especial trascendencia, como habilitante de un sistema de libre discrecionalidad para la admisión de los recursos de amparo constitucional.

Como pone de manifiesto Margarita Beladiez Rojo,⁸ la ausencia de una configuración legal reglada del requisito de la especial trascendencia constitucional se ha visto reemplazada en la práctica por la posición que ha sido adoptada por el propio Tribunal Constitucional respecto de este presupuesto. Cabe resaltar que el Tribunal ha venido a establecer en su propia jurisprudencia los criterios que sirven para delimitar el concepto indeterminado de la especial trascendencia constitucional. Constituye un referente en la delimitación e interpretación de la especial trascendencia constitucional la STC 155/2009, 25 junio, en la que el Tribunal estableció un catálogo abierto de criterios para determinar la concurrencia de la especial trascendencia constitucional, si bien estos criterios tenían como principal objetivo avanzar en la interpretación del presupuesto de la especial trascendencia y orientar a quienes al interponer un recurso de amparo deben cumplir con la carga de justificar la concurrencia de este requisito, lo cierto es que el Tribunal en la práctica de sus resoluciones viene utilizando estos criterios como criterios reglados que el mismo aplica para apreciar la concurrencia de este requisito. La utilización de los criterios que el Tribunal estableció en la STC 155/2009, se hace explícita, tanto en el trámite de admisión de los recursos, como en las sentencias en las que de manera más extensa el Tribunal precisa el supuesto de especial trascendencia constitucional que concurre en el concreto recurso, incluso, aunque las partes no hayan puesto óbice a la concurrencia del presupuesto de especial trascendencia constitucional; de otra parte también el

⁷ SSTC 96/2010, 127/2013, 29/2014, 47/2014, 49/2015, 54/2015, 77/2015, 167/2015, 203/2015, 75/2016, 76/2016, 77/2016, 84/2016, 124/2016 y 103/20126. 6/2017, 14/2017, 22/2017, 30/2017, 70/2017, 71/2017, 128/2017.

⁸ “El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional” XXII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2018.

Tribunal utiliza estos criterios al resolver los recursos de súplica que, en su caso, son formulados por el Fiscal frente a las decisiones de inadmisión del recurso, por no apreciarse que concurre el requisito de especial trascendencia constitucional.

La explicitación por el Tribunal en sus resoluciones del criterio de especial trascendencia que debe ser apreciado, o cuya concurrencia considera que no se da en el concreto recurso, aplicando las propias reglas que el Tribunal estableció en el fundamento jurídico segundo de la STC 155/2009⁹, responde al requerimiento que hizo el TEDH en la sentencia “*Arribas Antón*” de 20 de enero de 2015. Esta explicitación generadora de jurisprudencia del Alto Tribunal, permite dotar al nuevo régimen de admisión del recurso de amparo de una mayor certeza y seguridad jurídica, a la par que rechazar que el Tribunal haya optado por utilizar el amplio margen de apreciación que el legislador le ha atribuido para delimitar el requisito de la especial trascendencia constitucional, para configurar un sistema de amparo constitucional fundado en un “*sistema de certiorari*”.

Es importante resaltar que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que si en uno de los motivos alegados en el recurso de amparo se aprecia la concurrencia de especial trascendencia constitucional, el pronunciamiento de fondo del Tribunal no quedará limitado a este motivo, sino que se extenderá a todos los motivos alegados por el recurrente en su demanda, aunque en los demás no se dé la concurrencia de este presupuesto.

En cualquier caso, debe admitirse que la vitalidad del recurso de amparo constitucional va a depender de la forma y flexibilidad con la que el Tribunal Constitucional aborde en cada momento este requisito de la especial trascendencia constitucional, unido a la convicción de que, consolidado en nuestro país un sistema democrático, el recurso de amparo constitucional sigue siendo un instrumento válido para garantizar la pervivencia de ese sistema dado que los derechos fundamentales constituyen uno de los pilares esenciales en los que descansa el Estado de Derecho.

III. ACTOS SUSCEPTIBLES DE IMPUGNACIÓN. LAS DIFERENTES VÍAS DEL RECURSO DE AMPARO Y SUS PLAZOS

El objeto del recurso de amparo son solo los actos o decisiones de los poderes públicos a los que se imputa la vulneración de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 de la CE (artículo 41.2 de la LOTC). No es posible impugnar, directamente, la vulneración de derechos fundamentales causada por los particulares, aunque la misma puede acceder al amparo constitucional a través de la posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que se produzca al reclamar contra esta lesión en vía judicial.

En todo caso es necesario que la vulneración del derecho fundamental que se invoca en el recurso de amparo sea una lesión real y efectiva, no pudiendo plantearse el recurso con carácter cautelar en previsión de una posible o potencial vulneración del derecho fundamental.¹⁰

Se contempla una diferente vía para la interposición del recurso de amparo según que la imputación de la lesión de los derechos y libertades fundamentales se realice contra las disposicio-

⁹ Cabe agrupar estos criterios interpretativos de la especial trascendencia en distintas categorías así: a) de desarrollo de los derechos fundamentales (cuestiones novedosas, o necesidad de cambio y precisiones en la jurisprudencia); b) de aplicación de la doctrina constitucional por los poderes públicos y, en particular, por los Tribunales; c) vulneraciones de derechos que derivan de las propias normas legales; d) criterio residual y abierto cuando el recurso plantee una cuestión relevante y de general repercusión social o económica o tenga consecuencias políticas generales.

¹⁰ STC 28/2014, FJ 3.

nes, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de la Administración, o la imputación de la lesión se realice contra los actos u omisiones de los órganos judiciales. En el primer caso y, sin perjuicio, de tener que agotar la vía judicial previa contra los actos administrativos a los que se atribuye la vulneración del derecho, para poder recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional, la vía del recurso de amparo es la que contempla el artículo 43 de la LOTC. En el supuesto de que la lesión de los derechos fundamentales se impute, directamente, a los actos u omisiones de los órganos judiciales, una vez agotada la vía judicial utilizando los medios de impugnación legalmente previstos, la vía del recurso de amparo es la contemplada en el artículo 44 de la LOTC.

La utilización de una u otra vía para la interposición del recurso de amparo tiene como principal nota diferenciadora el distinto plazo de interposición del recurso de amparo, pues en el caso de recursos contra los actos de la Administración, el artículo 43 de la LOTC establece un plazo de 20 días para la interposición del recurso, mientras que en el supuesto en que se impugna la lesión de derechos fundamentales atribuida, directamente, a los órganos judiciales, el plazo de interposición que establece el artículo 44 de la LOTC es de 30 días. Cuando el recurso atribuye la vulneración de los derechos o libertades fundamentales que se invocan a los actos de la Administración y, al mismo tiempo atribuye directamente a las decisiones de los órganos judiciales en la vía judicial precedente otras lesiones autónomas de derechos fundamentales, se estará en presencia de un “recurso de amparo mixto”, cuyo plazo de interposición será el de 30 días que se corresponde con el mayor plazo de la vulneración de derechos atribuida directamente a las decisiones judiciales.

En relación con el cómputo de estos plazos y la previsión establecida por el artículo 85.2 de la LOTC, que contempla la posibilidad de presentar los recursos de amparo hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el Pleno Tribunal Constitucional en la STC 88/2013, vino a modificar la interpretación que había establecido en la anterior STC 28/2011, sobre la temporalidad y lugar de presentación de los recursos de amparo y, optando por la interpretación más favorable de lo dispuesto en el artículo 85.2 para la admisión de los recursos, estableció que el recurso de amparo puede presentarse tanto en el Registro del Tribunal Constitucional, como en las oficinas de registro de los tribunales civiles durante la integridad del plazo de interposición y hasta las 15 horas del día hábil siguiente.

En los supuestos en los que el recurrente de amparo carece de recursos para designar su representación procesal y su defensa letrada, debiendo obtener asistencia jurídica gratuita, los plazos de interposición del recurso de amparo se sujetan a lo previsto en el Acuerdo de 18 de junio de 1996, del Pleno del Tribunal Constitucional, sobre asistencia jurídica gratuita («BOE» núm. 174, de 19 de julio de 1996), en el que se otorga un papel decisivo para interrumpir el plazo de interposición del recurso al momento del anuncio del recurrente de su propósito de recurrir en amparo solicitando la designación de Abogado y Procurador de oficio, siendo igualmente de aplicación en estos casos el criterio de la STC 88/2013.

Por último, hemos de referirnos en relación con los actos susceptibles de impugnación en amparo constitucional a la particularidad que presentan los recursos de amparo parlamentario y de amparo electoral, en los que también interviene el Ministerio Fiscal.

En el caso del recurso de amparo parlamentario, el objeto de la impugnación son los actos o disposiciones, sin valor de ley, emanados de las Cortes o de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas Autonómicas o de sus órganos, que causen una lesión de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. El recurso de amparo parlamentario no requiere la previa utilización de la vía judicial para su interposición, dado el reconocimiento constitucional de la autonomía

parlamentaria, aunque si es necesario que el demandante de amparo haya agotado los medios de impugnación previstos en la propia normativa reglamentaria de la Cámara. En este caso, el plazo para la interposición del recurso de amparo es de tres meses desde que el acto o acuerdo de la Cámara que se impugna quedó firme. A través del recurso de amparo parlamentario se demanda, esencialmente, la protección del derecho fundamental al ejercicio del cargo público parlamentario, que puede verse vulnerado por las decisiones de los órganos rectores de las Cámaras Legislativas en el ejercicio de su función organizativa de la Cámara y técnico jurídica de admisión y calificación de los documentos parlamentarios y, correlativamente el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus legítimos representantes (artículos 23.2 y 23.1 de la CE). Es también un recurso de amparo parlamentario el que podrá ser utilizado contra las decisiones de las Mesas del Congreso o de las Asambleas Legislativas que rechazan las iniciativas legislativas populares, planteadas de conformidad con lo establecido en el artículo 87.3 de la CE y lo dispuesto en la LO 3/1984, de 26 marzo reguladora de la iniciativa legislativa popular, en cuanto estas decisiones pueden suponer una vulneración del derecho de participación política directa de los ciudadanos del artículo 23.1 de la CE.¹¹

El recurso de amparo electoral goza aún de mayor especialidad, pues su regulación no se contempla en la LOTC, sino en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. En este recurso de amparo se distinguen dos modalidades, la relativa a la impugnación de los Acuerdos de proclamación o exclusión de candidaturas (artículo 49 de la LOREG), y la relativa a la impugnación de los Acuerdos de proclamación de candidatos electos (artículo 114 de la LOREG). Se trata de recursos que por su propia naturaleza tienen plazos más breves y simplificación de trámites e instancias en la vía judicial previa y también en sede constitucional. La regulación específica de estos amparos electorales se establece en el Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 20 de enero de 2000 (BOE 25 enero 2000). Los derechos fundamentales cuyo reconocimiento y efectividad se hace valer en el recurso de amparo electoral, son los relativos al acceso en condiciones de igualdad a cargos públicos políticos y del derecho de participación política de los ciudadanos de los artículos 23.1 y 23.2 de la CE

IV. LEGITIMACIÓN

1. La actuación de un interés legítimo

La legitimación para promover el recurso de amparo constitucional se otorga en el artículo 162 b) de la CE “a toda persona natural o jurídica con un interés legítimo, así como al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal”. El artículo 46 b) de la LOTC 2/1979 atribuye legitimación en los recursos de amparo contra los actos y decisiones de la Administración y contras los actos y decisiones de los órganos judiciales “a quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente y al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal”.

La diferencia de los términos utilizados por el artículo 162 b) de la CE y el artículo 46 b) de la LOTC al referirse, respectivamente, como legitimados a las personas con interés legítimo y a las personas que han sido parte en el proceso judicial correspondiente, ha sido clarificada y conciliada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la legitimación para interponer el recurso de amparo constitucional.

¹¹ STC 19/2015, de 16 febrero.

La doctrina del Tribunal ha puesto de manifiesto que la legitimación debe atribuirse atendiendo al criterio más amplio de “interés legítimo” que utiliza el precepto constitucional, que excede del más concreto y específico, de personas que han sido parte en el proceso judicial correspondiente que utiliza la LOTC, el cual incide en el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional, al que solo cabe acudir tras agotar la vía judicial pertinente. En este sentido, es posible reconocer interés legítimo en quien no pudo ser parte en el proceso judicial por razones distintas a su voluntad o desinterés y es posible que quien fue parte en el proceso, carezca de legitimación en el caso concreto al que se refiere el recurso de amparo.¹²

El “interés legítimo” que otorga la legitimación para recurrir en amparo se ha definido en la jurisprudencia del Tribunal, como aquel que concurre en toda persona cuyo círculo jurídico pueda resultar afectado por la violación de un derecho fundamental, aunque la violación no se haya producido directamente en su contra. Ahora bien, no basta con un interés genérico en la preservación del derecho fundamental que se estime vulnerado, sino que es necesario que el recurrente se encuentre respecto a ese derecho fundamental en una situación jurídico-material identificable con un interés en sentido propio, cualificado o específico.¹³

Si bien el recurrente en amparo ha de actuar en defensa de un interés propio, el Tribunal Constitucional ha reconocido interés legítimo para interponer recurso de amparo a las entidades que actúan en defensa de los intereses de sus miembros o de aquellos cuya defensa tienen atribuida legal o estatutariamente. Se ha reconocido así legitimación para recurrir en amparo por ostentar interés legítimo, a los partidos políticos, sindicatos, colegios o asociaciones profesionales.¹⁴

En relación con el interés legítimo de las asociaciones como recurrentes de amparo, el Tribunal ha venido señalando la necesidad de la concurrencia de un interés que pueda ser considerado como un interés específico y cualificado de la concreta asociación, en relación con el concreto derecho fundamental que cuyo reconocimiento se pretende en el recurso de amparo, descartando que puedan las asociaciones estar legitimadas para actuar de manera genérica derechos, cuyo ejercicio es estrictamente individual.¹⁵

En el supuesto del recurso de amparo parlamentario al que se refiere el artículo 42 de la LOTC la legitimación para promover este recurso corresponde a la persona “afectada” en su derecho fundamental al ejercicio del cargo parlamentario, por el acto o decisión del órgano de gobierno de la Cámara que supone una limitación o restricción del ejercicio del cargo político. Deberá tenerse en cuenta en este recurso lo previsto, en cada caso, en los reglamentos parlamentarios sobre la legitimación para cada tipo de iniciativa o acto parlamentario.¹⁶

2. Legitimación de las entidades de Derecho público

Por lo que se refiere a las entidades y corporaciones de Derecho público el reconocimiento de legitimación para promover el recurso de amparo en defensa de derechos fundamentales propios se encuentra restringida. El recurso de amparo constitucional tiene como finalidad la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos que pueden ser vulnerados por la actuación

¹² SSTC 131/2017, de 13 noviembre FJ2, 208/2009, de 26 noviembre, FJ2.

¹³ SSTC 221/2002, de 25 noviembre; 57/2014, FJ3, 5 mayo.

¹⁴ SSTC 52/2007; 4/2009.

¹⁵ STC 154/2016, de 22, septiembre FJ2.

¹⁶ STC 168/2012, de 1 octubre, FJ 6.

de los poderes públicos, de ahí que la legitimación de los propios poderes públicos para recurrir en amparo se vea muy limitada.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha diferenciado la actuación de los poderes públicos en el ámbito de las potestades públicas que tienen conferidas, negando a las entidades de derecho público legitimación para recurrir en amparo, cuando la finalidad primordial del recurso es hacer efectivas esas potestades públicas, y la actuación de las entidades públicas que acuden al recurso de amparo para satisfacer el interés general o garantizar los principios básicos del sistema democrático, reconociéndoles en este caso legitimación para promover el recurso. Asimismo, se reconoce a las personas jurídico-públicas legitimación para alegar en amparo la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, desde la perspectiva de serles reconocidas las garantías procesales que les corresponde como partes en el proceso.¹⁷

3. La legitimación del Ministerio Fiscal

La legitimación del Ministerio Fiscal para promover los recursos de amparo constitucional, como ya hemos expuesto, se encuentra directamente reconocida en el propio artículo 162 b) de la CE y también en el artículo 46 b) de la LOTC. El Fiscal tiene atribuida constitucional y estatutariamente la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (artículo 124 CE y artículo 1 de la Ley 50/1981). En el desarrollo de su función constitucional se le atribuye, específicamente, la interposición del recurso de amparo constitucional e intervenir en los procesos de los que conoce el Tribunal Constitucional en la defensa de la legalidad y en la forma en que las leyes establezcan (artículo 3.12 EOMF).

La propia función constitucional asignada al Ministerio Fiscal, como garante de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, justifica su legitimación para promover el recurso de amparo constitucional en defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y delimita, a su vez, el ámbito de esta legitimación.

Al igual que en el caso de la legitimación de las Entidades de Derecho Público, el Ministerio Fiscal tiene restringida su legitimación para promover el recurso de amparo constitucional con la finalidad de hacer efectiva su potestad de ejercer el *ius puniendi*.¹⁸

El Fiscal, sin embargo, tiene reconocida plena legitimación cuando promueve un recurso de amparo constitucional para hacer efectivos los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, en particular los derechos y libertades de las personas respecto de quienes tiene legalmente atribuida su representación y defensa. La legitimación del Ministerio Fiscal para promover el recurso de amparo viene dada por su específica posición institucional de "*ius agendi*". El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto desde un primer momento en su doctrina esta especial naturaleza institucional de la legitimación del Ministerio Fiscal, así en la STC 86/1985, 10 julio, FJ1, ponía de manifiesto:

"La legitimación para recurrir en amparo que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal en el apartado 1.b) de su art. 162 y que aparece igualmente recogida en el punto 1.b) del art. 46 de la LOTC, se configura como un ius agendi reconocido a este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal, defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino

¹⁷ SSTC 58/2004; 168/2008; 195/20015; 44/2016; 1/2017.

¹⁸ ATC 63/1997.

como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos. Esta legitimación, según se desprende del tenor literal del citado apartado 46.1.b) de la LOTC, y como corresponde también a su carácter institucional, no queda condicionada a la exigencia de haber actuado como parte el Ministerio Público en el proceso judicial antecedente, exigencia ésta que privaría de sentido a la propia previsión constitucional y legal de la legitimación que se considera, aunque sí ha de decirse que ésta no puede desplegarse, en virtud del carácter subsidiario del recurso de amparo, sino una vez que haya recaído, en la vía jurisdiccional ordinaria, resolución firme”.

Esta configuración de la legitimación del Ministerio Fiscal para promover el recurso de amparo constitucional en defensa de los derechos y libertades fundamentales, como portador del interés general en garantizar su integridad y efectividad, es la que se sigue sustentando en la doctrina del Tribunal Constitucional más reciente. Son numerosos los supuestos en los últimos años en los que el Fiscal ha ejercido esta legitimación promoviendo el recurso de amparo constitucional en garantía de la integridad y efectividad de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los ciudadanos; así el Fiscal ante el Tribunal Constitucional ha interpuesto recurso de amparo para el reconocimiento y protección del derecho fundamental a la libertad, de quienes se encontraban privados de ella por detención gubernativa, cuando se les denegaba, indebidamente, la garantía constitucional del habeas corpus (artículo 17.4 CE), o en garantía del derecho de libertad de las personas con un internamiento involuntario en centro psiquiátrico; igualmente ha recurrido en amparo para garantizar los derechos de intimidad, honor e imagen de las personas con discapacidad¹⁹.

Debemos destacar que también le es reconocido al Ministerio Fiscal la legitimación como parte en el proceso, para denunciar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto se le han vulnerado las garantías procesales que las partes tienen reconocidas, si bien debemos destacar que, normalmente, el reconocimiento de esa legitimación para reclamar contra la vulneración de las garantías procesales que corresponden al Fiscal como parte en el proceso, aparece conectado con la simultánea vulneración del derecho o interés de la persona cuya protección en el proceso tenía encomendada el Ministerio Fiscal.²⁰

El Fiscal ostenta legitimación para recurrir en amparo constitucional, aunque no haya sido parte en los procesos judiciales de los que trae causa el recurso. Se trata de una legitimación directa que determina que, para poder acudir a interponer el recurso de amparo, no debe denunciar, previamente, ante los órganos judiciales la vulneración del derecho fundamental, cuando no ostenta la condición de parte en el proceso. Esta legitimación directa del Fiscal cuando no ha sido parte en el proceso judicial de origen, se reafirmó tras la LO 6/2007, que vino a reforzar la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, respecto de la protección de los derechos fundamentales y la reparación de su vulneración en sede judicial, estableciendo el mecanismo del incidente de nulidad de actuaciones como instrumento para garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales por los jueces, como garantes primarios y naturales de aquellos. En este sentido, cabe citar el ATC 36/2011, de 11 de abril, en el que el Tribunal pone de manifiesto la legitimación directa que corresponde al Ministerio Fiscal para acudir al amparo, en un supuesto en el que declaró extempo-

¹⁹ SSTC, 208/2013; 12/2014; 182/2015; 22/2016; 34/2016; 31/2017. Quiero mencionar aquí al Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, Manuel Miranda Estrampes, recientemente fallecido, pues fue el autor de las demandas de amparo en las que el Tribunal dictó las citadas sentencias y, en su recuerdo, por su especial e intensa dedicación a la protección de los derechos fundamentales de las personas en situación de desprotección o desvalimiento.

²⁰ SSTC 17/2006; 31/2017.

ráneo el recurso de amparo del Fiscal, al haber interpuesto, indebidamente, incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia dictada en el proceso, en el que el Ministerio Fiscal no tenía la condición de parte.

Dada la extraordinaria relevancia que tiene en la actual regulación del recurso de amparo constitucional, el incidente de nulidad de actuaciones contra las resoluciones definitivas a las que se atribuye la lesión del derecho fundamental, la FGE a través de la Circular 2/2013, estableció los criterios de actuación de los fiscales en relación con la tramitación y, en su caso, interposición de los incidentes de nulidad de actuaciones del artículo 241 LPOJ.

De conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 de la LOTC, en el supuesto en que el Ministerio Fiscal, -o en su caso el Defensor del Pueblo- hayan interpuesto el recurso de amparo, el Tribunal lo dará a conocer a las persona agraviadas por la vulneración de los derechos que fueran conocidas y ordenará la publicación del recurso en el Boletín Oficial del Estado para que puedan comparecer, si lo estimaran oportuno, en defensa de sus derechos.

V. LA FISCALÍA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. INTERVENCIÓN EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL

Tras la promulgación de la LO 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional y su constitución en julio de 1980, bajo la presidencia del Magistrado Manuel García Pelayo, el Tribunal dio comienzo a su actividad con el desempeño de las funciones que la Constitución le atribuye en el artículo 161 de la CE, las cuales además del recurso de amparo constitucional de los derechos y libertades fundamentales a los que se refiere el artículo 53.2 de la CE, comprenden los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas y las demás materias que le sean atribuidas por la Constitución o las leyes orgánicas.

La necesaria intervención del Ministerio Fiscal en relación con los procesos competencia del Tribunal Constitucional quedó delimitada en la LOTC 2/1979, la cual le atribuye además de la intervención en los procesos de amparo constitucional también la intervención en los procesos de control concreto de la constitucionalidad de las leyes, a través del mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad. En este último caso el artículo 37 de la LOTC, atribuye, directamente, al Fiscal General del Estado, la competencia para intervenir en el proceso de la cuestión de inconstitucionalidad que se tramita ante el Tribunal Constitucional.

En los primeros momentos de la actividad del Tribunal Constitucional la actuación del Ministerio Fiscal se desempeñó a través de la Fiscalía General del Estado que, en relación con el recurso de amparo constitucional delegó en un miembro de la Fiscalía del Tribunal Supremo la actuación ante el Tribunal Constitucional. En relación con las nuevas funciones del Ministerio Fiscal en los procesos competencia del Tribunal Constitucional se dictó la Circular de la FGE 3/1980, que abordaba estas nuevas competencias tratando de garantizar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal ante los nuevos procedimientos en los que estaba llamado a intervenir.

Pronto se puso de manifiesto que la actividad que correspondía ejercer al Ministerio Fiscal en relación con los procesos competencia del Tribunal Constitucional requería, cualitativa y cuantitativamente de un nuevo órgano del Ministerio Fiscal para el mejor y más eficaz desempeño de estas funciones. El artículo 12 de la Ley 3/1981, de 30 diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal incorporó, como nuevo órgano del Ministerio Fiscal, a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional comenzó el desempeño de su actividad en el año 1982, una vez se produjo la designación de su Jefatura, y el resto de los miembros de su plantilla,²¹ asumiendo entonces esta nueva Fiscalía de manera unitaria y concentrada las competencias de los procesos ante el Tribunal Constitucional que le son atribuidas en la propia Constitución y en la LOTC, si bien en lo que respecta a las cuestiones de inconstitucionalidad la competencia es atribuida, directamente, al Fiscal General del Estado, realizando la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional el estudio y los trabajos preparatorios de los dictámenes. Cabe apreciar que la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, es por razón de sus competencias exclusivas, una fiscalía especializada en los procesos constitucionales, y, en particular, en el proceso de amparo constitucional en el que tiene, directamente, asignada la competencia para intervenir.

Los recursos de amparo constitucional representan estadísticamente el volumen de asuntos más importante del trabajo del Tribunal Constitucional. De acuerdo con las últimas Memorias Anuales del Tribunal Constitucional y de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional²², los recursos de amparo que se registran cada año representan en torno al 98% del total de asuntos de los que conoce el Alto Tribunal. Es cierto, sin embargo, que, de los numerosos recursos de amparo presentados, solo un porcentaje muy pequeño pasa el trámite de admisión y obtiene un pronunciamiento sobre el fondo.

Ya hemos expuesto en el apartado anterior el fundamento constitucional y estatutario de la legitimación que se atribuye al Ministerio Fiscal para promover el recurso de amparo constitucional. La intervención del Fiscal en el proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional no se agota en la interposición, en su caso, de un recurso de amparo en garantía de la integridad y efectividad de los derechos y libertades fundamentales, sino que el Fiscal tiene encomendada una actividad muy relevante en el total desenvolvimiento del proceso de amparo, a través de sus diferentes trámites hasta su resolución por sentencia e incluso en la fase de ejecución.

1. Las decisiones de inadmisión de los recursos de amparo y su impugnación por la Fiscalía

La inadmisión a trámite de los recursos de amparo se produce de conformidad con lo previsto en el artículo 50.1 a) de la LOTC, al apreciar el Tribunal que el recurso incumple alguno de los presupuestos procesales que se establecen en los artículos 41 a 46 y 49 de la LOTC (extemporaneidad, falta de agotamiento de los medios de impugnación, falta de invocación previa de la lesión del derecho, demanda prematura, justificación en la demanda de la especial trascendencia del recurso) o, de conformidad con lo establecido en el artículo 50.1 b) de la LOTC, por no apreciar el Tribunal que, cumplidos los presupuestos procesales antes mencionados y existiendo, al menos la apariencia de lesión de un derecho fundamental, el recurso tenga especial trascendencia constitucional para resolver sobre el fondo. De acuerdo con los datos que refleja la última Memoria del Tribunal del año 2017, el porcentaje de inadmisión de recursos de amparo más elevado, no se corresponde con el motivo de la no concurrencia de especial trascendencia constitucional apreciada por el Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 b) , que supuso solo el 19,33% del total de las decisiones de inadmisión, sino con el defectuoso cumplimiento o total incumplimiento de la carga que corresponde al recurrente de justificar la especial trascendencia del recurso, motivos que supusieron el 51,04% de los casos de inadmisión, mientras que la falta de agotamiento de los medios de impugnación supusieron el 9,49% y la extemporaneidad de los recursos el 4,91%.

²¹ Memoria de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, año 1982.

²² Web: tribunalconstitucional.es y fiscal.es.

Recientemente el Tribunal ha venido a flexibilizar su doctrina sobre la inadmisión de los recursos en caso de incumplimiento de los presupuestos procesales, descartando que la posible concurrencia de un defecto procesal de falta de agotamiento que concurra respecto de la última resolución que se impugna en amparo, tenga un “efecto de arrastre”, que se proyecta sobre las demás resoluciones judiciales impugnadas en el recurso, en las que no cabe apreciar ese defecto procesal. Estima el Tribunal que deberá en tales casos admitirse el recurso, si se cumplen el resto de presupuestos respecto de la lesiones que se imputan a esas resoluciones, e inadmitirlo solo en relación con la resolución judicial respecto de la que no se habían agotado los medios de impugnación.²³

El requisito procesal de cumplimiento en la demanda de amparo de la justificación de la especial trascendencia constitucional, que sigue siendo once años después de la reforma operada por la LO 6/2017, la causa del mayor número de inadmisiones del recurso de amparo, ha venido siendo delimitado por la doctrina del Tribunal Constitucional que precisamente estableció en su STC 155/2009, los criterios orientativos y abiertos que servían para interpretar la concurrencia de la especial trascendencia constitucional y facilitar a los recurrentes cumplir con ese presupuesto procesal. El Tribunal ha puesto de manifiesto en la citada doctrina ²⁴ que se trata de un presupuesto que no es subsanable con posterioridad al vencimiento de plazo para interponer el recurso, ni por el propio recurrente, ni tampoco a través del Fiscal, así como que no se trata solo de una carga del recurrente sino también de un instrumento de colaboración con la justicia constitucional, en la medida que el legislador ha querido que la valoración que corresponde realizar al Tribunal sobre la especial trascendencia del recurso esté precedida de la apreciación que sobre la misma realice el recurrente en su demanda. En relación con el modo de cumplimiento de este presupuesto el Tribunal ha expresado que los argumentos ofrecidos por los recurrentes para sustentar la concurrencia de la especial trascendencia constitucional del recurso, deben poder dissociarse de aquellos en los que se sustenta la existencia de la lesión de los derechos fundamentales invocados, así como que es necesario una argumentación específica de los supuestos de especial trascendencia que se estima concurren en el caso concreto, sin que pueda otorgarse validez a menciones genéricas o de tipo abstracto sobre la concurrencia de la especial trascendencia del recurso.

Frente a las decisiones de inadmisión a trámite de los recursos de amparo, solo el Fiscal está legitimado para impugnar la decisión, interponiendo recurso de súplica contra la providencia que la acuerdan (artículo 50.3 de la LOTC). La atribución al Fiscal de la facultad de impugnar las decisiones de inadmisión de los recursos de amparo, viene a poner de relieve el reconocimiento de la función institucional de garante de los derechos y libertades fundamentales que tiene atribuida constitucionalmente el Ministerio Fiscal, reconociéndole en exclusiva la legitimación para tratar de depurar las inadmisiones de los recursos, actuando en el interés colectivo de la legalidad constitucional.

La atribución en exclusiva al Fiscal de esta facultad de recurrir en súplica contra la providencias que acuerdan la inadmisión de los recursos de amparo, en las cuales solo de contiene la mención al presupuesto procesal incumplido, hace recaer en la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional una especial responsabilidad, dado que el recurrente no va a tener la posibilidad de impugnar esta decisión de inadmisión, ni tampoco en la regulación vigente tiene la posibilidad de ser oído, previamente, sobre la inadmisión, como ocurría antes de la reforma de la LO 6/2007, si no había unanimidad de la Sección para decidir sobre la inadmisión²⁵.

²³ STC 101/2018, de 1 de octubre.

²⁴ SSTC 176/2012, 2/2013, 116/2013, 46/2014, 47/2014, 54/2015, 124/2015, 160/2015, 63/2016, 76/2016, 84/2016, 103/2016, 138/2016, 146/2016, 172/2016 y 226/2016, y ATC 20/2017.

²⁵ Art 50.3 de la LOTC en la redacción dada por la LO 6/1988, de 9 junio.

Los recursos de súplica que se interponen por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional cooperan a la configuración y desarrollo, por parte del Tribunal Constitucional de la doctrina sobre los presupuestos procesales del recurso de amparo, contribuyendo de este modo a una mayor seguridad jurídica sobre la viabilidad de los recursos.

A través de los recursos de súplica interpuestos por la Fiscalía contra las providencias de inadmisión, el Tribunal ha ido estableciendo doctrina sobre la concurrencia de la especial trascendencia. Cabe en este sentido poner de manifiesto que el Tribunal ha manifestado al resolver la súplica que: La entidad de la lesión del derecho, desde el punto de vista de la gravedad del perjuicio subjetivo no integra la dimensión objetiva de la especial trascendencia del recurso que justifica su admisión²⁶. El tribunal apreció que debía reconocerse especial trascendencia al recurso, pues planteaba un problema sobre una faceta del derecho a la libertad, sobre el que no había doctrina, al suscitarse la posibilidad de prorrogar la prisión preventiva cuando la sentencia impugnada había sustituido la pena de prisión por expulsión²⁷.

No obstante, en algunos supuestos de interposición de recurso de súplica, aunque el Tribunal ha estimado el recurso del Fiscal, admitiendo el motivo en que se sustentaba el mismo, ha considerado que el recurso debía ser, igualmente, inadmitido por la concurrencia de algún otro óbice. En alguno de estos supuestos, el Tribunal al pronunciarse sobre la nueva causa de inadmisión lo hace por medio de auto motivado y no por providencia, al valorar la trascendencia de la cuestión que se suscitaba en el recurso.²⁸

2. Incidente de suspensión de la ejecución de la resolución impugnada

En los recursos de amparo se impugnan resoluciones firmes, que gozan de la garantía de cosa juzgada, de ahí que la interposición del recurso como regla general no produce la suspensión de la ejecución de las resoluciones definitivas. No obstante, la LOTC contempla en su artículo 56, la posibilidad de que se acuerde la suspensión de la ejecución, a petición del recurrente dando lugar a la apertura de un incidente de suspensión en el que se abrirá un trámite de alegaciones a las partes y al Ministerio Fiscal. Como regla general el incidente sobre la procedencia de acceder a la suspensión se abre una vez que el Tribunal ha admitido a trámite el recurso, pero también cabe que el Tribunal por razones de urgencia, que afecten a la propia efectividad del recurso de amparo, resuelva simultáneamente con la decisión de admisión acordar la suspensión del recurso; en estos casos el Fiscal y las partes podrán impugnar en el plazo de cinco días desde su notificación la decisión del Tribunal acordando la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada en amparo. En algún supuesto extraordinario el Tribunal incluso adoptó la medida excepcional de suspensión antes de resolver sobre la admisión del recurso.²⁹

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la suspensión de la ejecución de las resoluciones firmes impugnadas en amparo constitucional, ha puesto de manifiesto que la suspensión tiene carácter excepcional, dado que existe un interés general de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva en que las resoluciones judiciales definitivas, que gozan de la garantía de cosa juzgada sean

²⁶ ATC 29/2011, de 17 marzo.

²⁷ ATC 185/2011, de 21 diciembre.

²⁸ AATC 181/2016 de 14 noviembre y 31/2017, 27 febrero (denegación de indemnización a víctimas del terrorismo que se consideraba pertenecían a organizaciones terroristas).

²⁹ AATC 16/2011 y 111/2011, 104/2012 y 115/2012.

ejecutadas, La suspensión de las resoluciones firmes recurridas en amparo constitucional, solo estará justificada cuando su ejecución cause un perjuicio irreparable al demandante, en cuanto que el recurso de amparo, caso de ser estimado, pierda toda su efectividad, al no poder ser restituidos o reparados los derechos o intereses de los titulares afectados por la ejecución.³⁰ De ahí que, normalmente, no se admita la suspensión de los efectos de las resoluciones de naturaleza patrimonial, susceptibles de ser reparados, y sí se admita en el caso de bienes o derechos de imposible o difícil reparación, como ocurre con la privación de libertad. No obstante el Tribunal también en estos casos ha venido estableciendo en su doctrina un límite respecto de la suspensión de penas de prisión, en función de su gravedad (penas superiores a cinco años), junto con la valoración de otras circunstancias como el tiempo pendiente de cumplimiento, riesgo de eludir la acción de la justicia, la trascendencia del bien jurídico protegido, su trascendencia social o la protección de las víctimas.³¹ La carga de la existencia de un perjuicio irreparable corresponde al recurrente que deberá acreditar este perjuicio, debiendo ser además un perjuicio actual y efectivo. Con carácter general, la suspensión tendrá como limitación el que no perjudique gravemente a un interés constitucionalmente protegido o a los derechos o libertades fundamentales de terceros.

3. El trámite de alegaciones

La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, con independencia de la legitimación para recurrir en amparo, interviene en todos los procesos de amparo constitucional, de acuerdo con la posición institucional que ostenta “en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley” (artículo 47.2 de la LOTC). Corresponde al Fiscal presentar sus alegaciones sobre el recurso de amparo interpuesto en un trámite simultáneo con las partes personadas, una vez obran en el Tribunal las actuaciones correspondientes al proceso del que trae causa el recurso y se le da vista de ellas (artículo 52.1 de la CE)

En el dictamen de alegaciones sobre el recurso de amparo los Fiscales ante el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de poder poner de manifiesto la concurrencia de algún defecto procesal en el recurso, que debería dar lugar a su inadmisión en sentencia, analizan el fondo de las pretensiones de amparo que se han planteado por el recurrente, pronunciándose sobre la existencia o inexistencia de las lesiones de derechos y libertades fundamentales invocados y, en su caso, sobre el alcance que la sentencia estimatoria del recurso debe tener para el restablecimiento de los derechos fundamentales que se aprecia le fueron vulnerados al recurrente.

4. La sentencia

La sentencia que el Tribunal Constitucional dicte en el recurso de amparo en cuanto se pronuncia sobre el fondo de las pretensiones que alegan la vulneración de los derechos fundamentales del artículo 53.2 de la CE, contendrá un pronunciamiento estimatorio o desestimatorio del recurso, reconociendo en el caso de estimación los derechos invocados y su vulneración. La sentencia estimatoria delimitará el alcance de la misma y establecerá el modo en que los derechos fundamentales vulnerados deben ser restablecidos, pudiendo tener efectos de condena o ser solo

³⁰ ATC 35/2007.

³¹ AATC 145/2017, 155/2017, 156/2017, 158/2017, 159/2017, 160/2017.

declarativos, al limitarse a declarar la nulidad de las resoluciones que hubieran causado la lesión de los derechos fundamentales (artículos 54 y 55 de la LOTC). Las sentencias dictadas en los procesos de amparo constitucional tienen fuerza de cosa juzgada para las partes. La doctrina que en ellas se establece sobre el alcance y contenido de los derechos fundamentales es vinculante para todos los poderes públicos, incluidos los órganos judiciales (artículo 9.1 de la CE), dado que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución.

Es posible que el Tribunal en la sentencia no resuelva sobre el fondo de la pretensión de vulneración de los derechos fundamentales por apreciar, de oficio o a instancia de parte, que concurre en el recurso de amparo un óbice procesal que impide el pronunciamiento de fondo. La doctrina del Tribunal ha puesto de manifiesto que la concurrencia de defectos procesales insubsanables, impide que el recurso pueda ser resuelto en cuanto al fondo de las cuestiones suscitadas, aunque inicialmente se hubiera admitido a trámite, en cuyo caso si el Tribunal aprecia la concurrencia de ese defecto procesal, inadmitirá el recurso al dictar sentencia, sin entrar en el fondo.³² No obstante, también debe resaltarse que es el trámite de admisión el momento adecuado en el que el Tribunal hace el juicio de apreciación sobre el cumplimiento de los presupuestos procesales que debe cumplir el recurso, por lo que si se admitió el recurso con arreglo a esa apreciación, la posterior inadmisión en sentencia tiene un carácter muy restrictivo.³³

5. Terminación anormal del proceso de amparo

Es posible que el recurso de amparo no acabe con sentencia en los supuestos en los que el pronunciamiento del Tribunal sobre la vulneración de derechos fundamentales alegada deje de tener virtualidad. Entre esos supuestos está el desestimiento del recurrente, cuya tramitación se realizará de conformidad con la regulación establecida en la LECivil, a la que el artículo 80 de la LOTC remite como supletoria. La eficacia del desestimiento está supeditada a que no exista respecto del objeto del proceso de amparo un interés general o de terceros en la resolución. El Fiscal es oído sobre el desestimiento,³⁴ bien con carácter previo a la decisión sobre el mismo, o si el recurso no está aún admitido a trámite podrá, en su caso, recurrir en suplica la providencia del Tribunal que lo haya aceptado.

Cabe también que el proceso de amparo tenga una terminación anormal en los casos de pérdida sobrevenida del objeto del amparo, por producirse la reparación del derecho vulnerado al margen del proceso de amparo, ya en vía judicial o extraprocesal o incluso como consecuencia de una modificación normativa. La apreciación de esta posible terminación del proceso de amparo por pérdida sobrevenida del objeto, exige atender a las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, y la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse al respecto.³⁵

³² SSTC 89/2011, 58/2012, 44/2013.

³³ SSTC 170/2013, 166/2016, 136/2017.

³⁴ STC 141/2012, FJ 2, acoge la oposición del Fiscal a admitir el desestimiento del recurrente por la afectación al interés general y, en particular, a un colectivo especialmente vulnerable como son las personas con discapacidad.

³⁵ ATC 159/2011; STC 216/2005.

6. Incidente de ejecución de las sentencias dictadas en amparo

Si bien el Tribunal Constitucional no es un órgano judicial, ejerce una función jurisdiccional, como interprete supremo de la Constitución y garante de la integridad de los derechos y libertades que en ella se reconocen. Los poderes de ejecución del Tribunal para hacer efectivas sus resoluciones no eran objeto de controversia hasta la reciente reforma operada por la LO 15/2015, de 16 octubre, que vino a reforzar los poderes que establecía la regulación vigente, en un contexto político muy concreto identificado con el desarrollo del proceso soberanista de Cataluña y la desatención de sus autoridades a las resoluciones del Alto Tribunal³⁶.

Aunque en el Título de la Constitución dedicado al Tribunal no se contiene un precepto sobre los poderes de ejecución de sus resoluciones, en la redacción inicial de la LOTC ya se contemplaba esa función ejecutora que resultaba, de un lado, del mandato genérico contenido en el artículo 87 al establecer que: “todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva”; y por otra parte, de la previsión del artículo 92: “el Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución”. De manera más específica el artículo 95.3 preveía multas coercitivas respecto de todas las personas que incumplieran sus requerimientos. Tras la trascendental reforma de la LO 6/2007, también se reforzaron estos poderes de ejecución; así con una clara intención de garantizar y proteger la posición institucional del Tribunal Constitucional y el ámbito de la jurisdicción constitucional, de las injerencias de otros poderes del Estado, se incorporó al artículo 92. 1 de la LOTC, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 4.2, la facultad del Tribunal para declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó.

Tras la citada LO 15/2015, se introducen en el artículo 92. 4 y 5 de la LOTC, una serie de medidas específicas que pueden ser adoptadas de oficio o a instancia de parte, por el Tribunal en el ejercicio de las potestades de ejecución de sus resoluciones. Estas medidas ejecutoras que se asignan, directamente, al Tribunal son las que han motivado las controversias doctrinales y políticas a las que hemos hecho mención, controversias que culminaron con las SSTC 185 y 216/2016, que resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad, contra las citadas disposiciones introducidas por la LO 15/2015, y en las que el Tribunal ha declarado la constitucionalidad de los preceptos impugnados que le atribuyen las nuevas facultades de ejecución.³⁷

La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional ha de pronunciarse en el incidente de ejecución sobre las cuestiones suscitadas acerca del cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal y, en su caso, sobre las medidas pertinentes, aunque la resolución de cuyo cumplimiento se trata se haya dictado en un proceso en el que la Fiscalía no tuvo previamente intervención. Ciertamente cabe señalar que, a raíz del proceso soberanista de Cataluña, se han producido numerosos incidentes de ejecución relacionados con el incumplimiento de las resoluciones del Tribunal, en las que se declaraba la nulidad o se disponía la suspensión de las leyes o acuerdos emanados del Parlamento de Cataluña, incidente en los que la Fiscalía emitió el correspondiente dictamen.³⁸

³⁶ “Los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional”. Angel J Gómez Montoro, en las XXIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 2018.

³⁷ Estas sentencias tuvieron tres votos particulares muy críticos (Magistrados, Asúa, Xiol Rios y Valdés del Re) con la posición del voto mayoritario, que estiman no aborda en profundidad y con solidez el verdadero problema que suscita la nueva regulación.

³⁸ AATC 24/2017, 123/2017, 124/2017, 144/2017.

El Ministerio Fiscal y Constitución.

Ámbito de extranjería

LUIS LAFÓN NICUESA

Fiscal de la Fiscalía de Extranjería

BEATRIZ SÁNCHEZ ÁLVAREZ

Fiscal de la Fiscalía de Extranjería

JOAQUÍN SÁNCHEZ COVISA

Fiscal de Sala Coordinador de la Fiscalía de Extranjería

SUMARIO

I. Introducción. II. La trata de seres humanos: la necesidad de proscribir el proxenetismo y de tipificar el trabajo forzoso. 3. Delitos de favorecimiento de la inmigración ilegal. IV. Internamiento de extranjeros. V. La determinación de la mayoría o minoría de edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

I. INTRODUCCIÓN

1. Por Real Decreto 709/2006, de 9 de junio se creó la figura del Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería con la finalidad expresamente declarada en su preámbulo de impulsar “*el papel del ministerio público en la persecución de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico público y privado regulador de la extranjería*”. Con ello se inicia una tercera etapa de especialización de nuestra institución¹ dirigida a procurar la unidad de criterio de los fiscales en una materia de especial complejidad cualitativa, importante dimensión cuantitativa y constante evolución.

Cualitativamente es una especialidad muy compleja toda vez que su actividad tiene por objeto la protección de los derechos de los ciudadanos *extranjeros* –personas que carecen de la naciona-

¹ Originaria e inicialmente se le vinculó directamente con la medida de expulsión de extranjeros en sus dos variantes más importantes, como sustitución judicial de la pena impuesta o como sustitución del proceso penal en que estuviese encartado, y con el control de los Centros especiales donde los extranjeros son internados cuando están sometidos a expedientes gubernativos de expulsión (vide, Circular FGE 1/1994, de 15 de febrero). En un segundo momento, tras la promulgación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y su Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, se reestructura el servicio de extranjería tendente a facilitar, además, la sustitución parcial de la pena que se estuviese ejecutando en establecimientos penitenciarios (Instrucción 2/2002 FGE, de 11 de febrero, sobre organización de las Fiscalías en materia de extranjería). En esta tercera y última etapa, tras la Instrucción FGE 5/2007, de 18 de julio de 2007, se delimita el régimen general de los Fiscales de Sala Coordinadores, se crean las correspondientes redes de especialistas en las respectivas Fiscalías territoriales, se establecen sus medios de relación y comunicación, se determinan las pautas de funcionamiento y se amplían y regulan sus respectivas competencias objetivas.

lidad española-, siendo éste un término que abarca una pluralidad de categorías y situaciones muy diferenciadas según el régimen jurídico aplicable². En todo caso, cualquiera que sea la categoría de extranjeros, la clasificación más importante, en relación con el ejercicio de nuestra actividad, es la que toma en consideración la situación de regularidad (extranjero que dispone de los correspondientes permisos de tránsito, estancia, o residencia), o irregularidad administrativa en territorio español (“*extranjero sin papeles*”, por haber sido introducido en territorio nacional de manera clandestina o fraudulenta), toda vez que éstos últimos constituyen el objeto sobre el que recae el delito de favorecimiento de la inmigración ilegal³.

Dos artículos de la Constitución tienen importancia decisiva a la hora de perfilar la posición jurídica de los extranjeros en España.

Directamente, el artículo 13 CE sobre el que el Tribunal Constitucional ha construido una doctrina que puede sintetizarse de la siguiente manera:

Primero, sobre el **principio de igualdad** en relación con los extranjeros, afirmando que la igualdad en el ejercicio de los derechos entre españoles y extranjeros depende del derecho afectado: existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros; existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Segundo, los **derechos inherentes a la dignidad humana** que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituyen el fundamento del orden político español, corresponden por igual a

² En efecto, extranjeros son los **nacionales no españoles de la Unión Europea**, aunque gocen de la ciudadanía europea (art. 20 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) y tengan un régimen jurídico diferenciado. También lo son, tanto los no nacionales que han decidido venir a España por un tiempo limitado (turismo, asistencia a eventos de cualquier tipo, estudios, etc.) como aquellos que se han desplazado o pretenden desplazarse a nuestro territorio con vocación de realizar en nuestro país un proyecto de vida laboral, familiar, o social de manera definitiva o por tiempo indeterminado sin fijar un momento de retorno (**inmigrantes** económicos, inmigrantes de mera residencia). Junto con los extranjeros que han decidido libremente desplazarse a España, existe otros grupos de extranjeros cuya decisión migratoria no es libre sino forzada por la concurrencia de determinadas circunstancias que afectan a los más elementales derechos de supervivencia (como los **refugiados**, los **asilados** y, en cierta medida, los **apátridas**) o como consecuencia de la imposición engañosa, coactiva o abusiva de un tercero con la finalidad de explotarlos de todas las maneras imaginables (**víctimas de trata de seres humanos**) o especialmente vulnerables como los **menores extranjeros no acompañados de adultos** que los amparen (menas). Por fin, es obligado añadir un grupo de extranjeros que no guarda relación alguna con los anteriores: serían los ciudadanos extranjeros (comunitarios o no, en situación de regularidad administrativa o no), que se desplazan a España con el único propósito de cometer delitos (significadamente tráfico de drogas, trata de seres humanos, contra la propiedad) al margen de cualquier otra finalidad, estando normalmente vinculados al crimen organizado transnacional.

³ Normalmente son abocados a migrar dada la situación de pobreza, persecución, de guerra o de inseguridad que sufren en sus países de origen. Aunque sus características y el régimen jurídico aplicables son diferenciados, es lo cierto que todos ellos –dada la grave situación de vulnerabilidad en que se encuentran– pueden ser víctimas de abuso, especialmente por las redes internacionales que se dedican al tráfico ilegal de personas. En muchas ocasiones, la desesperación por lograr alcanzar el territorio español les aboca a arriesgar sus vidas en travesías extremadamente peligrosas o saltando vallas cortantes, ocultándose en habitáculos mortíferos en vehículos de motor o, incluso, a usar de la fuerza o la violencia frente a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que están obligados a defender la integridad de las fronteras.

españoles y extranjeros en todo caso (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.; derecho de defensa y tutela judicial efectiva, comprensivo del derecho a intérprete, asistencia jurídica gratuita).

Tercero, los **derechos políticos** reconocidos en el artículo 23 CE, salvo las excepciones introducidas en el artículo 13.2 CE (en relación con el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales), corresponden en exclusividad a los españoles.

Cuarto, hay derechos que corresponderán o no a los extranjeros según los reconozcan la Ley y los Tratados suscritos por España (acceso al trabajo, derecho a las prestaciones de la Seguridad Social; asistencia sanitaria de la Seguridad Social; derecho de reunión de los extranjeros en España; derecho de asociación de los extranjeros en España; derecho a la suspensión del acto administrativo en caso de recurso contra las resoluciones administrativas en relación con extranjeros, etc.).

Indirectamente, el artículo 19 CE, porque a partir de su interpretación, el Tribunal Constitucional ha profundizado sobre los límites y extensión de los derechos de libertad de residencia, circulación, entrada y salida del territorio nacional, como sobre determinados aspectos relativos a la expulsión administrativa de extranjeros, la detención cautelar de extranjeros, el internamiento cautelar de extranjeros, y algunos aspectos del derecho de asilo.

Cuantitativamente, la llegada de ciudadanos extranjeros en los últimos años a nuestro país ha sufrido una evolución extraordinaria. Si nos fijamos en los que se desplazaron temporalmente a España, sólo en el año 2017, nos visitaron más de ochenta millones de turistas. Si tomamos en cuenta a los inmigrantes, basta tener en consideración que si en el año 1981 había 198.042 extranjeros censados (0,52% de la población residente), en el año 2017 la cifra asciende a 4.572.807 (9,8% de la población nacional)⁴. Unos y otros provienen de todas las partes del mundo.

En ambos casos su entrada en España sólo puede ser valorada positivamente. Nos han enriquecido económica, social y culturalmente. El turismo exterior es una de las fuentes más importantes de ingresos para España (ochenta y siete mil millones de euros ingresaron los turistas solo en el año 2017). La migración de trabajadores foráneos, además de contribuir a la riqueza económica de nuestro país, favorece el crecimiento demográfico indispensable para la viabilidad del sistema laboral y de seguridad social. Desde otro punto de vista, al provenir de todos los rincones del planeta nos han trasladado muchas costumbres, tradiciones, y valores culturales de todo tipo.

Desde otro punto de vista, la comunidad extranjera residente en España no ha generado conflictos relevantes⁵, todo lo contrario, en su inmensa mayoría los inmigrantes alcanzan un alto grado de integración en la sociedad española.

Hasta tal punto es así que los problemas de convivencia mayoritariamente son originados por los propios ciudadanos nacionales que, aunque sean muy minoritarios en nuestra sociedad, han determinado la necesidad de adoptar medidas precisas en la persecución cualificada de las situaciones de discriminación y ataques xenófobos (art. 22.4 CP y artículos 510-512 CP)⁶.

⁴ Aunque son un número inferior al alcanzado en 2011 (los extranjeros residentes en España llegaron al 12,2 % de la población).

⁵ A salvo de muy concretas y escasísimas excepciones. Tal ocurre, en relación con el instituto de la separación y el divorcio islámico que motivó la reforma del artículo 107 Código Civil para impedir exequatur incompatibles con nuestro orden público (*la separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado*), o los casos de mutilación femenina, arraigados en algunas culturas, que determinó la incorporación del ordinal segundo del artículo 149.2 CP.

⁶ Favorecen los brotes xenófobos la injusta vinculación entre delito e inmigración cuando no hay estudio objetivo que pueda avalar esa relación. Todo lo contrario, es cierto que en España la población reclusa extran-

En consecuencia, la actividad de los fiscales de extranjería se proyecta sobre una realidad que plantea una problemática muy **diversa**, al abarcar prácticamente todas las ramas del ordenamiento jurídico; muy **cambiante** porque la legislación española –directamente vinculada al derecho de la Unión Europea– sufre constantes modificaciones⁷; y, extremadamente **sensible**, porque afecta a los derechos más elementales del ser humano vinculados con el reconocimiento de su dignidad (la igualdad, la libertad y su seguridad). En este sentido, es conveniente llamar la atención de que, en nuestra actividad cotidiana, los fiscales de extranjería debemos estar constantemente prevenidos contra tres patologías sociales que más gravemente pueden atentar contra nuestro sistema constitucional de convivencia: la aporofobia, la xenofobia y la violencia de género.

A estas dificultades hay que añadir que al tratarse la extranjería de un fenómeno transversal exige una incesante coordinación y colaboración con prácticamente todas las demás Fiscalías especializadas, significadamente con la Fiscalía de Menores y la de Cooperación Internacional.

Nuestro cometido se diversifica en una pluralidad de materias de la más diversa naturaleza entre las que destacan: la expulsión judicial (89 CP); expulsión administrativa sustitutiva del proceso penal (art. 57.7 LOEX); delitos de trata de seres humanos y sus delitos conexos, delitos de ayuda a la inmigración clandestina y conexos, medida cautelar de expulsión administrativa, inspección de CIES, determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad (art. 35 LOEX), retorno y Registro de Menas (artículos 189 y ss RE y 215 RE) y en materia del Registro Civil (cuestiones relacionadas con la adquisición de la nacionalidad española).

El análisis de cualquiera de estas materias, incluso de alguno de sus apartados, exigiría disponer de un espacio del que carecemos en un documento de estas características. Por ello seleccionaremos sólo algunos de ellos con base en dos criterios: la relevancia constitucional y la necesidad de una urgente revisión normativa.

II. LA TRATA DE SERES HUMANOS: LA NECESIDAD DE PROSCRIBIR EL PROXENETISMO Y DE TIPIFICAR EL TRABAJO FORZOSO

La sustracción de un ser humano de su entorno más inmediato de protección familiar, social o cultural y su traslado a otro distinto para ser explotado de cualquiera de las maneras posibles (como esclavo laboral, sexual, para extraerle sus órganos corporales, para que cometa un delito, ejerza la mendicidad o contraiga matrimonio forzado) supone uno de los atentados más grave que puede sufrir un ser humano. Significa cosificarle, al reconvertirlo en una simple mercancía, bien semoviente o banco de órganos; en definitiva, significa negarle su condición de persona⁸.

jera alcanza el 27'95% del total (12.811 hombres y 3.709 mujeres, en septiembre de 2018), pero también lo es que lo están por delitos cometidos al margen de la inmigración por bandas más o menos organizadas que vienen transitoriamente a España para cometer sus fechorías, traficantes de droga detenidos en los puestos fronterizos, traficantes de personas, etc.

⁷ Como lo acredita el hecho de que la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), ha sufrido seis reformas en apenas dieciocho años.

⁸ Cuando nos enfrentamos a una persona que ha sufrido un proceso de trata, es sencillo apreciar cómo en el doloroso transcurso de su experiencia, ha visto socavados, de una manera u otra, en uno u otro momento, sus más elementales derechos, aquellos que conforman su dignidad. Como reconoce Naciones Unidas (Folleto Informativo Núm. 36, “Los Derechos Humanos y la Trata de Personas”, Nueva York y Ginebra, 2014), prácti-

Ello justifica que la Fiscalía General del Estado haya establecido, como objetivo prioritario, participar activamente en la lucha contra la trata de seres humanos, implicándose decididamente no sólo en la persecución penal del delito, sino también en su prevención y, especialmente, en la protección de las víctimas, tal como exige la Acción Mundial contra la Trata⁹.

Ese cometido fue encomendado a la Unidad de Extranjería que desde 2007 ha empeñado sus mayores esfuerzos a cumplimentarlo. Primero, participando muy decididamente en la elaboración del borrador de proyecto de modificación del Código Penal para que se regulara el delito de trata de seres humanos diferenciadamente del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina y, después de la incorporación al Código Penal del artículo 177 bis (delito de trata de seres humanos), coordinando la actividad de los fiscales delegados de extranjería en cada uno de los pilares en los que se asienta la referida acción¹⁰.

camente todos y cada uno de los derechos fundamentales del ser humano son violentados: la prohibición de discriminar por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; el derecho a la vida; el derecho a la libertad y la seguridad; el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso o trabajo en condiciones de servidumbre por deudas; el derecho a no ser sometido a torturas y/o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a no sufrir violencia de género; el derecho a la libertad de asociación; el derecho a la libertad de circulación; el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias; el derecho a un nivel de vida adecuado; el derecho a la seguridad social; el derecho del niño a una protección especial.

⁹ Vide, Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas, Resolución aprobada por la Asamblea General 64/293.

¹⁰ **En la prevención del delito.** A) Mediante la obtención de información fiable del fenómeno a través del seguimiento de todas y cada una de las causas que se incoan en cualquier lugar de España (Notas informativas y Diligencias de Seguimiento de la trata de seres humanos); Participando en la formación especializada de jueces, abogados, cuerpos y fuerzas de seguridad, fiscales y otros funcionarios, tanto españoles como extranjeros. B) Coordinándose con los diferentes agentes con competencia en la lucha contra la trata (la Relatoría Nacional contra la trata; Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado y Ertzaintza; Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO); Red Española contra la trata), colaborando con instituciones públicas y organizaciones sin ánimo de lucro en labores de concienciación (ONG, Secretaría General de Inmigración y Emigración; Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género, Agencia Nacional de Trasplantes de Órganos). C) A nivel internacional hemos participado reiteradamente en las reuniones que de forma regular son convocadas por la Comisión Europea, el Consejo de Europa, Interpol, FRONTEX, Eurojust, OSCE y Naciones Unidas en materias relacionadas con la lucha contra la trata de personas, y la persecución de redes de inmigración irregular, y, desde este año, con la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Desde hace años esta Unidad es la encargada de facilitar los datos estadísticos relacionados con los procedimientos penales por delito de trata de seres humanos a la Secretaría de Estado de los EEUU para la elaboración de los informes anuales que a nivel mundial se publican por dicha Institución. **En la persecución del delito.** Coordinando la investigación y el ejercicio de la acción penal y civil por el delito de trata de seres humanos y delitos conexos en el sentido marcado por la Circular 5/2011 FGE: A) Tanto a nivel interno (Fiscales Delegados de Extranjería) como con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Brigada Central contra la Trata de Seres Humanos; Departamento de delitos contra las personas perteneciente a Unidad Técnica de Policía Judicial de la Guardia Civil); B) Como internacional: fiscalías extranjeras, Eurojust, Cooperación interinstitucional para fortalecer la investigación, atención y protección a víctimas del delito de trata de personas en el ámbito de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, surgido tras la II Cumbre iberoamericana sobre trata de seres humanos que se celebró en Santiago de Chile del 21 al 23 septiembre de 2011. **En la protección de las víctimas del delito** Mediante la coordinación institucional del apartado XVI b del Protocolo Marco de Protección de Víctimas de Trata. Esta Unidad es la encargada de asistir a las reuniones interinstitucionales de seguimiento de la aplicación del Protocolo Marco de Protección de Víctimas de Trata organizadas por la

Los esfuerzos desarrollados en España en los últimos años para combatir eficazmente la trata de seres humanos en cualquiera de sus modalidades han sido muy importantes y así ha sido valorado por distintos organismos internacionales. Sin embargo, los resultados obtenidos -aun siendo satisfactorios a nivel comparativo con otros Estados de nuestro entorno- son absolutamente decepcionantes en lo que concierne a las dos modalidades de trata de mayor proyección en nuestro país: la explotación de mujeres y la equívocamente denominada explotación laboral.

A ello contribuye, qué duda cabe, factores propios derivados de la complejidad del delito de trata (no es un hecho simple, planteando una pluralidad de problemas concursales), las características subjetivas de la víctima, la imposibilidad de aplicar todas las técnicas modernas de investigación (porque lo prioritario es rescatar a la víctima), las dificultades inherentes a la investigación del crimen organizado transnacional y la necesidad de la cooperación internacional (no siendo factible con determinados estados).

No obstante, hay otros factores de naturaleza normativa que deberían ser corregidos con la mayor urgencia posible: la proscripción del proxenetismo y la tipificación de los delitos de esclavitud, servidumbre, formas análogas a la esclavitud y la servidumbre, y los trabajos forzados, así como una adecuada reelaboración de los delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 311 y ss CP).

Tal como ha sido configurado por el derecho internacional vinculante para España de nada sirve una adecuada transposición de la tipificación del delito de trata de seres humanos (delito precedente) si el delito final (explotación en cualquiera de sus modalidades) no se adecúa a las exigencias de protección de los derechos más elementales que conforman una sociedad como deseamos que sea la española. Es frustrante que se dediquen medios ingentes, y todos los esfuerzos personales, para combatir un delito de estas afrentosas características, cuando la sociedad en que se produce no toma conciencia (visibilidad del fenómeno) o no quiere tomar conciencia (ignorancia de su trascendencia). Sólo con una adecuada proyección legal en los delitos de explotación (proscripción del proxenetismo y tipificación del trabajo forzoso) lograremos alcanzar el fin perseguido de acabar con la trata.

Nos explicamos:

A) Trata y prostitución (explotación sexual). La trata de mujeres para convertirlas en esclavas sexuales es una realidad insoportable desde todas las perspectivas posibles, está directamente vinculada al crimen organizado y constituye uno de los negocios criminales más lucrativos y boyantes (incluso supera al tráfico de drogas)¹¹.

Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género y a las reuniones también interinstitucionales que con carácter bimestral se convocan por la Secretaría de Estado de Seguridad, para seguimiento de la acción conjunta contra la trata de personas. Asimismo, se organizan en la sede de la Unidad reuniones mensuales con representantes de las ONG integrantes de la Red de Trata, en la que se abordan problemas concretos y generales relativos a las víctimas, en aras a obtener la coordinación necesaria para dar una respuesta de atención integral a las mismas.

¹¹ Para conocer la dimensión cuantitativa y cualitativa del fenómeno de la explotación sexual de la mujer a través de la trata aconsejamos ver las Diligencias de Seguimiento de Trata de Seres Humanos (DSTSH) confeccionadas por la Unidad de Extranjería y publicadas en *fiscal.es*, *extranjería*, *documentación y normativa*, desde 2013.

En ellas se aportan los datos criminológicos básicos que resumimos: han sido localizadas víctimas de 60 países; cada año se detecta un mayor número de mujeres menores de edad; aun cuando según la nacionalidad, el origen o la etnia de la víctima sería posible diferenciar una pluralidad de modalidades de trata sexual, es característica común de todas ellas: a) que se logra su captación y el consiguiente desplazamiento abusando de su patente necesidad, escasísima formación y evidente pobreza; b) que son vendidas, permutadas, torturadas,

En España desde que se tipificó el delito de trata de seres humanos -tal como hemos adelantado- se han ido desarrollando todas las medidas requeridas por el derecho internacional para combatirlo (tanto en la prevención del delito, su persecución, la protección de las víctimas y la cooperación internacional).

A pesar de ello el porcentaje de procedimiento judiciales sobreesidos o el número de sentencias absolutorias es muy alto (30%) y tenemos la certeza de que el número de mujeres plenamente identificadas como víctimas de trata sólo es la punta del iceberg.

Ello es así, porque es imposible llegar a su total identificación como consecuencia de que en España el proxenetismo “*consentido*” (realizar la actividad de prostitución bajo la dirección y dependencia del proxeneta que se enriquece con ello) es atípico y tiene una expansión imparable.

En efecto, al no tipificarse el *proxenetismo consentido* se ha trasladado a la sociedad tres mensajes gravemente engañosos, falaces y ajenos a la realidad: *Primero*, que la prostitución es una *actividad laboral no reglamentada* vinculada al ocio, de tal manera que los proxenetes no son tales, son empresarios del sexo. *Segundo*, que la mujer que ejerce la prostitución lo hace porque *quiere*. *Tercero*, en todo caso habría que reglamentar esa “*actividad laboral*” en defensa de la mujer y de la propia sociedad (control de enfermedades venéreas, SIDA, etc.).

Estos mensajes son engañosos. Quienes los afirman desconocen la importante expansión de la trata con fines de explotación sexual en los países que han legalizado la prostitución (por ejemplo, Países Bajos o Alemania). Son falaces, porque desconocen los valores de igualdad de género y proscripción de todo tipo de violencia que debieran regir nuestra convivencia. Los mismos que se escandalizan -con razón- de la utilización de la mujer como objeto decorativo en multitud de facetas cotidianas, aceptan sin rubor que las mujeres sean expuestas en un escaparate de un barrio rojo. Pero, sobre todo, olvidan –o quieren olvidar- que al admitirse el proxenetismo consentido están admitiendo que la mujer pueda autorizar su propia explotación, esto es, que sea reconvertida en mercancía de granjería (sacar utilidad en provecho del proxeneta).

Son desconocedores de la realidad porque la prostitución bajo el manto del proxenetismo consentido en España afecta fundamentalmente a mujeres extranjeras, pobres y extraordinariamente vulnerables.

La experiencia acredita que la atipicidad de ese “*negocio*” constituye un escudo protector del tratante que –salvo excepciones muy significativas- gozará de la presunción de consentimiento de la mujer.

golpeadas, marcadas, humilladas, amenazadas, y coaccionadas de todas las maneras imaginables para vencer su resistencia a ser explotadas, valiéndose incluso de la seducción de adolescentes o de sus creencias culturales (vudú). En muchos casos se utiliza la amenaza a sus hijos u otros familiares cercanos para vencer la resistencia de la víctima; c) que son sometidas a condiciones de explotación insufribles (sin protección, obligadas a actividades sexuales especialmente depravadas, a disposición las 24 horas, acuarteladas, etc.); d) que el grado de sufrimiento es tal que algunas de ellas quedan marcadas de por vida con graves lesiones psicológicas –similares a las que produce la tortura-, llegando a asumir que la situación en que se encuentran es debido a su sola culpa.

Cuando la liberación se produce muchas de ellas no pueden ser retornadas a su país de origen al no ser bien recibidas por la comunidad de la que proceden, incluso pudiendo ser rechazadas por sus propios padres y familiares; que en la mayoría de las ocasiones es imposible que colaboren con la justicia: muchas sufren trastornos psicológicos postraumáticos y estrés disociativo; porque persisten las amenazas directas o indirectas; y, en alguna modalidad (lover boy) se dan las mismas características de la violencia de género en pareja. Obviamente, la mayoría de las mujeres plenamente identificadas como víctimas de trata de seres humanos y el cien por cien de las consideradas en situación de riesgo han sido localizadas en la calle, establecimientos de alterne, clubes o pisos regentados en régimen de proxenetismo consentido.

En efecto, la segunda carencia del sistema -tanto internacional por omisión, como española por declaración expresa- es la de considerar que la *libertad sexual* es el bien jurídico protegido por el delito de prostitución. Con ello, se despreja el propio concepto del término libertad, porque no tiene sentido hablar de libertad sino en relación con personas que se encuentran en igualdad de oportunidades y situación. La realidad es tozuda: la mayoría de las mujeres que ejercen la prostitución bajo la dependencia y dirección de un tercero no han tenido las mismas posibilidades de elección que la inmensa mayoría de las mujeres que habitan en España, porque provienen de la miseria, la marginación y de la discriminación social¹². Además, dado que la inmensa mayoría de las personas que ejerce la prostitución son mujeres, constituye un evidente ejemplo de *discriminación de género perpetuada*¹³.

Todo cuando antecede explica que hayamos obtenido un relativo éxito en la persecución de los supuestos de explotación sexual de personas que no pueden prestar su consentimiento (menores o mujeres con discapacidad patente) o cuando los medios comisivos utilizados para captar, trasladar, recibir o explotar a la víctima son de naturaleza violenta o coactiva y constatables objetivamente (secuestros, amenazas graves, intimidaciones, lesiones, agresiones, compraventa de la víctima, etc.). Sin embargo, es una proeza inalcanzable cuando la decisión migratoria o la imposición de la explotación de la víctima traen su causa del abuso de situaciones de poder o de vulnerabilidad.

Ciertamente en una sociedad permisiva del proxenetismo, es prácticamente imposible probar el abuso de una situación de vulnerabilidad. Ni siquiera es factible a través de construcciones retóricas, anfibológicas, imprecisas y ajenas a la realidad como las previstas en la Directiva 36/2011/UE: *cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso*. Porque las preguntas surgen solas: ¿qué debemos probar? ¿según qué reglas o criterios de referencia? Basta una pregunta del tribunal y una respuesta afirmativa de la víctima para que todo el sistema quiebre: ¿Usted se ha desplazado voluntariamente? ¿Usted sabía que iba a ejercer la prostitución bajo la dependencia de un tercero y con esas condiciones? Siempre contestarán que sí.

En consecuencia, la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual exige la transposición a nuestro ordenamiento jurídico del Convenio *para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, firmado en Lake Success (Nueva York, el 21 de marzo de 1950) que, por cierto, está ratificado por España desde 1962. En los artículos 1 y 2 se prevé la persecución de cualquier modalidad de proxenetismo *sobre la base de la irrelevancia del consentimiento* (concertar la prostitución de otra persona, inducir a la prostitución, corromper a otra persona con objeto de prostituirla; explotar la prostitución de otra persona; mantenimiento,

¹² La Coalición Internacional Contra el Tráfico de Mujeres y Dirección del Programa de la Mujer (UNESCO) lo explica razonadamente: la prostitución no debe ser entendida nunca como una expresión de libertad sexual de la mujer... *sino que tiene que ver casi siempre con la violencia, la marginación, la dificultad económica y la cultura sexista y patriarcal. De acuerdo con esta tesis, la clave para enfrentar el problema pasa por que la sociedad recupere su capacidad de indignación ante esta forma de esclavitud que es la prostitución. La mayor parte de las prostitutas son mantenidas a través de la fuerza premeditada y el abuso físico, pero, a menudo, éste es el resultado del abuso sexual y emocional previo, privaciones y desventajas económicas, marginalización, pérdida de identidad, manipulación y decepción.*

¹³ *Se tiene que reconocer que la explotación y el sufrimiento por parte de las mujeres que se encuentran en la prostitución no son tan solo un problema individual, sino también un fenómeno estructural, donde casi todos los clientes son hombres, y casi toda la mercancía es una mujer. Se trata de un ejemplo de "inequidades de género perpetuadas".* Malin Björk.

administración o financiación de una casa de prostitución; arrendamiento de edificios u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena).

No es la única deficiencia del sistema. Es habitual que por las policías especializadas en la lucha contra la trata de seres humanos se detecten, ya en frontera ya en territorio nacional, a mujeres en situación administrativa irregular en las que concurren suficientes indicadores de ser víctimas de trata de seres humanos. En muchas ocasiones no es posible abrir un atestado con fines de investigación criminal y posterior judicialización sin la colaboración inicial de la víctima ya sea porque no puede (a veces es inconsciente de su situación como ocurre en el caso de detección en frontera) o no quiere (normalmente por terror a la delación).

Es una deficiencia del sistema, porque, en el ámbito del derecho administrativo de la extranjería, el artículo 59 bis LOEX se ha preocupado de esta problemática de una manera que calificamos de insuficiente pues todas las medidas previstas¹⁴ se vinculan a conseguir la cooperación de la víctima en la investigación del delito. Sin embargo, si las autoridades del Estado competentes y de acreditada especialización han valorado que la persona sujeta a expediente sancionador administrativo es una víctima de trata de seres humanos por la concurrencia de los necesarios indicadores, no es posible admitir otra respuesta que no sea su protección integral hasta su absoluta recuperación. Este grupo, preferentemente de mujeres, debería ser tomado en consideración y amparado por la futura Ley Integral contra la Trata.

B) La incorrectamente denominada trata laboral. El artículo 177 bis 1 a) CP tipifica la trata con fines de *imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.*

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no ha tipificado ninguna de estas modalidades de explotación. Ni existe el delito de trabajo forzoso, ni el delito de esclavitud, ni tampoco el delito de servidumbre¹⁵.

En relación con el trabajo forzoso la necesidad de su expresa tipificación deriva de distintos instrumentos de Naciones Unidas¹⁶ que definen cada uno de los elementos a tomar en consideración:

Por **trabajo hay que entender cualquier servicio, empleo, actividad o esfuerzo humano de carácter productivo o de mera utilidad, desarrollado en cualquier sector económico, esté regulado (trabajo doméstico, construcción, agricultura, industria, restauración, minería, etc.) o no esté regulado (prostitución, mendicidad, etc.), incluso cuando constituya una actividad delictiva, exigida por un tercero y prestado bajo su dependencia.**

Hay que interpretar que existe trabajo **forzado** u obligatorio, cuando el trabajador no ha prestado libremente su consentimiento en el momento inicial o no puede abandonarlo en el momento que él decida (no puede abandonarlo con un razonable periodo de preaviso sin un previo pago u otro tipo de prestación).

¹⁴ Suspensión del procedimiento sancionador administrativo, concesión de un periodo de restablecimiento y reflexión, exención de responsabilidad administrativa, retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales.

¹⁵ La mendicidad sólo es perseguida parcialmente en el artículo 232 CP, referida a menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

¹⁶ Convenio de Naciones Unidas sobre el trabajo forzoso (1930), Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (1957), Protocolo de 2014 relativo al convenio sobre el trabajo forzoso y la Recomendación 203 OIT de 11 de junio de 2014, sobre las medidas complementarias para la supresión efectiva del trabajo forzoso.

Por ello, el trabajo forzoso está directamente vinculado a la trata de seres humanos, esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud (significadamente, según OIT diversas formas de servidumbre por deudas).

Y, en relación a los *medios para obtener el consentimiento del trabajador o para vencer su resistencia* estarían comprendidos todos los medios comisivos previstos en el delito de trata de seres humanos: violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad, mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima.

En consecuencia, el concepto de *trabajo forzoso* no sólo comprende las *relaciones laborales regulares* (esto es las que ampara el Estatuto de los Trabajadores y toda la legislación laboral) sino también toda actividad humana lícita o ilícita que sea impuesta a un tercero en beneficio del explotador (significadamente, en lo que aquí interesa, la realización de actividades delictivas, la prostitución, cualquier forma de mendicidad, etc.).

Así conceptualizado el *trabajo forzoso*, su tipificación debe ser diferenciada de los supuestos que en la actualidad se enmarcan bajo la denominación de los delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 y ss CP) pues, como se ha dicho, es patente que tiene una proyección mucho más amplia que las encuadradas en la mera *explotación laboral*, esto es, la que implica la imposición de condiciones laborales contrarias a la legislación estatal laboral.

La falta de tipificación del delito del trabajo forzoso (por extensión de la esclavitud y de la servidumbre) trae unas consecuencias muy desafortunadas: *Primero*, sólo puede perseguirse el delito de trata (delito precedente) en concurso con el delito final de explotación en los supuestos en que la actividad desarrollada por la víctima está regulada por la legislación laboral¹⁷, pero quedan al margen el resto de actividades no reguladas (mendicidad) o simplemente ilícitas (comisión de delitos)¹⁸. *Segundo*, no sólo es muy difícil la persecución de un delito que no está tipificado de manera autónoma¹⁹, sino también establecer un sistema coherente (política o plan) de prevención del trabajo forzoso, lograr la protección integral e institucional de la víctima²⁰ y alcanzar un eficaz nivel de cooperación internacional (homogeneidad de legislaciones). *Tercero*, no estando tipificado autónomamente, el delito ha quedado sustraído a la intervención directa de la Inspección de Trabajo y a la acción de los sindicatos, salvo los supuestos de que el trabajo impuesto sea una actividad laboral regulada.

¹⁷ La reciente STS 17/5/2017 (Núm. 348/2017) es concluyente: ***Ha de tratarse de una verdadera relación laboral, es decir prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada legal. Un contrato de trabajo que tendría cabida en el art. 1. 1º del Estatuto de los Trabajadores; es indiferente que los trabajadores sean legales o ilegales, que el contrato sea verbal o escrito o que las condiciones de trabajo sean expresas o tácitas. Es necesario que las condiciones del contrato supongan un perjuicio para sus derechos laborales, más allá de los derivados de su situación de ilegalidad, de la que resulta la inexistencia de permiso de trabajo y ausencia de alta en la seguridad social.***

¹⁸ La explotación de la mendicidad, como adelantamos, sólo tiene una tipificación parcial; la prostitución en España, que nunca puede tener la consideración de trabajo regular, si se encuentra tipificada expresamente en los artículos 187 y 188 CP, aunque de manera muy deficiente como ya hemos explicado.

¹⁹ No olvidemos, que el delito de trata de seres humanos es de tendencia, por lo puede haber delito de trata (delito precedente) sin delito final (trabajo forzoso), pero también puede existir un delito de trabajo forzoso sin previo delito de trata.

²⁰ Además, provoca una despreocupación por el fenómeno por parte de las ONG que sólo han desarrollado su ámbito de actuación en el campo de la explotación sexual y muy limitadamente en relación con la trata de migrantes.

En consecuencia, sería oportuna la elaboración de un estudio completo que sirva de base a una propuesta de modificación del Código Penal dirigida a tipificar el delito de trabajo forzoso como delito diferenciado de la explotación laboral estricto sensu (delitos contra los derechos de los trabajadores), y, en su caso, la esclavitud y la servidumbre²¹.

Mientras tanto, desde el año 2013 hasta 2017, la Unidad de Extranjería ha realizado un seguimiento pormenorizado del fenómeno de la trata con fines de explotación laboral²².

III. DELITOS DE FAVORECIMIENTO DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL

La tipificación de los delitos de favorecimiento de la inmigración ilegal, tráfico ilegal de personas, contrabando de inmigrantes o, siguiendo la terminología de nuestro Código Penal (rúbrica del Título XV bis del Libro II del Código Penal), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, ha sufrido una evolución paralela con el desarrollo de los flujos migratorios, con importantes cambios de criterios de política criminal y, en demasiadas ocasiones, con redacciones confusas.

Se enfrenta a una realidad extremadamente compleja y cambiante que en la actualidad está adquiriendo niveles de máxima preocupación en toda la Unión Europea, responsable última de las respuestas de todo tipo que deben satisfacer no sólo el aseguramiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, sino también el principio de que los migrantes, cualquiera que sea su origen, nunca pueden ser tratados como delincuentes por el hecho de ser objeto de esos delitos (art. 6 del Protocolo de Palermo contra el tráfico ilícito de migrantes, 2000).

Esta constante mutación legislativa es motivo de preocupación de la Fiscalía de Extranjería por la necesidad de ir modificando los criterios exegéticos según la nueva redacción típica, y por-

²¹ Del mismo modo, debería aprovecharse la ocasión para sistematizar correctamente y actualizar la redacción de los delitos contra los derechos de los trabajadores, en donde se establecieran subtipos cualificados o agravados en relación con supuestos de especial gravedad (explotación fundada en la discriminación de la mujer y la explotación de los inmigrantes en situación administrativa de ilegalidad); así como establecer un tratamiento específico de la responsabilidad de las personas jurídicas en la subcontratación de trabajadores sometidos a trabajos forzados.

²² En concreto de han incoado 55 DSTSH en las que las víctimas -hombres y mujeres- han sido trasladados a España con engaño, violencia, intimidación o abuso con la finalidad principal de ser explotados en distintas actividades laborales reconocidas por la legislación laboral. Se han identificado víctimas de veintiséis países: 28 africanas en las que predominan las víctimas varones (78,7%) en su mayoría obligadas a ejercer trabajos agrícolas; 31 americanas, en su mayoría mujeres destinadas al servicio doméstico (93%); 44 víctimas asiáticas, en su mayoría varones (95%) destinados a la hostelería e industria textil; y 382 europeos en su mayoría varones (82%) destinados en labores agrícolas esencialmente (búlgaros, lituanos, portugueses y rumanos). Por su número destacan los nacionales de Rumanía; habiéndose detectado 249 presuntas víctimas (en su mayoría hombres: 62%) que son explotados en el sector agrícola y en la mendicidad (45, de los que 9 son mujeres y 11 menores de edad) que prácticamente la monopolizan (aunque también se han detectado víctimas nigerianas, 6 mujeres y 3 hombres). El mayor número de atestados policiales se han iniciado por denuncia de las víctimas que han logrado escapar de sus explotadores (28 DSTSH), el resto son investigaciones proactivas, entre las que se persigue la desarticulación de 15 organizaciones o grupos criminales. Los medios comisivos utilizados para doblegar la voluntad de sus víctimas son de la más variada naturaleza (ver DSTSH): violencia física y psicológica, retirada de documentación, secuestro y amenazas. Las condiciones a las que son sometidas las víctimas admiten, desde el alojamiento acuartelado y hacinamiento (a veces en chamizos que no servirían para cobijar a animales) hasta la imposición de jornadas insostenibles, deudas aleatorias, falta de alimentación, etc.

que es indicadora de una verdad que parece imponerse: el derecho penal y la Administración de Justicia nunca han servido para resolver determinados conflictos sociales, entre ellos los que tienen su causa en factores como la globalización de la pobreza, huida de la persecución, la guerra, el hambre, etc. Son otras instancias las que tienen que solucionarlos²³.

Los delitos de favorecimiento de la inmigración ilegal en España han sufrido una radical modificación a partir de la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Definitivamente se ha apartado del concepto de tráfico ilícito de migrantes o contrabando de personas tal como era definido por el artículo 3 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional²⁴, y directamente ha transpuesto el delito de ayuda ilícita a la entrada, tránsito o permanencia en territorio europeo de ciudadanos no comunitarios previsto en la Directiva 2002/90/CE²⁵.

El nuevo enfoque es trascendente: basta una lectura superficial del artículo 1 de la Directiva para comprobar que ninguno de los tipos básicos que define tiene por finalidad directa o indirecta la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros ni, mucho menos, la protección de los derechos de todos los ciudadanos extranjeros. Exclusivamente es una disposición dirigida a proteger el derecho a la indemnidad de las fronteras de la UE pues sanciona penalmente las conductas de quienes conscientes y voluntariamente infringen las normas administrativas de control de fronteras para ayudar a un inmigrante a entrar, transitar o permanecer (en este caso con ánimo de lucro) en territorio español.

El problema es que la reforma se ha realizado de forma muy precipitada, generando gran incertidumbre: **Primero**, porque mantiene la rúbrica del título donde se ubica el artículo 318 bis CP (“*delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”). No deja de ser un contrasentido

²³ A la hora de reflexionar sobre las medidas a adoptar frente al incremento de la llegada creciente de inmigrantes procedentes de África con destino a Europa que, muy probablemente irá en aumento en años sucesivos, habría que tener en consideración dos datos históricos: primero, que una parte importante del progreso económico de Europa se ha basado en la obtención de mano esclava africana con destino a América (S. XV) y en el colonialismo de explotación agrícola y minera de gran parte de su territorio (consensuado en el pacto de Berlín del año 1884) basado en las ideas de la revolución industrial del S. XIX; y, segundo, que la descolonización africana, en el S. XX, no se hizo responsablemente por las potencias europeas toda vez que *fue incapaz de acabar muchos de los conflictos sociales y étnicos que se habían incubado durante décadas y que, de hecho, hoy en día muchos de estos conflictos aún perviven* (ACNUR).

²⁴ Dirigido a la protección de los derechos de los Estados miembros (el notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de migrantes y otras actividades delictivas conexas tipificadas en el presente Protocolo, que causan graves perjuicios a los Estados afectados) pero también encaminado a defender los derechos de los migrantes (convencidos de la necesidad de dar un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos y preocupados también por el hecho de que el tráfico ilícito de migrantes puede poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes involucrados).

²⁵ El legislador declara expresamente en el Preámbulo de la ley cuáles son sus pretensiones: “*definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves*”.

incorporar en un delito de carácter formal como el de inmigración, un elemento que indica lesión o puesta en peligro de derechos personales que no se atisban en la formulación de los tipos básicos (ordinales 1 y 2). Además, al no haberse sustituido esa rúbrica por la de “*delitos de favorecimiento o ayuda a la inmigración ilegal*” introduce elementos de confusión a la hora de delimitar lo que constituye delito y mera infracción administrativa. **Segundo**, porque, dada la transcripción literal del artículo 1 de la Directiva, parece que la intención del legislador con la reforma del artículo 318 bis CP no es otra que la de limitar las consecuencias penológicas de los tipos básicos de la ayuda a la inmigración ilegal. Sin embargo, al realizarse una transposición automática y prescindiendo de la doctrina jurisprudencial asentada sobre la anterior redacción del artículo 318 bis CP, pueden surgir dudas sobre aspectos tan relevantes como si se ha alterado su naturaleza jurídica de delito de mera actividad en delito de resultado, sobre la valoración acerca de la existencia de pluralidad de delitos en el caso de unidad de acción y pluralidad de inmigrantes, sobre el sujeto pasivo del delito (Estado o migrante), e, incluso, sobre el tratamiento de la inducción al delito.

Al día de hoy, tras la entrada en vigor de la reforma (1/7/2015) se han dictado diecisiete sentencias por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en las que se alude, incluso se valoran, distintos aspectos de la reforma del artículo 318 bis CP²⁶. En ellas, se realizan valoraciones muy significativas, pero, a veces contradictorias, sobre el sentido y alcance de la reforma.

Lo razonable sería replantearse una nueva reforma del artículo 318 bis CP -al menos la rúbrica del título y su ubicación sistemática- y la redefinición de determinadas infracciones muy graves previstas en la Ley Orgánica de Extranjería. Hasta entonces consideramos imprescindible dar unas pautas interpretativas que unifiquen el criterio del Ministerio Fiscal a través de la proposición de la correspondiente Circular. En ello estamos trabajando.

IV. INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

El internamiento de extranjeros en Centros destinados a este fin para materializar su posterior expulsión y repatriación a sus países de origen es una medida altamente cuestionada por diversos sectores sociales.

En este sentido, no corresponde al Ministerio Fiscal en el ámbito de su actuación (art. 124 CE) entrar a debatir sobre una medida decidida por la Unión Europea (Directiva 2008/115/CE *relativa a normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*) que está amparada en el artículo 5 f) del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa, y establecida por una Ley Orgánica (artículo 61.1 LOEX)²⁷.

²⁶ SSTS 20/10/2015 (Núm. 646/2015); 26/10/2015 (Núm. 658/2015); 20/12/2015 (Núm. 861/2015); 3/2/2016 (Núm. 523/2015); 3/3/2016 (Núm. 178/2016); 4/3/2016 (Núm. 188/2016); 19/4/2016 (Núm. 323/2016); 18/5/2016 (Núm. 420/2016); 17/6/2016 (Núm. 536/2016); 19/7/2016 (Núm. 659/2016); 27/10/2016 (Núm. 807/2016); 9/3/2017 (Núm. 261/2017); STS 5/10/2017 (Núm. 656/2017); 15/1/2018 (Núm. 11/2018); 6/3/2018 (Núm. 108/2018); 22/3/2018 (Núm. 144/2018). Sólo esta última versa sobre hechos cometidos con posterioridad al 1 de julio de 2015, fecha de la entrada en vigor de la LO 1/2015.

²⁷ La constitucionalidad de la medida cautelar privativa de libertad prevista en el artículo 61 en cuanto está dirigida a asegurar la resolución final que pudiera recaer en el respectivo expediente administrativo no ofrece duda alguna y así lo ha hecho constar el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones a partir de la STC 7/7/1987 (Núm. 115/1987). Los únicos presupuestos de aplicación es que sea autorizada y controlada judicialmente y que, al resultar afectado el derecho a libertad, sea proporcionada tras valorar todas las circuns-

Sin embargo, sí nos es exigible prestar nuestra máxima atención a velar y promover los mecanismos necesarios para garantizar la legalidad de la decisión privativa de libertad; controlar el carácter excepcional y residual de la medida; y, a través de las correspondientes visitas de inspección de los CIES (art. 4 EOMF) procurar que la estancia en ellos se ajuste a un escrupuloso respeto de los derechos relacionados en la ley (significadamente, el art. 62 bis LOEX).

En lo que concierne a la valoración y decisión de aplicación de las medidas de internamiento –que no es realizada por los fiscales de extranjería sino por la generalidad de la plantilla- puede afirmarse que salvo casos patológicos y puntales²⁸, la aplicación del artículo 61.1 LOEX es normalizada.

En la función de control de los Centros de Internamiento de Extranjeros –en los que se sigue la Nota Interna Núm. 1/2015 de la Unidad de Extranjería sobre Visitas a los Centros de Internamiento de Extranjeros regulados por Reglamento CIE (RD 162/2014, de 14 de marzo, documento normativo que fue informado por esta Unidad antes de su aprobación)- se observan distintas carencias que reiteradamente hemos advertido en las sucesivas memorias: todos ellos necesitan ser mejorados en algún sentido (instalaciones o medios), aunque con carácter general cumplen con los estándares exigidos por la Ley y el Reglamento²⁹.

Pero es verdad, que dada la evolución que recientemente está teniendo el fenómeno inmigratorio irregular hacia España, pueden llegarse a producir estados alarmantes de sobresaturación, que, casi siempre son motivo de situaciones extremadamente conflictivas.

En consecuencia, habría que adoptar medidas de prevención en los CIE existentes y regular adecuadamente los centros provisionales de internamiento para que se ajusten escrupulosamente a los dictados constitucionales.

V. LA DETERMINACIÓN DE LA MAYORÍA O MINORÍA DE EDAD DE LOS EXTRANJEROS INDOCUMENTADOS CUYA MINORÍA DE EDAD NO PUEDA SER ESTABLECIDA CON SEGURIDAD

Corresponde a la Unidad de Extranjería la coordinación y seguimiento de tres actividades relacionadas con los denominados *menores extranjeros no acompañados* (menas)³⁰: primero, el

tancias concurrentes en cada caso, salvo las relativas a la decisión misma de la expulsión, devolución o retorno [SSTC 7/7/1987 (Núm. 115/1987); 26/9/1990 (Núm. 144/1990); 17/1/1994 (Núm. 12/1994); 12/11/1996 (Núm. 679/1996); 20/12/2007 (Núm. 260/2007)]. En este sentido, la STC 303/2005, de 24 de noviembre, consideró que las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial de la medida cautelar de internamiento equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del habeas corpus.

²⁸ Sólo hemos debido intervenir para corregir algunas disfunciones generadas por erróneas prácticas judiciales o para fijar criterios en orden a determinados aspectos interpretativos (en relación a la fijación del plazo de internamiento o a la puesta en inmediata libertad cuando hay constancia de la imposibilidad de la expulsión).

²⁹ Piénsese que los CIE españoles son probablemente los más controlados de Europa. Junto al Fiscal, son objeto de seguimiento por los Jueces de Control de Estancia, el Defensor del Pueblo y las ONG que se encuentran permanentemente en su interior.

³⁰ La Unidad de Extranjería de la FGE realiza las funciones siguiendo la Instrucción FGE 1/2015, *sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los fiscales de sala coordinadores y los fiscales de sala delegados*, esto es formulando propuestas de Circulares, Instrucciones y Consultas y elaborando Dictámenes y Notas Internas con pretensión de unificar criterios de los fiscales que despachan esos procedimientos. En

seguimiento y coordinación de los procedimientos de determinación de la edad de los extranjeros indocumentados localizados por los Cuerpos y Fuerza de Seguridad cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad (art. 35.3 LOEX); *segundo*, el seguimiento y coordinación de los procedimientos de repatriación de los menores extranjeros no acompañados (arts. 191 a 195 REX); y, *tercero*, la supervisión del Registro MENA llevado por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil (art. 215 REX).

Esta actividad recae sobre un fenómeno migratorio especialmente sensible -el de los menores- que cada año crece de manera imparable. Los datos objetivos acreditan la dimensión del problema: en el año 2017, han sido localizados tras llegar a las costas españolas en pateras o embarcaciones similares 2.345 menas (esto es, tanto de menores indubitados como de adolescentes cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad)³¹, significadamente procedentes de África. Ello representa un incremento del 398% en relación al año 2016 (588 menas), y de un 566% respecto al número de menores que llegaron por esta misma vía en el año 2015 (414 menas). Todo indica que durante el año 2018 se va a superar con creces ese número.

En la actualidad, tras la regulación contenida en el Reglamento de Extranjería de 2011, la repatriación o retorno de los MENA a sus países de origen donde volverán con sus familiares o, en su defecto, serán tutelado por los servicios de protección de su país de origen, es una institución que se aplica muy excepcionalmente³².

A su vez, la coordinación del Registro de MENA está regulada por la Instrucción FGE 1/2012. El Registro de MENA es gestionado por el Cuerpo Nacional de Policía y supervisado por el Fiscal. Allí se recogen todas las vicisitudes del menor: dónde ha sido localizado; dónde está; si no se sabe dónde se encuentra; y, en su caso, las pruebas médicas realizadas y Decretos del Fiscal de minoría o mayoría de edad.

Al ser un registro que se inscribe previa reseña de huella dactilar no hay riesgo de error de identificación ni de duplicación de asientos, como podría ocurrir si el menor usara diferentes nombres y la inscripción se hiciera sólo nominativamente. No obstante, la verdadera eficacia del sistema depende de que por todos los que conocen la existencia de un menor, significadamente los centros

ningún caso se constituye como superior jerárquico directo del fiscal que tramita un procedimiento concreto ni constituye una instancia superior a la que pueda recurrirse por vía de queja: *si el Fiscal de Sala aprecia errores, omisiones o extremos susceptibles de ser mejorados, no puede dar una orden al Fiscal territorial para que efectúe la corrección correspondiente, pero deberá remitir oficio motivado al Delegado de la Sección, sugiriendo que se proceda a ella, con la advertencia de que, en caso de discrepancia, eleve comunicación razonada de la misma. Informado el Fiscal-jefe, en caso de mantenerse la discrepancia, el Fiscal de Sala Coordinador someterá la cuestión al Fiscal General del Estado* (instrucción 2.2). Es más, la atribución competencial de la tramitación de los expedientes de MENA, queda atribuida a los Fiscales Provinciales que, en la mayoría de las ocasiones, se la han adjudicado a las Secciones de Menores de la Fiscalía.

³¹ No se disponen de datos cuantitativos sobre los menores que se han introducido en España a través de Ceuta y Melilla, superando la frontera ocultos en vehículo de motor o por otras vías, como paso previo a embarcarse como polizones en buques con dirección a la Península.

³² Antes de la regulación efectuada por el Reglamento de Extranjería aprobado en 2011 (Real Decreto 557/2011) era fuente permanente de conflictos, especialmente porque se omitía un elemental trámite de audiencia del menor y existían discrepancias sobre aspectos relevantes (capacidad procesal del menor, intervención de defensor judicial, asistencia jurídica por letrado, legitimación de las asociaciones y ONG, etc.). Dichas deficiencias fueron corregidas por el nuevo Reglamento que se atuvo a la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en las sentencias Núm. 183/2008 y 184/2008 de 22 de diciembre que recogió las alegaciones de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

de protección, cumplan con la obligación de comunicarlo a los responsables policiales del Registro, lo cual no siempre ocurre en la medida deseada.

Sin embargo, la fuente interminable de problemas exegéticos, conflictos institucionales y preocupación de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado lo constituye sin lugar a dudas el sistema legal de determinación de la edad previsto por el artículo 35.3 LOEX, ratificado por el artículo 42 de la Ley de Asilo, y confirmado por el artículo 12.4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Por uno u otro motivo, nadie preocupado por este fenómeno migratorio está satisfecho con la regulación española de los expedientes de determinación de la edad: ni el Defensor del Pueblo, ni un sector importante de las ONG especializadas en la materia, ni los responsables de los Centros de Protección de Menores de las Comunidades Autónomas, ni el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Tampoco los fiscales, que aceptan que unos y otros tienen parte de razón, aunque no comparten todas las razones que alegan.

Con carácter previo al desarrollo de la cuestión, a modo de síntesis esquemática, podría señalarse que: *primero*, las instituciones de protección de menores reprochan que el sistema favorece la incorporación de muchos mayores de edad que además de desbordar las capacidades de los centros incide muy negativamente en el sistema de protección, pues se impone la peligrosa convivencia de niños con adultos; *segundo*, por el contrario, el Defensor del Pueblo y algunas ONG, denuncian que el procedimiento de determinación de edad carece de garantías, no respeta el derecho a la tutela judicial efectiva, se asienta en unas pruebas médicas invasivas y de muy dudosa fiabilidad, y desconoce el valor debido a la documentación oficial de determinados países con violación de la doctrina asentada por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Alegan, además, que sus efectos, son indeseables: se impone la condición de adulto -con los riesgos que ello produce- a muchos menores de edad. Entre las soluciones que proponen se encuentra no sólo la de crear un procedimiento judicial específico, sino también pruebas médicas alternativas como las psicológicas dirigidas a determinar la “madurez” del presunto menor.

Las quejas del Defensor del Pueblo y de distintas ONG transmitidas a la Fiscalía General en relación con el procedimiento de determinación de la edad han sido numerosas e incesantes, sobre todo, desde 2011. Se ha combatido el sistema en todas las instancias jurisdiccionales: ante el Tribunal Constitucional que inadmitió a trámite (autos Núm. 172/2013 y 151/2013) sendos recursos de amparo interpuestos por la Fundación Raíces en relación con dos decretos de la Fiscalía Provincial de Madrid por el que se fija la edad de personas extranjeras. Ante la jurisdicción contencioso administrativa se pretendió la anulación de determinados apartados del Protocolo Marco³³ sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, también por la Fundación Raíces, que tras su publicación en 2014 (BOE de 16 de octubre), fue recurrido primero ante la Audiencia Nacional, y tras su desestimación, en Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo que de nuevo lo rechazó por Sentencia Núm. 131/2018, de 31 de enero. También se presentaron un buen número de recursos en la jurisdicción civil que determinó una doctrina consoli-

³³ Fue creado para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 190.2 REX de 2011. Tras largas sesiones y trabajos preparatorios en la Secretaría General de Migración e Inmigración, se elaboró el Protocolo como guía de buenas prácticas, destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas (Ministerios de Justicia, de Empleo y Seguridad Social, de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Asuntos Exteriores y de Cooperación, Interior y Fiscalía General del Estado) en relación con la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores y documentación.

da por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la que se fundó la nueva redacción del artículo 12.4 LOPJM³⁴. Además, se han presentado un buen número de demandas ante el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su mayoría pendientes de resolver.

En todo caso, el Comité de los Derechos del Niño se ha hecho eco de los informes de las ONG, en las Observaciones Finales sobre los derechos de la infancia en España (2018). En efecto, en la observación Núm. 44, expresa dos tipos de preocupaciones sobre el sistema de determinación de la edad español: la primera, que esté atribuido al fiscal la competencia de la tramitación de los procedimientos de determinación de la edad (“*que según la legislación española el Fiscal está autorizado para llevar a cabo procedimientos de determinación de edad de niños extranjeros no acompañados*”); y, la segunda, por la naturaleza de las pruebas médicas practicadas (“*el uso de métodos intrusivos de evaluación de la edad, incluso en casos en que los documentos de identificación parezcan ser auténticos, particularmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y a pesar de varias decisiones del Tribunal Supremo sobre esta práctica*”).

Estas observaciones motivaron la redacción de la Nota Interna Número 2 de la Unidad de Sala de Extranjería en la que, tras recordar que la atribución al fiscal de la competencia para tramitar los expedientes de determinación de la edad es fijada por la ley y justificada por nuestra configuración constitucional, se recuerda a los Fiscales de manera sistemática y precisa cuales deben ser sus criterios de actuación para satisfacer las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico vigente. Todos ellos se ajustan no sólo al Protocolo MENA sino también a la doctrina más exigente de nuestra Jurisprudencia, constitucional, civil y administrativa³⁵.

En este lugar, carece de sentido insistir en el análisis de todas y cada una de las cuestiones suscitadas a la hora de criticar el sistema de determinación de la edad previsto tanto en el artículo 35 LOEX, en el artículo 42 de la Ley de Asilo, o en el artículo 12.4 LOPJM (todas ellas han sido

³⁴ “*Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: el inmigrante de cuyo **pasaporte o documento equivalente de identidad** se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, **procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad.** En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad*” (Sentencia Núm. 453/2014). Vide también, Números 452/2014; 11/2015; 13/2015; 318/2015; 320/2015).

³⁵ La Nota recuerda la posición constitucional de nuestro Ministerio. Posición avalada por la doctrina del Tribunal Supremo: si es atribuida esa competencia es debido a que *la legislación española* (configura) *al Ministerio Fiscal como la Institución encargada de la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público tutelado por la ley (art. 124 de la CE). En el art. 3 de la ley 50/81, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal concreta esta responsabilidad al encomendarle la representación y defensa, en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como, promover y formar parte de los organismos tutelares que tengan por objeto la protección y defensa de menores*” (STS, secc. 3ª, Núm. 2194/2016, de 11 de octubre). No hay que olvidar, además, que la intervención del Fiscal en lugar del Juez fue concebida en sus orígenes como mecanismo de evitar un estigma penal a los presuntos menores cuya edad se va a dilucidar. La Nota también, sintetiza los aspectos más relevantes de nuestra actuación: Sobre los principios generales que ordenan nuestra actividad principio del “interés superior del menor”; Sobre la Naturaleza del decreto del Fiscal y sus efectos; Sobre la decisión sobre la práctica de pruebas médicas de determinación de la edad; Sobre la alegación “ex novo” de minoría de edad en el Centro de Internamiento de Extranjeros; y, Sobre las pruebas médicas de determinación de la edad y su valoración.

analizadas y discutidas por abundante jurisprudencia, doctrina e instrumentos de la Fiscalía General del Estado)³⁶.

Lo oportuno, dado que todos los que operamos en este ámbito estamos de acuerdo en que el sistema legal no es satisfactorio, es debatir sobre las bases en las que debe asentarse una reforma del sistema que consiga cumplir con el doble objetivo de: Uno, impedir, incluso contra su voluntad, que ningún menor sea tratado como mayor y sea apartado del sistema de protección institucional; y, Dos, evitar que adultos que se hacen pasar por menores sean reconocidos como tales en perjuicio de los menores que se encuentran en el sistema de protección que tienen derecho a no convivir con mayores de edad.

Ello significa:

Primero: aceptar que el sistema que se proyecte debe estar orientado a lograr la *certeza* de que el extranjero de cuya minoría de edad se duda tiene una *edad cronológica menor de dieciocho años*.

Es decir, el procedimiento que se establezca no puede ir dirigido a establecer una edad concreta, sino limitadamente debe estar orientado a determinar si es mayor o menor de dieciocho años³⁷.

Segundo. Establecer el carácter vinculante de la decisión adoptada (cuando adquiriera la condición de firme y definitiva) en todas las jurisdicciones, incluso la penal.

Para ello sería preciso modificar el artículo 375 LECrim³⁸. Además, hay que tener presente que la determinación de la mayoría de edad cronológica afecta no sólo al autor del delito sino también a la víctima del mismo en la medida que muchos tipos penales tienen en cuenta la minoría de edad para establecer tipos cualificados³⁹.

³⁶ Desde la naturaleza meramente cautelar y provisionalísima del decreto del Ministerio Fiscal, criterios de revisión del decreto inicial, valoración de documentación extranjera, pruebas que deben ser practicadas, tiempo, condiciones y lugar, etc. Vide Notas Internas Extranjería 1 y 2 de 2018.

³⁷ Los dieciocho años es la edad de referencia para la plena capacidad de obrar de los españoles de conformidad con el artículo 12 CE (*los españoles son mayores de edad a los dieciocho años*), para someterse al ámbito de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (art. 1 *La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad*) que reproduce el artículo 1 de la Convención sobre los derechos del Niño (*para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*).

³⁸ Artículo 375 *Para acreditar la edad del procesado y comprobar la identidad de su persona, el secretario judicial (letrado de la Administración de justicia) traerá al sumario certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro civil o de su partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro. En todo caso, cuando no fuere posible averiguar el Registro civil o parroquia en que deba constar el nacimiento o el bautismo del procesado, o no existiesen su inscripción y partida; y cuando por manifestar el procesado haber nacido en punto lejano hubiere necesidad de emplear mucho tiempo en traer a la causa la certificación oportuna no se detendrá el sumario, y se suplirá el documento del artículo anterior por informe que acerca de la edad del procesado, y previo su examen físico, dieren los Médicos forenses o los nombrados por el Juez.*

³⁹ El carácter meramente cronológico de la minoría de edad (menor de 18 años) también es recogido como subtipo agravado de naturaleza objetiva, especialmente relevante en el caso del delito de trata de seres humanos (artículo 177 bis CP): *“acreditada la menor edad de la víctima, como sucede en el caso actual, y siendo manifiesta la finalidad de explotación, concretada en la dedicación de la menor a la prostitución, no se precisa acreditar de modo específico la utilización de los medios a que se refiere el apartado primero del precepto”* (STS 15/12/2015, Núm. 827/2015).

Los problemas que plantearía la existencia edades contradictorias en relación con una misma persona, según la jurisdicción de que se trate, pueden ser inconmensurables.

Tercero. El procedimiento -por razón de la celeridad, urgencia y contenido- debería ser de naturaleza administrativa que pudiera instarse de oficio, a requerimiento del interesado, o a instancia de cualquier autoridad, y en el que queden garantizados los principios de defensa y contradicción.

La resolución que le ponga fin en esta instancia, no debería tener carácter cautelar o provisionalísimo, pudiendo ser recurrida ante la jurisdicción contenciosa. En el trámite de admisión el Juzgado que conozca del recurso, debería pronunciarse sobre su ejecución provisional con carácter previo.

Cuarto. En la ley que regule ese procedimiento debería establecerse un protocolo médico legal común para todo el territorio nacional que establezca las pruebas médicas a practicar, el personal que debe realizarlas, las condiciones de su aplicación y que exija la uniformidad científica de los informes. Salvo supuestos patológicos muy excepcionales es posible lograrlo⁴⁰.

En este sentido, conviene llamar la atención de que carecería de aplicación el párrafo 31 de la Observación General Número 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño. Dada su ubicación sistemática (Capítulo V que lleva por rúbrica “*respuestas a las necesidades de protección generales y concretas*”⁴¹) es debido interpretar que se está refiriendo a los extranjeros de los que no se duda de su *minoría de edad*, pero se desconoce su edad concreta, necesaria para poderse ejercer muchos derechos, para adoptar las medidas adecuadas en orden a su protección integral, significadamente en lo que concierne a la formación, escolarización e integración normalizada del menor, o para tomar en consideración la opinión del menor en todos los asuntos que les afecten⁴². Por ello, y desde el primer momento, es prioritario y necesario que los centros de menores adopten las medidas necesarias para establecer el grado de madurez psicológica del que se tiene constancia que es menor⁴³.

⁴⁰ En este sentido es convincente el estudio realizado por el Doctor Pedro Manuel Garamendi (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Huelva, Servicio de Patología Forense), que es recogido en la Nota Interna de la Unidad de Extranjería Núm. 2 de 2018. En él se disipan multitud de dudas y erróneas interpretaciones sobre todas y cada una de las prácticas médicas: exploración general, entrevista y examen morfológico con la finalidad de recopilar datos identificativos; estado de salud; de patologías y factores interferentes y el grado de maduración sexual externa de Tanner; el examen RX del carpo de la mano izquierda (significadamente el atlas de Greulich y Pyle); ortopantomografía dental (Demirjian y A.B.F.O) sobre la maduración del tercer molar (muela del juicio); y el examen RX o TAC de extremidad proximal de clavícula sobre la cuantificación de la maduración de la epífisis proximal de la clavícula y su unión a la diáfisis.

⁴¹ **La evaluación inicial** comprende una serie de medidas, entre ellas: la determinación de la edad, para lo cual no sólo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su **madurez psicológica**.

⁴² Por ello, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño viene a reconocer una categoría específica que la doctrina ha denominado “menores maduros”.

⁴³ Otra interpretación sería inadmisibile: es obvio que tratar de vincular la fijación de la minoría de edad a pruebas distintas de las que aportan las ciencias forenses llevaría al absurdo de declarar en casi todos los casos a personas menores de 18 años como mayores de edad, toda vez que -como reconocería la psicología aplicada- el grado de madurez de un menor que ha experimentado un episodio migratorio traumático y en muchas ocasiones extraordinariamente peligroso, será probablemente superior al que alcanza un menor español de edad biológica equivalente. Sería contrario a nuestro sistema constitucional en relación al derecho penal: “*la menor edad en nuestros códigos penales viene siendo aplicada en base a unas consideraciones estrictamente cronológicas que no tienen en cuenta nunca la capacidad psíquica real del sujeto al que se refieren, para cuya incidencia hay previstas otras normas penales diferentes... hay que partir de esa naturaleza objetiva que sólo*

Una modificación del sistema con las bases propuestas es evidente que exigirá una costosa dedicación de medios materiales y personales, pero será la única manera de satisfacer las exigencias del Comité de los Derechos del Niño, de la sociedad civil y de las instituciones públicas de protección de menores.

tiene en cuenta para su aplicación el dato cronológico de la edad. Al día siguiente del aniversario correspondiente ya es aplicable el sistema de la mayoría de edad penal, sin posibilidad alguna de aplicación para estos supuestos de la circunstancia atenuante por analogía del actual art. 21. 6ª que se corresponde con la del art. 10. 10ª del CP anterior” (STS Sala Segunda de 4/12/2012, Núm. 922/2012). Se abriría la puerta de un debate muy peligroso: el juicio de discernimiento como base de la responsabilidad penal que, como en algunas legislaciones, justifica el enjuiciamiento como mayor de un menor.

El Ministerio Fiscal y la Constitución en su actuación en su función de protección de las víctimas del delito

ALMUDENA LASTRA DE INÉS

Fiscal de la Fiscalía de la Comunidad de Madrid. Representante de la Fiscalía General del Estado en el Consejo Asesor de Víctimas.

SUMARIO

I. Introducción. II. Las víctimas y nuestro ordenamiento jurídico previo a su estatuto. III. La relación entre las víctimas y el fiscal a través de las memorias. IV. El estatuto de la víctima.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Constitución en 1978 incidió, huelga decirlo, en todas las instituciones del Estado pero en el caso del Ministerio Fiscal supuso una auténtica ruptura con el pasado haciendo que un órgano dependiente del poder ejecutivo con unas funciones básicamente de naturaleza penal, evolucionara hasta convertirse en una institución indispensable para garantizar la existencia del estado social y democrático de Derecho que actúa en el Poder Judicial, de ahí su regulación en el Título VI, con autonomía funcional. La nueva posición del Fiscal como defensor de la ley, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, que ha de velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social¹, se ha ido perfilando a lo largo de cuatro décadas al tiempo que la sociedad iba construyendo un Poder Judicial con vocación de llegar a ser fuerte e independiente bajo el nuevo marco constitucional.

Es claro que entre las funciones que al Fiscal atribuye el artículo 124 se encuentra la de procurar la satisfacción de las víctimas, debiendo estar orientada su actuación a garantizar que éstas

¹ **Artículo 124** “1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. 4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.”

obtengan la tutela efectiva de los tribunales². Sin embargo, siendo este uno de sus principales cometidos, lo cierto es que la relación del Ministerio Fiscal con las víctimas no ha sido la misma a lo largo de estos cuarenta años, sino que ha cambiado al tiempo que lo hacían la propia institución y la Administración de Justicia en general como pone de relieve la lectura de las Memorias que cada uno de esos años el Fiscal General del Estado ha elevado al Rey dando cuenta de su actividad.

Este trabajo por su extensión y por su naturaleza no pretende ser un estudio exhaustivo de la situación de las víctimas en el sistema jurídico español pero sí ofrecer a quien se aproxime a su lectura una visión de lo que ha sido el vínculo entre el fiscal y las víctimas en los últimos 40 años de la historia de España, a la luz de la Constitución de 1978.

II. LAS VÍCTIMAS Y NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO PREVIO A SU ESTATUTO

El devenir histórico de nuestro país ha traído consigo, entre otras cosas y como en muchos otros ámbitos, que llegáramos tarde al estudio de la específica problemática de las víctimas, salvedad hecha de determinados colectivos por desgracia obligados a asumir un protagonismo que desde luego no puede generalizarse al resto – nos referimos a las víctimas de los delitos terroristas-, y ese retraso obedece, probablemente y entre diferentes factores, al hecho de no haber participado en ninguna de las dos grandes guerras del siglo pasado a diferencia de lo que ocurrió en los países de nuestro entorno cultural y/o por estar más preocupados tras la dictadura por desarrollar un sistema de garantías para el proceso, centrando nuestra atención en el delito y en su autor más que en el perjudicado. El complejo proceso que nos llevó hasta ella y la difícil transición desde una dictadura militar a un régimen democrático supuso además que hubiera de desatenderse el reconocimiento de derechos de las víctimas de delitos que fueron amnistiados y de muchos delitos cometidos durante la dictadura que no fueron enjuiciados, cobrando en la última década estos últimos un claro protagonismo.

Por estas circunstancias, la preocupación por los derechos de las víctimas se retoma en nuestro país ya bien avanzado el régimen constitucional y de una forma poco integral. Mientras que en la década de los cincuenta en Estados Unidos Hans von Hentig³ hacía un intento por clasificar a las víctimas y en 1947 Benjamín Mendelshon ya hablaba de Victimología en la Sociedad de Psiquiatría de Bucarest como una ciencia separada de la Criminología, en España el interés de la víctima se ve reemplazado por el del bien jurídico tutelado del que es titular, limitándose su intervención a la de agente que inicia el proceso y cuyo comportamiento puede ser tenido en cuenta para el establecimiento de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sometida casi siempre a lo que se denomina victimización secundaria o *revictimización* al jugar el simple papel de “prueba de cargo” obligada a prestar testimonio en el Juicio Oral o con una intervención reducida, en la mayoría de los casos, al ejercicio de la acción civil resarcitoria.

El concepto comúnmente aceptado de víctima lo encontramos en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder adoptada por la **Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985**, que las define como *“las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de*

² **Artículo 24.1.** Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

³ “El Criminal y sus Víctimas”, Universidad de Yale, 1948

*los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización"*⁴.

En el ámbito europeo, el Convenio número 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos en vigor desde 1988, constituye un referente jurídico de primer orden en el tratamiento de esta materia⁵, junto con la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.

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, y por la que se sustituye la **Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo** es otra de las normas que sirven de referencia.

Hay que destacar también, en el ámbito de protección a las víctimas de trata de seres humanos, la **Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004**, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.

Fundamental es también el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (conocido como **Convenio de Estambul**), abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, que entró en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014.

Lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico las víctimas no han recibido un trato homogéneo sino hasta fecha muy reciente, siendo lo habitual en la última década del siglo pasado que el Legislador se haya ocupado de ellas en función del tipo de delito del que lo fueren.

Así, hasta la Ley 35/1995 sobre la que necesariamente hemos de detenernos más adelante, sólo las **víctimas del terrorismo** fueron objeto de especial protección a través de un sistema de ayudas económicas constantemente sometido a revisión a lo largo de este especialmente sangriento periodo de nuestra democracia. De este modo, el **Real Decreto-ley 19/1981**, de 30 de octubre, sobre pensiones extraordinarias a víctimas del terrorismo, o la **Ley 32/1999, de 8 de octubre de solidaridad con las víctimas del terrorismo** y el Real Decreto 1912/1999 de 17 de diciembre de ejecución de la ley, fueron pasos previos hasta la vigente **Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo**. Dicha norma obliga a la Administración General del Estado a establecer los criterios esenciales para la elaboración de los protocolos de actuación para situaciones derivadas de un atentado terrorista y la elaboración de

⁴ Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán, 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985.

⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983 Publicado en «BOE» núm. 312, de 29 de diciembre de 2001.

una Carta Europea de derechos de las víctimas del terrorismo⁶. El Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, aprueba el Reglamento de desarrollo de esta Ley. En lo que a este tipo de víctimas se refiere, hay que tener presentes también las leyes de reconocimiento y reparación de víctimas de terrorismo de las Comunidades Autónomas de País Vasco, Andalucía, Aragón, Castilla-león, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra y la Comunidad Valenciana.

Fuera de los supuestos de víctimas de acciones terroristas, la **Ley 35/1995, de 11 de diciembre de ayudas y asistencias a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual**, en vigor a partir del 13 de diciembre de 1995 fue la primera en reconocer en su Exposición de Motivos que *“La víctima del delito ha padecido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuánime y desapasionada, para resolver los conflictos generados por la infracción de la ley penal”*... *“El abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, -sigue explicando la Exposición de Motivos-, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etc., producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito. En el caso de los delitos violentos, las víctimas sufren, además, las consecuencias de una alteración grave e imprevista de su vida habitual, evaluable en términos económicos. En el supuesto de que la víctima haya sufrido lesiones corporales graves, la pérdida de ingresos y la necesidad de afrontar gastos extraordinarios acentúan los perjuicios del propio hecho delictivo. Si se ha producido la muerte, las personas dependientes del fallecido se ven abocadas a situaciones de dificultad económica, a menudo severa. Estas consecuencias económicas del delito golpean con especial dureza a las capas sociales más desfavorecidas y a las personas con mayores dificultades para insertarse plenamente en el tejido laboral y social”*.

Pues bien, en lo que a la Fiscalía atañe, dicha norma crea en el Artículo 11 la **Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual** competente para resolver los procedimientos de impugnación de las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda en materia de las ayudas, presidida por un Magistrado nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial⁷ e integrada por representantes de la Administración General del Estado y organizaciones vinculadas a la asistencia y defensa de las víctimas, correspondiendo una de sus vocalías a un representante del Ministerio Fiscal, nombrado a propuesta del Fiscal General del Estado.

En el Artículo 15 al regular lo que denomina “Deberes de información” atribuye también a los miembros de la Carrera Fiscal el deber de informar a las presuntas víctimas sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en esta Ley. De forma específica, la norma atribuye al Ministerio Fiscal la obligación de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada.

Por último, en el Artículo 16 la norma crea las primeras **Oficinas de asistencia a las víctimas**, cuya implantación encomienda al entonces unificado Ministerio de Justicia e Interior en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan, a cuyo fin podrá establecer convenios para la encomienda de gestión con las Comunidades Autónomas y con las Corporaciones locales, lo que dio lugar a que en algunos territorios se empezara a funcionar con bastante éxito –en Valencia lo hacían ya desde 1990, en el País Vasco desde

⁶ La Carta de Derechos fue presentada oficialmente en el Congreso de Víctimas del Terrorismo de Turín de 2009.

⁷ Desde la reforma de la LOPJ en 2003 este Magistrado ya no es un Magistrado del Tribunal Supremo, como en origen preveía la Ley.

1991 o también en Cataluña- no pudiendo decirse no obstante que fuera satisfactoria su implantación en la mayor parte del territorio nacional.

Habrían de transcurrir veinte años para que la **Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** plasmara en un texto legal el **Plan de acción contra la violencia doméstica**, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, a fin de lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, *“a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas”* –rezaba el texto-. Supone esta norma, entre otras innovaciones, la inclusión como pena accesoria de determinados delitos de la prohibición de aproximación a la víctima, la tipificación como delito específico de la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas, haciendo posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas, al mismo tiempo que se adecúa la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima.

En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la modificación de los artículos 13 y 109, y el nuevo artículo 544 bis, introducen como novedosa medida cautelar el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima que puede acordarse entre las primeras diligencias. Por otro lado, se reforma el artículo 104 de dicha Ley para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos. Por último, también dentro de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se introduce la cobertura legal necesaria para que no se produzca confrontación visual entre las víctimas y el procesado, contemplando la posibilidad de utilizar medios audiovisuales.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades Autónomas dentro de su ámbito competencial han incidido en distintos ámbitos civiles, penales, sociales o educativos a través de sus respectivas normativas en la situación de las víctimas de violencia sobre la mujer. **Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica** a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, permitió obtener la víctima un estatuto integral de protección cautelar de naturaleza civil y penal. La **Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género** y el reciente Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género ponen de manifiesto la preocupación del Legislador por este tipo de víctimas a las que, sin embargo, no se termina de conseguir dar una respuesta adecuada.

Por lo que respecta a las **víctimas de trata de seres humanos**, la **Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre**, modificó sustancialmente la legislación de extranjería para incorporar la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, anteponiendo la protección a la víctima y la persecución del delito a la persecución de la inmigración irregular (artículo 59 bis). Un paso más lo da la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. En el mes de junio de 2010 se modificó el Código Penal, mediante la **Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio**, para incluir, entre otras cuestiones, una nueva tipificación del delito de trata de seres humanos. La citada modificación introduce un nuevo artículo 177 bis en el Código Penal por el que se tipifica de manera independiente el delito de trata de seres humanos del delito de tráfico ilegal de personas, tal y como venía siendo reiteradamente reclamado desde diversas instancias. En el año 2011 se publicó el **Real Decreto 577/2011, de 20 de abril, mediante el que se aprobó el nuevo reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000 sobre dere-**

chos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que desarrolla en sus artículos 140 a 146 el procedimiento para la protección de la víctima de trata de seres humanos. Asimismo, en el mes de julio se reformó una vez más la Ley Orgánica 4/2006, mediante **Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio**, con el fin de ampliar la protección que se dispensa a las mujeres víctimas de trata de seres humanos que decidan denunciar al explotador, extendiéndose también a los hijos de la víctima y a cualquier otra persona que mantenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza con la misma, cuando se acredite su desprotección frente a los presuntos traficantes, y se establece la obligación de motivar la denegación del citado período de reflexión y el derecho a interponer recurso administrativo. La preocupación por este tipo de víctimas va en aumento pues constituye una forma de esclavitud en el siglo XXI y se ha convertido en una forma delictiva más lucrativa aún que el tráfico de estupefacientes, siendo realmente complicada la persecución de las organizaciones internacionales que se dedican a ello. Las víctimas de este crimen suele ser personas extremadamente vulnerables, sobre todo mujeres, niños y hombres en condiciones físicas o económicas muy delicadas, acostumbrados a la discriminación y que no oponen una gran resistencia.

Otro tipo de víctimas a las que el legislador ha ido incluyendo entre sus preocupaciones son lo que se denominan “víctimas múltiples”. El **Real Decreto 32/2009, de 16 de enero, por el que se aprueba el Protocolo nacional de actuación Médico-forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples** nace tras el atentado terrorista del 11 de marzo de 2004 y el accidente aéreo ocurrido en agosto del año 2008 en el Aeropuerto de Barajas en el vuelo 5022 de la Compañía “Spanair”, se vio la necesidad y oportunidad de cubrir una carencia normativa sobre la planificación, actuación y coordinación de los profesionales implicados en aquellos sucesos en los que se produce un elevado número de víctimas mortales, con el objetivo de mejorar la actuación médico forense y de Policía Científica y ofrecer una mayor garantía y eficacia en los procesos de identificación y averiguación de la causa de la muerte y facilitar la intervención en el procedimiento judicial de las víctimas. La misma finalidad persigue el **Real Decreto 632/2013, de 2 de agosto**, de asistencia a las víctimas de accidentes de la aviación civil y sus familiares y por el que se modifica el **Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo**, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil y el **Real Decreto 627/2014, de 18 de julio**, de asistencia a las víctimas de accidentes ferroviarios y sus familiares.

Por último, la **Ley 52/2007** 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, conocida como Ley de Memoria histórica –según reza su Exposición de Motivos- *“quiere contribuir a cerrar heridas todavía abiertas en los españoles y a dar satisfacción a los ciudadanos que sufrieron, directamente o en la persona de sus familiares, las consecuencias de la tragedia de la Guerra Civil o de la represión de la Dictadura. No es tarea del legislador implantar una determinada memoria colectiva. 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”*.

Pues bien, ante esta dispersión normativa (y se han citado sólo las normas más relevantes), la **Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre**, por el que se desarrolla y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, de los que nos ocuparemos en el último epígrafe, suponen la voluntad del legislador de dar una respuesta integral a todo tipo de víctimas, cualquiera que sea el delito que las ha colocado en esa situación.

III. LA RELACIÓN ENTRE LAS VÍCTIMAS Y EL FISCAL A TRAVÉS DE LAS MEMORIAS

Lo primero que llama la atención cuando uno tiene la curiosidad de acercarse a las Memorias de la Fiscalía General del Estado⁸, tarea por cierto muy didáctica y que sirve no solo para conocer de primera mano la actividad del Ministerio Público, sino para acercarse a través de los ojos de los sucesivos Fiscales Generales del Estado a la historia de nuestro país, lo que llama la atención decimos, es que para los que lo han sido desde que la democracia volvió a regir nuestra vidas bajo el paraguas de la Constitución de 1978, las víctimas suelen estar muy presentes en las introducciones de sus memorias, por desgracia, para contabilizar a las que durante estos cuarenta años lo han sido del fenómeno terrorista, especialmente de ETA, debiendo tener presente que en realidad el número se eleva mucho más ya que en el cómputo se incluyen solo fallecidos y heridos, pero no a sus familiares en contra de lo que aconseja la legislación internacional que amplía el concepto aquellos. En la Memoria de 1981, **José María Gil-Albert y Velarde** recoge que *“por lo que a nuestra patria se refiere, han resultado víctimas de las acciones terroristas: Policías Nacionales, Guardias Civiles, Agentes del Cuerpo Superior de Policía, Militares, otros Agentes de la Autoridad y civiles hasta un total de 121”*. Esta tétrica estadística se repetirá en todas las Memorias del periodo democrático.

No debe sorprendernos la aparente ausencia de preocupación por la problemática de las víctimas del resto de los delitos en el comienzo de la andadura de nuestra Constitución, inmersos como estaban los Fiscales en un proceso de cambio que describe muy gráficamente en la Memoria de 1979 **Juan Manuel Fanjul Sedeño** -Fiscal General del Estado entre 1978 y 1980- cuando afirma que *“la Justicia española ha permanecido (y permanece), desde un punto de vista organizativo y de infraestructura, en el más increíble abandono, no ya desde un punto de vista económico respecto a la subsistencia humana de los hombres que la realizan, sino en sus propios medios mecánicos; en un siglo las únicas novedades técnicas y de sistemas de trabajo que han entrado en nuestros Juzgados y Tribunales han sido el teléfono y la máquina de escribir, mientras el hombre llegaba a la Luna y los métodos de organización y productividad, servidos por una tecnología alucinante, se desarrollaban en progresión increíble hasta en la más pobre empresa del país. Pero, de repente, en unos meses se ha pretendido que la Justicia recobre por sí sola, sin una sola rectificación a tanto abandono, toda su potencia y sus posibilidades, sin tocar sus Leyes, sin mejorar sus sistemas y sin proporcionar a sus hombres la holgura precisa para que puedan entregarse a su servicio”*. Hay que destacar de la Memoria de ese año que en la **Circular 7/1978, sobre el Ministerio Fiscal ante la Constitución**, las víctimas brillan por su ausencia.

Siendo ese el panorama de la sociedad española, en la Memoria publicada en 1980 afirmaba Juan Manuel Fanjul que *“sobre todo, preocupa a muchos Fiscales la lentitud de los procesos penales, porque las condenas tardías pierden oportunidad, carecen de ejemplaridad y no satisfacen las demandas de justicia de víctimas y perjudicados, ni de la colectividad alarmada por el aumento de la delincuencia. Por tanto, tampoco sorprenden las críticas que en los últimos tiempos se vienen centrando en el funcionamiento de los Tribunales y la pérdida de fe en la Justicia que invade un gran sector de la sociedad española. Esperamos que esta visión de conjunto tan pesimista, que se refleja en las Memorias de las Fiscalías, de los problemas que aquejan a nuestra Administración de Justicia pueden ser solucionados en gran parte con los proyectos legislativos ya anunciados en materia orgánica y procesal, que representan un esfuerzo considerable para dotar a la Adminis-*

⁸ La Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado en el año 2008 procedió a la digitalización de las Memorias correspondientes a los años 1883 a 2008. Las posteriores a 2008 están recopiladas en la web oficial de la Fiscalía General del Estado: www.fiscal.es.

tración de Justicia de los instrumentos necesarios". Triste le hubiera parecido comprobar cuarenta años después y tras un fecundo proceso legislativo, que la percepción de los ciudadanos sobre el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales no ha mejorado demasiado. Ninguna otra mención hace a las víctimas pese a que en el 12 de julio de 1979 en Zaragoza fallecieron 80 personas y hubo más de cien heridos con ocasión del incendio en el Hotel Corona de Aragón.

Tampoco aparecen las víctimas en las Memorias que en 1981 y 1982 el Fiscal General del Estado **José María Gil Albert y Velarde** eleva al Rey, salvo el doloroso cómputo de las que lo fueron de actos terroristas ya mencionado. El Estatuto Orgánico aprobado en 1981 no hacía especial mención a la tutela de las víctimas como sí se recoge en el artículo 3.10 del que actualmente está en vigor tras la reforma de 2007. En estos años habían empezado a funcionar los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria e iniciaba su andadura el Tribunal Constitucional.

En la Memoria de 1984, **Luis Antonio Burón Barba** recoge la **Consulta 2/1983 sobre intervención de los aseguradores voluntarios de responsabilidad civil en el proceso penal: legitimación del Ministerio Fiscal para ejercitar la acción civil**, en la que se instaba a los Fiscales a ejercitar las acciones que pudieran corresponder a las víctimas si éstas no hubieran renunciado expresamente al ejercicio de su acción a fin de darles satisfacción en el proceso. En la Introducción de la Memoria del año siguiente, de nuevo refleja el olvido de las víctimas al señalar que *"tampoco hay que pasar por alto los dardos que se lanzan continuamente acusando a los Jueces de un exceso de atención a la protección de los derechos de los imputados por razón de delitos con olvido o menosprecio de la defensa social y de las víctimas"*.

Esta situación se denuncia también en la Memoria de 1989 elaborada por **Javier Moscoso del Prado y Muñoz** que recoge, en el Capítulo II, dentro de las propuestas normativas de los Fiscales en sus Memorias territoriales -en este caso concreto la iniciativa es del Fiscal de Las Palmas- la necesidad de una mayor y más eficaz protección de las víctimas de los delitos. *"El ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal, salvo excepciones, debe tener en el procedimiento criminal eficacia suficiente para no convertirse en un mero alarde burocrático carente de sentido. De ahí la necesidad de iniciar y sustanciar, desde momentos inmediatos a la producción del delito, las llamadas piezas de responsabilidad y de adoptar con carácter urgente las medidas cautelares de protección económico-social de la víctima, sin esperar al contenido de la acusación y, muchas veces, sin estar terminada la pieza de responsabilidad civil, una vez dictada la sentencia"... "en la formación de las piezas llamadas de responsabilidad civil deberían tener una mayor intervención las partes y la víctima, con impulso de aquéllas, y debería procurarse una investigación más profunda de los bienes del inculpado, con la ayuda de equipos especializados de Policía Judicial y la colaboración estrecha de organismos como las Delegaciones de Hacienda, Ayuntamientos, etc. Sólo así las «piezas» dejarían de ser, muchas veces, meros trámites que con profusión desembocan en declaraciones de insolvencia, sin investigación ulterior para detectar la avenida a mejor fortuna"* Se empieza a sugerir desde entonces -la propuesta se repite en otras Memorias- que el Estado asuma el pago de las indemnizaciones impuestas a reos insolventes. *"El coste económico será grande para el estado, pero llevaría a necesarios niveles de protección social"*.

Especial atención merece al analizar esta Memoria la **Circular 1/89 sobre el procedimiento abreviado introducido por la LO 7/88, de 28 de diciembre**, en cuanto supuso la obligada presencia del Fiscal en todas las actuaciones, configurándose como un procedimiento que persigue la celeridad y la conformidad en la medida de lo posible, imponiendo el artículo 781 al Fiscal la específica función de velar por los derechos de la víctima en el procedimiento.

La **Instrucción 4/89 sobre la reforma del CP operada por la LO 3/89 de 21 de junio**, recordaba que *"los señores Fiscales, en defensa de los derechos de los ciudadanos, deberán cuidar*

de que el derecho de comparecencia a «todos los implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados» que se establece en esa disposición adicional sea reconocido en el procedimiento, apoyando cualquier petición de comparecencia y adoptando en los eventuales recursos que puedan producirse una posición favorable al ejercicio de su derecho y a la petición de tutela judicial de quien se estime perjudicado por el hecho que dé origen al procedimiento penal -sea por delito, sea por falta- en que la comparecencia se interese. En el cumplimiento de las ejecutorias, cuidarán con especial celo de que los pronunciamientos sobre responsabilidades civiles y costas, que se declaren al amparo del párrafo 3.» de la Disposición Transitoria Segunda de la L.O. 311989, se ejecuten con rapidez y efectividad, a fin de que los derechos de los perjudicados se vean satisfechos. A tal fin, en los libros o fichas de ejecutorias que en las Fiscalías se lleven, se establecerá transitoriamente una sección o apartado específico que contemple el supuesto previsto en aquella Disposición Transitoria”.

El 20 de mayo de 1989, la Audiencia Nacional dirimió la causa abierta a 38 empresarios relacionados con el envenenamiento masivo por el aceite de colza con fines industriales utilizado de forma fraudulenta. Ocho años después de que falleciera el primer intoxicado, fueron alrededor de 25.000 los afectados en una veintena de provincias y más de 300 los muertos. Este procedimiento puso de manifiesto las enormes dificultades para dar satisfacción económica a las víctimas que todavía hoy presentan secuelas.

En la Memoria de 1991, **Leopoldo Torres Boursault** quiso “destacar el hecho de que el Fiscal se está consolidando como defensor nato de los colectivos más problemáticos y marginales de nuestra sociedad, precisamente de los más débiles, de quienes no pueden defenderse por sí mismos: menores, ancianos abandonados en residencias, enfermos en establecimientos psiquiátricos, mujeres maltratadas, inmigrantes o marginados víctimas de prácticas xenófobas o racistas, que son objeto de atención diaria por parte de los Fiscales, como se observa a través de las Circulares e instrucciones de la Fiscalía General del Estado...Es necesario aprovechar esta ocasión –sigue diciendo- para manifestar mi agradecimiento por el esfuerzo realizado, la mayoría de las veces silencioso, que obliga a revisar la idea de un Fiscal implacable, acusador a ultranza”.

Ejemplo de lo anterior es la **Circular 2/1990 sobre la Reforma del Código penal operada por LO 3/1989, de 21 de junio, en cuanto a los delitos contra la libertad sexual**, que interpreta el alcance del nuevo artículo 443 en cuanto amplía la facultad-función del Ministerio Fiscal en orden a la denuncia previa para perseguir los delitos de esta naturaleza a todos los menores e incapaces, no limitándolo como antes a los menores de 16 años y a las personas que fuesen de todo punto desvalidas. *El uso de esa acción de denuncia por el Fiscal, ha de concebirse más que como una facultad como una función, en cuyo ejercicio han de tenerse en cuenta no sólo los intereses públicos de la persecución del delito sino también los intereses personales del menor o incapaz, al que ante todo viene obligado el Fiscal a tutelar*”, por lo que en caso de duda “los Fiscales pedirán asesoramiento de psicólogos o trabajadores sociales en orden a ese punto”.

Eligio Hernández Gutiérrez destila optimismo en la Memoria de 1992 al afirmar que “Desde la promulgación de la Constitución de 1978, España ha dado un salto adelante sin precedentes en todos los ámbitos, incorporándose a los países más desarrollados, integrándose en los foros internacionales. Estos años transcurridos nos ponen a una distancia enorme de nuestro cercano pasado y colocan a España, por primera vez en su historia, en la posibilidad de avanzar hacia el futuro con ilusión y optimismo”... “Hemos pasado de una Administración de Justicia débil y residual, con numerosas jurisdicciones especiales, a conseguir un Poder Judicial fuerte e independiente, como jamás existió en la historia de España, con un Consejo General del Poder Judicial que tiene atribuida una de las mayores competencias, comparándolo con los Consejos Superiores de la Magistratura en

el continente europeo. Se ha logrado la reforma de la Jurisdicción Militar, culminando esta última, hoy en día, en una Sala más, la Quinta del Tribunal Supremo.

Sin embargo, en la Memoria de 1993 resalta que las insuficiencias permanecen y sugiere que *“debe proponerse, por necesario, un proyecto explícito político-criminal integrador, aceptado por las fuerzas sociales y políticas y apto para ser desarrollado en un programa racional, previsor y regido por el criterio de la moderación y el compromiso”* en el que *“el Ministerio Fiscal aspira a convertirse en el gran defensor de la sociedad, en su gran valedor, atento a las inquietudes gestadas en el cuerpo social, prestándole su voz ante los Tribunales. Es, por ello, al Ministerio Público a quien conviene la aproximación a la realidad social, su permanente relación con los movimientos y las inquietudes que por medio del proceso conflictual, permiten el progreso de los pueblos”*.

Ese año la Fiscalía quiso oír –a cuyo fin dictó una **Instrucción el 27 de enero de 1992**- la opinión de todos los Fiscales territoriales sobre la situación de las víctimas, resumiéndose en el Apartado 13 del Capítulo V dedicado a *la Protección a las Víctimas de Delitos*. Allí se cuentan las experiencias y se formulan sugerencias por las distintas fiscalías. Para el Fiscal de La Rioja *“en nuestro Código Penal no existe otra referencia al examinado problema que la que nos proporciona el artículo 118, al supeditar la rehabilitación al pago de las indemnizaciones, salvo situaciones de insolvencia”*. Y se denuncia expresamente que el Legislador *haya «mirado para otro lado. Abí están, por referirme a países de nuestro entorno, Irlanda, Alemania. Francia, Bélgica. etc., que ya durante la década del 70 han legislado sobre los derechos de las víctimas. En España, hasta el momento, no se han tomado otras medidas proteccionistas que las derivadas del Real Decreto de 28-X-88, respecto de las víctimas de bandas armadas; a ello puede añadirse, dada su sonada repercusión, las medidas protectoras acordadas por el Estado en favor de las víctimas de “la colza”, antes de efectuarse cualquier tipo de pronunciamiento judicial de carácter indemnizatorio. Sin embargo fuera de estos casos concretos, lo cierto es que se ha incrementado el número de insolvencias torticeramente obtenidas al aumentar el número de procedimientos en los Juzgados y Tribunales”*.

Para paliar la situación descrita, el Fiscal de Tarragona aconseja *mayor rigor en la tramitación de las piezas de responsabilidad civil, solicitando siempre el fiscal el pago de los intereses; mayor celo del Fiscal a la hora de investigar las circunstancias favorables a la víctima durante la instrucción; vigilar que se haga correctamente el ofrecimiento de acciones, que se le facilite justicia gratuita o se potencie la entrega al fiscal para sean aportados en juicio de documentos necesarios para la defensa de sus intereses.*

Especial hincapié hace el Fiscal de Cáceres al señalar la trascendencia del nuevo artículo 781 de la LECRIM pues como bien señala: *“A) Es la primera vez que la legislación establece que el Fiscal defenderá a la víctima. B) Es la primera vez que se utiliza la palabra víctima. C) Es la primera vez que el término víctima se utiliza por separado del de perjudicado. D) Finalmente, se destacan al mismo nivel y con el mismo énfasis los derechos de imputado y víctimas”*.

Interesante es también la posición del Fiscal de Palencia para quien el legislador *debería: 1) procurar que la víctima reciba un tratamiento adecuado en la Policía en especial si lo es de delitos contra la libertad sexual. 2) procurar que se le notifiquen las resoluciones que se dicten de sobreseimiento. 3) Finalmente potenciarse las relaciones entre el Ministerio Fiscal con aquellas instituciones que representen a grupos más o menos organizados de posibles víctimas, sindicatos de trabajadores o asociaciones de consumidores, etc...* Para el Fiscal de Vitoria hay que evitar llamamientos innecesarios.

Por *una mejora de los actos de comunicación con la víctima* aboga el Fiscal de San Sebastián. Y el de Ciudad Real apunta *la necesidad de que declaren sin ser vistas en los casos de serlo de delitos graves*, inquietud que comparte el Fiscal de Granada. Para el Fiscal de Salamanca sería fundamental

además estudiar la posibilidad de *que las víctimas que declaran como testigos sean indemnizadas por los gastos de desplazamiento o de alojamiento con independencia del pronunciamiento indemnizatorio que resulte en la sentencia*. Para el Fiscal de Valladolid debe darse a la víctima obligada a testificar la protección adecuada frente al riesgo de represalia del acusado o de su familia.

Los Fiscales de Valencia y Bilbao, por su parte, cuentan sus positivas experiencias con las Oficinas de Atención a Víctimas implantadas en Valencia y Alicante y en Bilbao precisamente para evitar los problemas que se apuntan en otras Fiscalías.

Muy sensible como vemos al tema de las víctimas, la Fiscalía General dicta ese año la **Instrucción 1/1992 sobre las piezas de responsabilidad civil**, recogiendo el testigo de los fiscales territoriales a fin de lograr la satisfacción de las víctimas, al menos en ese ámbito. Asimismo dicta la **Instrucción 6/1992 sobre incidencia de la reforma ley 10/1992 de medidas urgentes de reforma procesal**, instando a los fiscales a acelerar el procedimiento para dar una eficaz respuesta a las víctimas, potenciando las conformidades y los juicios rápidos

En la Memoria elevada al Rey en 1996 por **Juan Casáreo Ortiz Úrculo** se contienen también interesantes propuestas como la del Fiscal de Huesca sugiere que, como en el Código penal francés de 17 de julio de 1970, la fianza prestada para garantizar la libertad pueda emplearse en satisfacer la responsabilidad civil cuando esta sea prestada por un tercero. O que el perjudicado pueda comparecer *ex novo* en la fase de ejecución.

En la Memoria de 1998, elevada por **Jesús Cardenal Fernández** se hace una reflexión sobre los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar y se recuerda a los Fiscales mediante una Instrucción de diciembre de 1997 la plena vigencia de la Instrucción 3/1988 sobre malos tratos. En este año se dictan la **Circular 1/1998, de 24 de octubre sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar**. Pero lo más relevante sin duda es la creación en todas las Fiscalías Provinciales de “Servicios de vigilancia de conductas de violencia familiar”, germen de las Secciones de Violencia sobre la Mujer reguladas en el artículo 18 del vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁹, servicios que comienzan a llevar un registro estadístico de este tipo de delitos y, lo que es más determinante a la hora de cuantificar el problema, de los Juicios de faltas relacionadas con estas víctimas, que hasta el momento pasaban desapercibidos, en muchos casos, al archivarse por no comparecer las denunciante/víctimas, muchas veces por llevarse a cabo las citaciones en sus domicilios lo que permitía al autor de los malos tratos conocer la existencia de la denuncia.

Por otro lado, la **Circular 2/1998, de 27 de octubre, sobre ayudas públicas a víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual**. se traduce en un seguimiento puntual en la práctica de los procesos incoados por conductas agresivas para garantiza que la instrucción de las causas no se concluya sin el previo agotamiento de cuantos medios válidos de indagación permitan identificar a las víctimas, acreditar su daño físico y moral y comprobar las bases necesarias para reclamar su resarcimiento civil y la concurrente ayuda del Estado en caso de que procediera. Se insiste a los Fiscales en la necesidad de que los órganos judiciales notifiquen a las víctimas las resoluciones que finalizan el proceso a fin de poder hacer el cómputo del año que la ley prevé para la reclamación de las indemnizaciones.

⁹ La Sección contra la Violencia sobre la Mujer, que coordinará o en su caso asumirá directamente la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos penales y civiles cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer... Deberá llevarse un registro de los procedimientos que se sigan relacionados con estos hechos que permitirá la consulta de los Fiscales cuando conozcan de un procedimiento de los que tienen atribuida la competencia, al efecto en cada caso procedente.

En la Memoria de 2002, el Fiscal General pone el acento en que los trabajos legislativos encaminados a lograr el Pacto de Estado para la Justicia, ha dado fruto con la aprobación de la proposición no de ley por la que se aprueba la **Carta de Derechos del Ciudadano ante la Administración de Justicia** que sin duda supone un punto de inflexión para quienes se aproximan a los Tribunales demandando tutela judicial efectiva, entre ellos, muy significadamente las víctimas a las que la Carta dedica parte de su articulado.

Pero ese año, además, la Fiscalía General fija su foco de atención en otro tipo de Víctimas, las de **sinistralidad laboral**, a las que dedica la **Instrucción 1/2001, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la sinistralidad laboral** en la que se insta a los Fiscales a extremar su celo para evitar que se repitan conductas que cuestan tantas vidas y que provocan graves lesiones, muchas veces eludibles si se adoptasen las debidas precauciones. En muchas ocasiones se pondrá de manifiesto la conveniencia de la creación de un servicio de sinistralidad laboral en aquellas Fiscalías que por su volumen de trabajo sea aconsejable la especialización. Se impone también la llevanza de un registro especial de causas que se tramiten por siniestros laborales.

En la Memoria de 2003, el acento se pone en **otro tipo de víctimas: las de la inmigración ilegal**. Durante el año 2002 se ha dictado la **Instrucción 2/2002, para organizar las Fiscalías en materia de Extranjería** al contar con un nuevo marco jurídico (la ley de extranjería y reglamento).

En la Memoria de 2005 que eleva al Rey **Cándido Conde-Pumpido Tourón** se recoge la **Instrucción 4/2003, de 14 de junio acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica**. En el año 2004, a cuya actividad se refiere, en el mes de marzo había tenido lugar el atentado terrorista en los trenes de cercanías del corredor del Henares, el más grave hasta ese momento perpetrado, con un saldo de 191 muertos, centenares de heridos, que dio lugar a una compleja instrucción y a la casi inmediata celebración de un juicio ejemplar. Quizá por ello, el nuevo Fiscal General entendió fundamental, tras oír en la Comisión de Investigación del Congreso a Pilar Manjón –Presidenta de la Asociación de Víctimas del 11-M-, el nombramiento en diciembre de 2004 de una **Fiscal de Sala para la tutela penal de los intereses de las víctimas en el proceso penal**, que extiende su ámbito de actuación a todos los que sufren las consecuencias del acto criminal, cualquiera que sea el delito por el que se han visto afectadas.

Desde esa fecha y hasta la actualidad la Fiscal de Sala Pilar Fernández Valcarce ha sido el referente es España para las víctimas. Es quien asume las directrices de actuación y coordinación de la actuación de los Fiscales en todo el territorio nacional para garantizar a los perjudicados por los delitos el ejercicio de sus derechos. Desde su nombramiento se han intensificado las relaciones institucionales con las asociaciones de víctimas y con las administraciones públicas a las que compete su protección.

Clave es también el nombramiento, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 *de medidas integrales contra la violencia de género*, de otra **Fiscal de Sala contra la violencia sobre la mujer**, nombramiento que recayó en nuestra muy recordada Soledad Cazorla Prieto¹⁰, y el reconocimiento estatutario de las Secciones en todas las Fiscalías provinciales, creándose una red de especialistas excelentemente cualificados que se dedican en exclusiva a estas víctimas.

¹⁰ Fallecida el 4 de mayo de 2015 y a quien siempre tendremos en nuestro recuerdo como la infatigable luchadora que fue, quien tanto hizo por las víctimas en este país y que sigue haciendo a través del **Fondo de Becas Fiscal Soledad Cazorla Prieto** para la protección y apoyo a los niños y niñas huérfanas como consecuencia de asesinatos de violencia de género.

Como refleja la Memoria de 2006 una de las primeras actuaciones de la Fiscal de Sala para la tutela penal de las víctimas fue reunirse con las asociaciones de víctimas del terrorismo y en absoluta coordinación con la Audiencia Nacional ofrecerles toda la colaboración, muy especialmente a las del 11 de marzo. Significativa es también la aprobación de la **Instrucción 8/2005 sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal**. Esta Instrucción, última hasta la fecha que se ha dictado en la materia, introduce el obligado tratamiento de las víctimas en la Memoria anual de cada Fiscalía, en desarrollo de la previsión contenida en la *Instrucción 7/2001, de 7 de diciembre, sobre elaboración de la Memoria anual*, por lo que a partir de esa fecha todas las Memorias incorporan un detallado exámen de la actuación del Fiscal respecto de las víctimas.

De la Memoria de 2007 hay que destacar la sensibilidad del Fiscal General hacia otro tipo de **víctimas, las de accidentes de tráfico**. *“Las estadísticas acreditan que en un primer momento desean el justo castigo al autor pero acaban siendo arrasadas por las vicisitudes del sistema, aceptando la indemnización y tratando de sumir en el olvido su traumática experiencia. Como se decía en Memorias anteriores van siendo afortunadamente frecuentes los casos de perjudicados que renuncian tras el acuerdo a la indemnización y prosiguen con el ejercicio de acciones penales. Así lo refieren las Asociaciones de Víctimas que tratan de impulsar estos planteamientos tendentes a terminar con la concepción exclusivamente civilista de los accidentes de tráfico”*. La Victimología apenas les ha prestado atención. Los Servicios de atención a las víctimas no tienen previsiones para estos casos. Por su parte, la Fiscal para la tutela penal de las víctimas destaca este año el cumplimiento de la **Recomendación 2005 (9), de 20 de abril de 2005, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados Miembros, sobre la protección de testigos y colaboradores de la justicia**. Entre las medidas que se proponen están: la grabación audiovisual de las declaraciones, su utilización como prueba anticipada, utilizar dispositivos que impidan la identificación física de los testigos y colaboradores de la justicia (arrepentidos), como utilizar pantallas o cortinas, disfrazar el rostro, o distorsionar su voz y, utilizar videoconferencia. También la **Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, el 22 de julio de 2005, que establece un conjunto de medidas para mejorar la protección de los menores víctimas y testigos durante su participación en el proceso penal**. La lectura de su contenido es sumamente elocuente y refuerza las consideraciones que en torno a este extremo son objeto de constante preocupación por parte de los Fiscales.

En la Memoria de 2008 la Fiscal de Sala Delegada para la Protección y Tutela de las Víctimas en el Proceso Penal destaca la celebración en Madrid unas Jornadas de Especialistas en Protección de Víctimas en las que se acogió, por primera vez, la visión de primera mano de una Asociación y de una Psicóloga que trabajan directamente con las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Importante es también que dentro del **Plan de Formación para los alumnos de la última promoción de Fiscales**, se ha acogido como materia de programa, la tutela y protección de las víctimas.

Digna de mención es la **reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal** que incorpora entre las funciones del Ministerio Fiscal la de «velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban ayuda y asistencia efectivas» –art. 3.–. El Estatuto prevé establecer en las sedes de las Fiscalías Provinciales y en las que se considere necesario, centros de relación con las víctimas y perjudicados de las infracciones criminales cometidas en su circunscripción, y por las que se sigue proceso penal en los Juzgados o Tribunales de la misma, con la finalidad de conocer los daños y perjuicios sufridos por ellas, y para que aporten los documentos y demás pruebas de que dispongan para acreditar su naturaleza y alcance –art. 4.6–. Se refuerza aún más, la posición de la Fiscalía ante la protección y tutela de las víctimas en el proceso penal.

Se pide este año especialmente a los Fiscales el control del destino de las ayudas e indemnizaciones que cobran los menores de edad como víctimas de un delito, a fin de evitar que personas distintas de la víctima, se beneficien, en perjuicio de ellos, de dichas ayudas o indemnizaciones. Desde la reforma del Estatuto, todas las víctimas tienen como referente, además de a la Fiscal de Sala de Víctimas, a cada uno de los Fiscales de Sala especialistas.

En la Memoria de 2010 la Fiscal de Sala relata la **implantación en la Fiscalía de la Comunidad Madrid de un proyecto piloto de Servicio de Atención a las Víctimas, Testigos y demás personas en situación de riesgo**, mediante la firma de un Convenio con la Comunidad de Madrid que le dota de un equipo psicosocial adscrito, y con la Secretaría de Estado de Interior para el trabajo coordinado con un equipo de Policía nacional y otro de Guardia Civil que se ocupa de dar verdadera protección a las víctimas y testigos protegidos que así lo demandan y efectúan los acompañamientos a sedes judiciales para las actuaciones precisas. Se deja constancia en la Memoria de que la Fiscalía Provincial de Barcelona continúa su brillante recorrido iniciado en el año 1993. La Fiscalía de Valencia – se afirma también-, ha llevado a cabo un importante empuje en esta área de actividad del Ministerio Fiscal. Se ejecuta esencialmente esta actuación a través de una estrecha colaboración con las Oficinas de Atención a las Víctimas. La Fiscalía Provincial de Gerona, fiel a su tradición en esta actividad, viene desarrollando una importante labor a través de su estrecha relación con las Oficinas de Atención a las Víctimas

En esta memoria se hace también una interesante reflexión sobre la **Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales** hoy en día obsoleta y necesitada de un desarrollo reglamentario para que pueda ser aplicada con eficacia, pues la propia generalidad de sus disposiciones la hace actualmente inviable, dado que, entre otras circunstancias, no contempla cuál es la Administración a quien corresponde sufragar las medidas de protección que se adopten, cuando éstas tengan un coste económico (por ejemplo, un alojamiento o una renta mensual, etc.), cuestión que se agrava todavía más al haber sido transferidas las competencias en materia de justicia a muchas Comunidades Autónomas.

En la Memoria del 2012 se destaca que a pesar de los años transcurridos, desde que sucedieron algunos de los hechos, siguen llegando a la Fiscal de Sala Delegada peticiones concretas de víctimas del terrorismo a fin de recabar información sobre sus procesos e indemnizaciones. Por ello el **Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza Aguado**, ha iniciado una ingente labor en esta materia a fin de localizar y tratar de ofrecer información a víctimas del terrorismo que lo fueron en atentados ocurridos en el año 1982 y años sucesivos. Desde la Fiscalía de la Audiencia Nacional continúa reclamándose la dirección de la Oficina de Atención a las Víctimas existente en la Audiencia Nacional, cuya gestión está encomendada al Ministerio de Justicia y que según las víctimas no les ofrece el servicio que se espera de una Oficina de estas características.

En la Memoria de 2013 el Fiscal general del Estado, **Eduardo Torres-Dulce Lifante**, pone en valor el *cumplimiento del Protocolo sobre Conformidades* firmado por la Fiscalía General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General de la Abogacía en 2009 y ratifica su interés en conseguir los fines propuestos por el Protocolo tanto en la promoción de las soluciones consensuadas como en la evitación a testigos y partes de compareencias innecesarias ante los órganos judiciales, sin perjuicio del derecho de las víctimas a ser oídas antes de la toma de cualquier decisión que pueda afectar a sus intereses.

En la Memoria de 2014 que por primera vez se presenta a Felipe VI, se destaca la **Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012**, por lo 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/SAJ del Consejo. Entre las Disposiciones finales de la

Directiva se recoge la Incorporación al Derecho interno afirmando *que «los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar el 16 de noviembre de 2015»*. En cumplimiento de este mandato y como respuesta a la demanda de la sociedad, se elaboró un **anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del delito** que fue objeto del correspondiente informe por parte del Consejo Fiscal –bastante crítico- y del Consejo General del Poder Judicial.

La Fiscal de Sala para la tutela penal de las víctimas destaca que la Fiscalía de la Audiencia Nacional ha mantenido un estrecho contacto con la Oficina de Asistencia a *Víctimas* del Terrorismo con motivo de la aplicación de “la doctrina Parot”, a fin de informar a las víctimas sobre la libertad de los condenados. Se ha producido respecto a 93 sentencias.

En la Memoria de 2015 se sugiere contemplar un apartado específico dentro de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de Enero que permitiera a las personas en situación irregular en España y que hayan sido **víctimas de delitos cometidos por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión, o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad**, quedar exentas de responsabilidad administrativa, y evitar la expulsión a condición de denunciar a los autores o cooperadores de dichos delitos, particularmente en los casos en que haya existido violencia o intimidación en su comisión, o a condición de cooperar y colaborar con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando en su caso en el proceso correspondiente contra aquellos autores. Previsiones de esta naturaleza, se contemplan ya en el artículo 31 bis de la Ley para las víctimas de violencia de género o en el artículo 59 bis para las víctimas de trata de seres humanos.

En la Memoria de 2016 la Fiscal General destaca que *“los Fiscales deben ser garantes de los derechos de todos, pero sobre todo de quienes sufren las consecuencias de una conducta criminal. La víctima debe ser la gran prioridad del Fiscal. Dentro de las novedades legislativas a las que habremos de adaptarnos, quiero destacar la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, que nos impone nuevas exigencias que habrán de ser cumplidas rigurosamente, desde la defensa de sus bienes materiales y morales, en el recto entendimiento de que preservando la dignidad de las víctimas, salvaguardamos la dignidad del conjunto de la sociedad. La aplicación de este texto contará con la entusiasta y activa participación del Ministerio Fiscal”*.

“Sin embargo no supone un reconocimiento a la labor de la Fiscalía en materia de Protección de Víctimas. No tanto porque sería de justicia reconocer la labor de muchos compañeros y funcionarios que lo han ido poniendo en marcha y logran que funcione con eficacia, sino, esencialmente, porque, ignorando al Fiscal, se ha perdido la oportunidad de aprovechamiento de lo que venía funcionando. Una vez más el legislador da la espalda al análisis de la realidad, para crear, casi, en el vacío. Me refiero, desde luego, a la enorme atribución de competencias a esas Oficinas de Atención a las Víctimas (en adelante OAV), escasamente existentes y casi siempre infradotadas”.

“No se haga de esto una lectura pesimista, sí realista que obligará, ya ha obligado, a revisar el camino de la Fiscalía en materia de Protección de Víctimas. Ello ha determinado el aplazamiento de las Jornadas de Delegados de Víctimas. El 4 de noviembre de 2015, Consuelo Madrigal, Fiscal General del Estado, expuso en la Junta de Fiscales Superiores las líneas maestras de la actividad desplegada por la Fiscalía de la Comunidad de Madrid a los fines de valorar la pertinencia de efectuar su implantación, con las necesarias adaptaciones en cada caso, en el resto de las Fiscalías autonómicas, vía que la publicación del Estatuto obliga abandonar. La FGE irá marcando las nuevas pautas a que obliga el Estatuto y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Ofi-

cinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (en adelante REVD). En modo alguno ha de entenderse esto como un abandono de funciones, sino como un giro en el camino quizá más acertado y, en todo caso, más conforme con la normativa actual”.

Tanto es así, que hay que agradecer a Consuelo Madrigal su constante impulso para conseguir que el Ministerio de Justicia constituyera el Consejo Asesor de Víctimas previsto en el Reglamento de desarrollo del Estatuto de la Víctima y que a lo largo del año 2016 no se puso en funcionamiento.

En la Memoria del 2017, única que tuvo la oportunidad de elevar al Rey **José Manuel Maza Martín**¹¹, se recoge la Instrucción de la Fiscal General del Estado de fecha 21 de abril de 2016 por la que se ordena a las Fiscalías adecuar su actuación al Estatuto de la Víctima y a la concepción exclusivamente administrativa de las Oficinas de Víctimas. La Fiscal de Sala para la tutela penal de las víctimas hace constar que *“las metas conseguidas, desgranadas a lo largo de las Memorias anteriores, abí permanecen. Ahora tenemos que desmontar nuestros servicios, transferir con toda colaboración nuestra labor a quienes el legislador ha situado en el eje central de la Protección a las víctimas: las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Esto no supone, desde luego, un abandono de la protección tuitiva encomendada al Fiscal por la Constitución y nuestro Estatuto. Es sencillamente otra perspectiva de nuestra función más acomodada, o necesariamente acomodada, a la letra y al espíritu del Estatuto. Ha parecido necesario ofrecer a los Fiscales al menos, unas pequeñas normas de actuación para fijar el futuro. Ello se ha materializado a través de una Instrucción interna sometida a la consideración de los Fiscales Superiores para, a través de ellos, lograr su implantación”.*

La Junta de Fiscales Superiores adoptó el Acuerdo de trasladar a todas las Fiscalías el documento al que se refiere la Fiscal de Sala en la Memoria de 2017 y que recoge las obligaciones que analizaremos en el apartado siguiente.

IV. EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA

La Ley que aprueba el Estatuto de la Víctima y su Reglamento de desarrollo no atribuyen al Fiscal obligación alguna en relación a la prestación de asistencia directa y atención extraprocesal de las víctimas más allá de la general que contemplan los artículos 3 y 5 de la ley respecto de todas las autoridades o funcionarios, la que corresponde en el marco de las Diligencias de Investigación en el reformado artículo 773. 2 de la LECrim, o la específica que se le asigna en orden a la salvaguarda del derecho de las víctimas a la protección en los artículos 19 y 24 del Estatuto. Ahora bien, en cumplimiento del artículo 3.10 de nuestro Estatuto Orgánico, *“bemos de seguir velando por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas”.*

La Instrucción 8/2005 de la Fiscalía General del Estado sigue vigente en todo aquello que no contradiga lo dispuesto en Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito y del RD 1109/2015, de 11 de diciembre.

La nueva regulación se traduce, tal y como se acordó en Junta de Fiscales Superiores, en la obligación para todos los Fiscales de dar a conocer a las víctimas de los procedimientos la existencia, ubicación, composición y forma de contactar con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de su territorio e instar su inmediata puesta en funcionamiento en caso de no estar constituidas.

En estas Instrucciones elaboradas por los Fiscales Superiores se insta a los Fiscales para que dirijan las órdenes oportunas, sin perjuicio de lo que acuerden las autoridades judiciales, para que

¹¹ Fallecido en Buenos Aires el 18 de noviembre de 2017

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado den cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 282 de la LECrim. –reformado por la ley 4/2015– y el artículo 30 del Reglamento, efectuando en el momento de la denuncia una primera evaluación individual de la víctima para la determinación de sus necesidades de protección y para la identificación, en su caso, de víctimas vulnerables, informándole de la posibilidad de acudir a una Oficina de Asistencia a las Víctimas y recabando su consentimiento para que, si procediera, la información de esta primera evaluación pueda ser trasladada a esta Oficina en los casos previstos en el Estatuto.

Los Fiscales Superiores ordenan también a los Fiscales que intervengan en la fase de investigación y que comprueben que la información de derechos a las víctimas se ha efectuado de forma correcta y que así se ha reflejado en los atestados, y en especial:

— Que conste en el atestado la evaluación de necesidades y que se ha facilitado a la víctima la información y forma de contactar con la correspondiente Oficina de Atención a la Víctima. Comprobarán también que se haya prestado por la víctima el consentimiento informado.

— Que conste la previsión contenida en el artículo 5.1.m) del Estatuto, comprobando que se ha designado una dirección de correo electrónico, postal o un domicilio al que deberán ser remitidas las notificaciones a las que se refieren los artículos 7 y 13 del Estatuto.

— Se pondrá especial atención a las manifestaciones que haya efectuado la víctima ante la autoridad policial cuando no se haya facilitado interpretación o traducción, ya que tal decisión puede ser recurrida ante el Juez de Instrucción y la que éste adopte, en apelación (artículo 9.4 del Estatuto).

— En caso de muerte o desaparición se velará por la efectiva información de derechos a las víctimas indirectas, con especial atención a los menores de edad. Cuando se trate de víctimas de violencia de género y/o doméstica en los términos del artículo 173.2 CP, y se haya concedido la orden de protección de conformidad con lo dispuesto en el artículo 544 ter, apartado 9.º LECrim, instarán y velarán por el cumplimiento efectivo del derecho de información permanente de la víctima, tanto durante la 675 instrucción como durante la ejecución, sobre la situación procesal del acusado, vigencia o modificación de las medidas cautelares y la situación penitenciaria del presunto agresor, con independencia de que se haya personado o no en la causa. Si no se hubiera procedido de conformidad con el Estatuto, los Fiscales deberán dirigirse al Letrado de la Administración de Justicia –artículo 109 de la LECrim.– instando del mismo la derivación a la OAV en los términos del artículo 35 del Reglamento.

Los Fiscales han de poner especial celo en que las declaraciones de las víctimas en la fase de instrucción se lleven a cabo en la forma prevista en los artículos 21, 22 y 25.1 y 2 c) y d) y muy especialmente, cuando se trate de víctimas menores o con capacidad necesitada de especial protección, procurarán que las declaraciones de instrucción sean grabadas por medios audiovisuales que permitan la reproducción en juicio y que se reciban por medio de expertos en los términos del artículo 26.1 del Estatuto y del 433 de la LECrim., Asimismo se recuerda a todos los Fiscales la obligación de instar la designación de un Defensor Judicial de la Víctima en los supuestos previstos en el artículo 26.2 de la Ley que aprueba su Estatuto. Procurarán también los Fiscales, a tenor de lo dispuesto en el nuevo artículo 334 de la LECrim, la restitución inmediata a la víctima de efectos intervenidos cuando fuera posible.

En los casos en que se solicite por el Fiscal o se acuerde por el órgano judicial el sobreseimiento, los Fiscales deberán instar del Juzgado que se efectuó la notificación a la víctima o comprobarán que se ha hecho de oficio, pues, aunque no se haya personado en la causa puede recurrir la resolución (artículo 12.2 del Estatuto y nuevos artículos 636 y 779.1 regla 1.ª de la LECrim.).

Los Fiscales Superiores han cursado las órdenes oportunas para que en los escritos de acusación, cuando se considere necesario, se efectúe expresamente la solicitud de que las pruebas en las que deban intervenir las víctimas se lleven a cabo de la forma dispuesta en el artículo 25.2 del Estatuto recordando que se puede solicitar la aplicación a las víctimas de alguna o algunas de las medidas del artículo 3.2 de la LO 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales, entre las que se encuentra no sólo la protección policial, que supone que puedan ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y que permanezcan custodiados en dichas dependencias, sino también que, en casos excepcionales, se les puedan facilitar documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. También se pedirá en los escritos de acusación que por el Letrado de la Administración de Justicia (artículo 785.3 de la LECrim) se traslade a la víctima que lo haya solicitado el contenido del mismo, aun cuando no fuera parte.

En la fase de enjuiciamiento, los Fiscales habrán de velar por el cumplimiento de las medidas de protección de las víctimas a las que se refiere el artículo 25.2 del Estatuto, se hayan solicitado o no previamente por el Fiscal, teniendo en cuenta las reformas introducidas en los artículos 680, 682, 707 y 709 de la LECrim. Asimismo se procurará que la sentencia se notifique siempre a las víctimas.

En la fase de ejecución los Fiscales encargados de la supervisión de la misma, estén o no especializados en función de la organización de cada Fiscalía:

— Velarán porque se cumpla lo previsto en el artículo 13 del Estatuto y solicitarán que se realicen las notificaciones a las que se refiere el mismo, ya que las víctimas aunque no se hubieran personado en las actuaciones como parte pueden recurrir las resoluciones dictadas durante la ejecución en el plazo de quince días desde que se le notificaran, no siendo necesaria la asistencia de abogado para el anuncio de la presentación del recurso.

— Si la víctima así lo solicitara, se le comunicarán los permisos y salidas durante la ejecución, solicitando los Fiscales que se adopten o se mantengan las medidas de protección policial durante los mismos si persistiera el riesgo para la víctima.

Como puede observarse, el Estatuto permite a las víctimas tomar parte en la fase de ejecución como nunca hasta ahora podían hacer. Pueden recurrir las resoluciones del Juez de Vigilancia y de la Administración y convertirse, en definitiva, en una parte activa del proceso de un modo inconcebible hace 40 años.

Los Fiscales delegados para las víctimas en lo sucesivo deberán actuar como punto de contacto entre su Fiscalía y la Oficina de Asistencia a la víctima, dando a conocer a los demás integrantes de la plantilla los recursos con los que cuenta la Oficina en cada territorio. Dichos Fiscales informarán, a través de su Jefe respectivo, al Fiscal Superior de todas las cuestiones que consideren necesario que la Fiscalía General del Estado traslade al Consejo Asesor, una vez se haya constituido el mismo.

El 8 de junio de 2017 se constituyó el **Consejo Asesor de Víctimas**¹² bajo la presidencia del Director General de Relaciones con la Administración de Justicia que no ha vuelto a reunirse en pleno hasta el 29 de octubre de 2018, lo que pone de manifiesto que pese a la aprobación del Estatuto de la Víctima, hasta la fecha, ésta solo se justifica en el cumplimiento de nuestros compromisos internacionales que habían establecido el año 2015 como fecha límite para implantar en los

¹² Regulado en el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

Estados Miembros el contenido de la Directiva de 2012 y, prueba de ello, es que se procedió a su aprobación y a la aprobación de su Reglamento de desarrollo sin que estuviera autorizado a las administraciones que han de ponerlo en funcionamiento incremento de gasto alguno ni en medios personales ni materiales. Hasta la fecha el Consejo Asesor¹³ ha constituido un grupo de trabajo para la elaboración de un Protocolo de actuación con menores que se ha reunido en dos ocasiones y que esperamos que cobre nueva fuerza bajo el impulso del nuevo Gobierno. Parece claro, por tanto, que el Fiscal deberá seguir muy presente en el procedimiento velando, como ha hecho hasta ahora, por las víctimas de todos los delitos.

En el Consejo Asesor, por tanto, habrán de descansar todas las aportaciones de la red de Delegados para la tutela de las víctimas de delitos existente en cada una de las Fiscalías, para que la protección de las víctimas sea más eficaz. A él habrá de revertirse los problemas que vayan surgiendo y sus sugerencias. Los distintos Fiscales Delegados, harán saber a la Fiscal de Sala Delegada, toda la problemática y, a través de ella, será la Fiscal designada por la Fiscalía General del Estado en el citado Consejo Asesor –que hasta la fecha es quien escribe estas líneas–, quien ostentará la voz y el criterio de la Fiscalía General del Estado. La actuación de dicho Consejo es de enorme trascendencia para componer un mínimo sustrato igualitario en la actuación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas para que el proyecto logre eficacia.

De lo hasta aquí expuesto resulta que la relación Fiscal/Víctima se ha ido estrechando a medida que se iba afianzando el sistema democrático en nuestro país y la necesaria consolidación del Poder Judicial ha permitido materializar los derechos reconocidos en la Constitución de 1978. Se puede afirmar sin complejo que el Fiscal ha contribuido decisivamente a sacar a la víctima del abandono al que se la había sometido históricamente y que en estos cuarenta años de vigencia de la Constitución han sido evidentes los esfuerzos por especializar a los Fiscales en las distintas materias para dar una mejor y más eficaz respuesta a esas víctimas. Pero como se apunta en este último epígrafe, queda mucho camino por recorrer, aunque hoy sí que están las víctimas dispuestas a transitarlo en la posición protagonista que siempre debieron tener.

¹³ El Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas estará por tres representantes de las comunidades autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia en régimen de rotación anual, que representarán al resto y que ejercerán, también rotatoriamente, la Vicepresidencia; Un representante designado por el Ministro del Interior; Un representante designado por el Ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; Dos representantes designados por el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, con base en el convenio de colaboración celebrado al efecto; un representante del Consejo General de Colegios de Psicólogos, designado por éste; Dos representantes de las Asociaciones más representativas en la asistencia a las víctimas. Actuará como secretario, con voz pero sin voto, un funcionario de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia.

El valor probatorio de las declaraciones realizadas en dependencias policiales a la luz del Derecho a la presunción de inocencia contenido en el Art. 24, 2 de la Constitución. Su repercusión en las sentencias dictadas entre los años 2007 y 2018 en la Audiencia Nacional contra miembros de la organización terrorista ETA

ROSANA LLEDÓ MARTÍNEZ

Fiscal de la Audiencia Nacional.

SUMARIO

I. Breve extracto del contenido del trabajo. II. La declaración policial del acusado desde una perspectiva histórica. III. El interrogatorio policial en la actualidad. IV. Derecho comparado. V. La declaración del acusado en sede policial, desde el ámbito del derecho a la presunción de inocencia recogido en el art. 24,2 de la Constitución Española. VI. Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno del TS al respecto. 1. Primer acuerdo del Pleno de 8 de noviembre de 2006. 1.1. Voces discrepantes: Los votos particulares. 2. Segundo acuerdo del Pleno de fecha 3 de junio de 2015. VII. Reflejo práctico en la Audiencia Nacional. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía. X. Agradecimiento.

I. BREVE EXTRACTO DEL CONTENIDO DEL TRABAJO

En el presente trabajo se realiza un estudio de la evolución de las doctrinas del Tribunal Supremo (en adelante TS) y del Tribunal Constitucional (en adelante TC), en materia de valor probatorio de las declaraciones auto y heteroincriminatorias de los acusados vertidas en sede policial, así como de la incidencia que la referida evolución doctrinal ha tenido en los procesos seguidos en causas de terrorismo contra miembros de la organización terrorista ETA, con expresa exclusión de aquellos actos terroristas que fueron perpetrados por otras organizaciones y de los supuestos de terrorismo de corte yihadista. A mi juicio, el interés del estudio viene dado por el elevado número de causas contra miembros de la referida organización terrorista en las cuales, a la postre, pocos indicios se hallaban, excepción hecha de la propia declaración hetero o autoincriminatoria en las dependencias policiales del acusado o de cualquier otro miembro de su comando.

Atendida la extensión de este trabajo, independientemente del breve estudio doctrinal, la vertiente práctica se ha limitado al examen de un muestreo de Sentencias dictadas por las Secciones de

las Salas de lo Penal de la Audiencia Nacional entre finales de 2006 y finales de septiembre de 2018, desde la perspectiva de los dos Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno producidos en esta materia. En dicho muestreo se han examinado, únicamente, las Sentencias en las cuales se enjuiciaban los más graves atentados de la organización terrorista con víctimas mortales, excluyendo expresamente el resto. Finalmente, se ha entrado a analizar, a título de ejemplo dos supuestos de signo contrario, dado su especial interés.

II. LA DECLARACIÓN POLICIAL DEL ACUSADO DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Con gran acierto refiere García Muñoz¹ que la declaración del sospechoso es una de aquellas instituciones jurídicas a las que *su pasado persigue hasta el tiempo actual*, y ello, no es cuestión baladí, toda vez que la confesión del culpable no sólo aquieta la conciencia del juez al dictar sentencia condenatoria, pues traslada al condenado la responsabilidad de su propia condena, sino que, además, desde el punto de vista de la sociedad y de la opinión pública, se produce un *aumento de confianza general pues no se duda de la corrección de la sentencia y se tranquilizan las conciencias al llegarse a la verdad material*.

Por dicho motivo he considerado de interés, siguiendo al antecitado autor y obra² realizar una somera referencia al valor de la confesión en nuestro derecho histórico.

En la Baja Edad Media, Las Partidas, contemplaban que la confesión arrancada mediante tormento era medio de prueba eficaz, y se consideraba válida si era ratificada después *no teniendo temor a más tormentos, non le amenazando con ellos*. Así, de perseverar en su declaración, se seguía la regla del Derecho Romano de tener por juzgados a los así confesos. Contrariamente, si no era ratificada por el reo, no se consideraba prueba eficaz. Por tanto, la confesión era la prueba reina y, por entonces, el acusado tenía la obligación de decir verdad como también la tenían, dicho sea de paso, quienes tuvieran la poca fortuna de haber sido testigos del hecho, pues también ellos podían ser sometidos a tormento, caso de necesidad.

El Fuero Juzgo, que alumbra ya la Edad Moderna, atenuó el panorama expuesto, al reservar el tormento a los delitos graves y establecer el juramento para los menores, amén de introducir la posibilidad de que el denunciante lo fuera de forma anónima.

En la Novísima Recopilación, que pone punto y final a la Edad Moderna e inicia la Contemporánea, el tormento quedó relegado a un modo de ejecución de la pena tras la sentencia y se introdujo, además, por primera vez y como gran avance, el hacer saber al reo los cargos que se le imputaban en la toma de declaración, denominada todavía confesión.

Tortura y juramento fueron abolidos por la Constitución de 1812. Sin embargo, el juramento del acusado reaparece en el “Reglamento Provisional para la Administración de justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria”, de 26 de septiembre de 1835 y no será hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim.) en 1882 que se destierre de nuestro ordenamiento el juramento del acusado, al ser sustituido por la conocida y ya proscrita fórmula de la *exhortación a decir verdad*.

Con todo, ya a partir de la Constitución del 1812 se inicia en la moderna legislación española la evolución del proceso penal inquisitivo al acusatorio formal de carácter mixto, siguiendo el mo-

¹ García Muñoz, Pedro Luís. *Declaraciones de los sometidos al proceso penal en calidad de sospechosos, imputados o acusados*. Laleydigital. La ley 17913/2011

² García Muñoz, Pedro Luís. Op. Cit págs. 2 a 4

delo francés, a través de la introducción de la figura de la declaración indagatoria que supuso por entonces un gran avance, y que permitía al reo conocer sus cargos y, más aun, ser asistido por letrado y procurador. Sin embargo, pese a que el espíritu de la LECrim. es que tal declaración indagatoria debía tener lugar al iniciarse la instrucción, en la práctica, como es sabido, se producía en momento inmediatamente anterior a la conclusión del sumario y su posterior remisión a la Sala para enjuiciamiento, impidiendo así *de facto* la defensa del encausado durante la instrucción del sumario.

Finalmente, no será hasta época muy reciente que la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, al modificar el art. 118 de la LECrim., permitió al imputado el ejercicio del derecho de defensa a través del nombramiento de abogado y procurador que le representasen, para su personación en el proceso, con posibilidad de proponer diligencias en su descargo desde el mismo momento de la detención. Dicha ley coincide en el tiempo con la entrada en vigor de nuestra Constitución en 1978 (en adelante CE), cuyo 40 aniversario se conmemora en este Libro que, además del derecho a la presunción de inocencia, recogió en su art. 17, 3 el derecho a la asistencia letrada del detenido. La normativa, se completa con el art. 520 de la LECrim. cuya reforma, como se recordará, se produjo al mismo tiempo que la del art. 118 en la antecitada Ley 53/1978, de 4 de diciembre.

Lo hasta aquí expuesto pone de manifiesto la lógica tensión que siempre ha existido entre libertad y garantías de los ciudadanos frente a eficacia, seguridad y rechazo de la impunidad, disyuntiva que, a su vez, ha sido objeto de estudio y controversia por los procesalistas desde antiguo.

III. EL INTERROGATORIO POLICIAL EN LA ACTUALIDAD

García Muñoz³, con cita a su vez de Antón y Barberá⁴, refiere como la policía, en el ejercicio de sus funciones de investigación, se fue irrogando en el pasado el derecho a interrogar a los detenidos, hasta el punto que se produjo una disfunción entre realidad sociológica y jurídica que vino a remediar la CE a través de su art. 17, completado por las sucesivas reformas en su desarrollo, que facultan a la policía a realizar determinadas diligencias, y que a partir de la Carta Magna han introducido, además, el derecho de defensa en las dependencias policiales. Así, en la actualidad, la detención posibilita la realización por la policía de legítimos actos de investigación sobre el detenido, tales como su reconocimiento e identificación y el interrogatorio policial.

Desde otro punto de vista, resulta clave el matiz que introduce González Jiménez⁵ quien subraya que, sin olvidar que la policía judicial actúa a prevención de la autoridad judicial y con carácter aseguratorio, no debe perderse de vista la *naturaleza administrativa de la labor policial* que exige, cuanto menos, de una suerte de mecanismos que permitan se acomode a los estándares de seguridad jurídica, tanto en su obtención como en su aportación a la causa, sin olvidar las vertientes de publicidad, intermediación y contradicción.

Además, nos recuerda este autor un dato fundamental: *la prueba es algo distinto de la averiguación o investigación*. Por tanto, si realizamos un somero análisis de las investigaciones que en la actualidad realizan los cuerpos policiales, sin perjuicio del importante reconocimiento que merece su labor investigadora, es lo cierto que la policía judicial actúa de forma notablemente autónoma dentro del espacio jurisdiccional, cosa que produce una cierta fricción en el actual marco norma-

³ García Muñoz, Pedro Luis, Op. Cit., pág 15

⁴ de Antón y Barberá, Francisco. Táctica policial. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 Vid cita

⁵ González i Jiménez, Albert. *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. Tesis doctoral. VLEX-579673290. Noviembre 2014

tivo. Así, *la policía judicial realiza numerosas actuaciones con vocación de auténtica prueba, que, aunque no tengan el valor de tales, deberán ser incorporadas al juicio oral para su posterior debate, y serán consideradas y tenidas en cuenta a la hora de dictar sentencia*. Sin embargo, no debe olvidarse que el art. 297 de la LECrim. otorga al atestado que plasma tal labor de investigación naturaleza de mera denuncia.

Concluye, con gran acierto, González Jiménez⁶ cuando califica de *excesivo el castigo* que comporta tal atribución de naturaleza de denuncia al conjunto de investigaciones del atestado policial, al menos en aquellos supuestos en los que existen diligencias de carácter irrepetible –léase reconocimientos, croquis, inspecciones oculares, mapas, grabaciones de vigilancias, inspecciones corporales, etc.- Y aunque tales diligencias de investigación son independientes de la declaración del sospechoso, objeto del presente estudio, dejo constancia de ello por su importancia ya que las mismas pueden tener repercusión directa en las declaraciones que se les reciben, al poder ser interrogados sobre aquellas. Así, a título de ejemplo, un croquis, un mapa, una nota manuscrita cuyo autor ha sido convenientemente identificado a través de la oportuna pericial caligráfica, puede ser determinante, pues, amén de su valor probatorio en tanto que documental, pueden dar sentido a determinados interrogatorios policiales.

Respecto del **marco legal** que la ampara, amén del citado artículo de la CE, la cobertura legislativa de la declaración del investigado se halla en los arts. 520, 2 y 771, 2 de la LECrim. Más allá de ellos, al no regular nuestra ley procesal penal la forma en que deberá realizarse la declaración en dependencias policiales, habrá que acudir al marco interno, esto es, al art. 5 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que desarrolla los principios básicos de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad, así como a Instrucciones y Circulares internas de la Secretaría de Estado de Seguridad.

Así, tanto la Instrucción 12/2007, como la 7/1997 de la Secretaria de Estado de Seguridad, relativas, la primera, a garantías de las personas detenidas o bajo custodia policial y, la segunda, a elaboración de atestados, recogen las directrices en orden a la información de derechos. Sin embargo, nada se dice, ni siquiera a nivel reglamentario, sobre la forma, objetivo y técnicas del interrogatorio policial. Parece, por tanto, razonable, como postula García Muñoz⁷, que la materia precisaría ser regulada por normativa de rango superior.

Finalmente, dejar constancia en este apartado que la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, vigente desde el pasado 1 de noviembre de 2015, ha introducido la novedad de permitir la comunicación del detenido con su abogado, incluso antes de que se produzca el interrogatorio, policial, Fiscal o judicial. Empero, sigue sin regular la declaración en sí, es más, ni siquiera la menciona, simplemente se entiende que la misma se halla dentro del conjunto de diligencias de investigación que deberá realizar.

IV. DERECHO COMPARADO

Un examen sucinto del panorama en los países del entorno, siguiendo a García Muñoz⁸, nos arroja la visión siguiente:

⁶ González i Jiménez, Albert. *Op. Cit.*

⁷ García Muñoz, Pedro Luís, *Op. Cit. pág. 17*

⁸ García Muñoz, Pedro Luís. *Óp. cit.*

En Italia, la Polizia Giudiziaria depende orgánicamente de la administración, pero, funcionalmente, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal. Respecto de su competencia, investigación de delitos y aseguramiento de personas, pueden actuar como delegados del juez y del fiscal; sin embargo, como diferencia fundamental, el art. 513 del Código Procesal Penal Italiano permite la lectura de la declaración sumarial del acusado silente en el juicio, únicamente en los casos en que haya sido tomada por delegación.

En Inglaterra, art. 76 de la Police and Criminal Evidence Act de 1984, la confesión realizada por el inculpado ante la policía puede ser utilizada como prueba, siempre que se excluya cualquier duda acerca de que fue prestada libremente, recayendo sobre la acusación la carga de la prueba en caso de duda.

En la República Federal Alemana, si bien cada Lander es independiente en la regulación de las fuerzas de policía, el art 254 del Código de procedimiento alemán (Strafprozeßordnung- StPO) permite la lectura de la declaración sumarial del acusado que guarda silencio en el juicio, pero excluye en todo caso la prestada ante la policía.

Francia, la más cercana a nuestro sistema procesal, sigue en la actualidad un sistema mixto inquisitivo/acusatorio, con clara prevalencia del primero. Así, los acusadores públicos de nuestro vecino país, *procureurs* o *magistrats du parquet* (por el lugar que ocupan en las salas de justicia), son una figura especial y con facultades mucho más extensas que las aquí atribuidas a los fiscales, pues a su alrededor gira todo el proceso penal. Así, además de poder optar por el principio de oportunidad en determinados supuestos –circunstancia que determina que en ciertos casos “elijan” la competencia de un tribunal u otro-, dirigen siempre las investigaciones llevadas a cabo por la policía judicial –interrogatorios incluidos- y éstos, no sólo se reproducen como prueba en el juicio oral, sino que son los propios magistrados del Tribunal enjuiciador y no el Ministerio Público quienes interrogan al acusado acerca de las mismas o de sus eventuales contradicciones (Vid. arts. 12, 328, 429 y 431 del CCP -Code de procédure pénal-).

Finalmente, en EEUU, ajeno a nuestro entorno, pero también de interés, si bien cada Estado tiene su propia policía a las órdenes del Gobernador, el Tribunal Supremo de los EEUU declaró históricamente que “el derecho a tener un abogado presente durante un interrogatorio es indispensable para la protección del privilegio, según la quinta Enmienda”, por lo demás, en última instancia, pueden tener valor probatorio.

V. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO EN SEDE POLICIAL, DESDE EL ÁMBITO DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA RECOGIDO EN EL ART. 24, 2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Refiere acertadamente Enériz Olaechea⁹ que el derecho a la presunción de inocencia se configura como piedra angular de la validez jurídica de los atestados policiales. Así, el expresado derecho es, de entrada, un auténtico derecho fundamental reconocido y garantizado por la CE en su art. 24, 2. Por tanto, la entrada en vigor de nuestra Carta Magna permitió superar la limitada concepción que tenía el Tribunal Supremo (en adelante TS) de dicha presunción, al calificarla como un simple principio general del Derecho derivada, a su vez, del principio in *dubio pro reo*.

⁹ Enériz Olaechea, Francisco Javier. *El derecho a la presunción de inocencia y los atestados policiales en la Doctrina Constitucional*. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2010 parte Tribuna

Por su parte, Martínez Arrieta¹⁰ nos recuerda que se trata de un derecho procedente de la Revolución francesa, como reacción al sistema judicial del antiguo régimen y que su predecesor, el *in dubio pro reo*, no era más que un principio hermenéutico dirigido al Tribunal que debía valorar el material probatorio. Por ello, en tanto que principio procesal, no tenía cabida en la casación.

Respecto de la jurisprudencia preconstitucional, refiere Martínez Arrieta¹¹ como las decisiones anteriores a la Constitución *establecieron una disociación absoluta entre la valoración de la prueba a través de la íntima convicción del Tribunal y la función del TS*, hasta tal punto que califica de *soberana y descontrolada* la búsqueda de la verdad material que se imponía en nuestro proceso. Más aún, en su opinión y no sin razón, se desoía hasta ese momento el mandato de la propia ley que, en su art. 741 hace mención únicamente a las pruebas practicadas en juicio. En apoyo a su tesis, cita STS 10/2/78, 28/5/75, 4/5/76, 8/3/77, e incluso algunas posteriores a la Constitución como la 27/9/83.

Efectivamente, tal era el panorama, que incluso quien en su día fuera Fiscal General del Estado, Luis Antonio Burón Barba¹², alzó su voz crítica al respecto: *la vuelta atrás se ha creído justificada con la certeza moral que de buena fe se extraía de los folios del sumario y hasta del atestado policial... Desde la Constitución, si no se quiere que la presunción de inocencia quede reducida a una declaración vacía, es evidente que no cabe aceptar la convicción generada al margen del juicio oral.*

La CE dio un nuevo contenido a la perspectiva del procesal penal español desde el punto de vista de los derechos fundamentales, como queda claramente reflejado en la importantísima STC 31/81, de 28 de julio que afirmaba: *Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha informado la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata.* Consecuentemente, como derecho fundamental, exige para ser desvirtuada de un mínimo de actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales; por tanto, caso de no producirse o de ser ésta insuficiente, la decisión judicial deberá ser necesariamente absoluta al no poderse inferir la culpabilidad del acusado de otra fuente que no sea la producción válida y realizada con las debidas garantías de auténtica actividad probatoria en el plenario.

Por lo demás, recordar que el propio TC dejó siempre claro que su papel, en tanto que intérprete último de la Carta Marga, se limitaba a examinar la existencia de esa mínima actividad probatoria que, a su vez, garantizaba el respeto al derecho fundamental, reservándose la valoración de la misma a los órganos jurisdiccionales ordinarios, en virtud del principio de libre valoración de la prueba. En tal sentido y, por todas, vid. STC 155/2002, de 22 de julio *...una vez incorporado el resultado de la prueba al juicio oral de forma constitucionalmente válida, su valoración ya no es competencia del Tribunal Constitucional, sino de la exclusiva competencia de los jueces y tribunales en el marco de la actividad jurisdiccional (art. 117.3 CE).* Con ello, siguiendo a Enériz Olaechea, el TC respeta el principio de separación de poderes y, concretamente, al Poder Judicial y su independencia.

Desde otro punto de vista doctrinal y para negar también su validez, Magro Servet¹³ parte de dos presupuestos: el primero, que estas iniciales declaraciones policiales pueden modificarse, no

¹⁰ Martínez Arrieta, Andrés. *Recurso de casación y de revisión penal. Control de la presunción de inocencia.* Tirant lo Blanc, 2010

¹¹ Martínez Arrieta, Andrés. *Recurso de casación y de revisión penal.* P. Cit. pág. 166

¹² Burón Barba, Luis Antonio. Castigar y juzgar. Revista del Poder Judicial –I época– n° 4 septiembre 1982, pág. 109 “la vuelta atrás se ha creído justificada con la certeza moral que de buena fe se extraía de los folios del sumario y hasta del atestado policial...”

¹³ Magro Servet, Vicente. *El valor probatorio de las declaraciones en sede policial.* Diario La Ley n° 9177, Sección Doctrina, 13 de abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer

sólo en fase sumarial, sino, posteriormente en el plenario -facultad del acusado que se halla intrínsecamente unida a su derecho a guardar silencio, a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo- y, el segundo, que, como planteamiento general, en nuestro ordenamiento procesal los medios de prueba idóneos para desvirtuar la presunción de inocencia, son aquellos que se practican en el juicio oral (vid. por todas, STS 686/2016 de 26 de julio, Rec. 10027/2016 (la Ley 91580/2016)). Así, concluye Magro Servet que las diligencias policiales no pueden constituir ordinariamente pruebas preconstituidas, reproducibles en el juicio oral a través del art. 730 de la LECrim., no sólo, porque siquiera se trata de pruebas practicadas ante el Juez de instrucción, al no ser las declaraciones policiales *diligencias practicadas en el sumario* –periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas, hasta el auto por el que se declara concluida la instrucción-, sino, también, porque las mismas sí son susceptibles de practicarse durante el plenario al estar los acusados presentes y a disposición del Tribunal.

Completa la perspectiva García Muñoz¹⁴ al referir que el interrogatorio policial no puede considerarse prueba anticipada ex. art. 657 de la LECrim., pues no está rodeado de las garantías que el interrogatorio prevé para la vista. De hecho, parece razonable entenderlo así pues ni el Fiscal, ni eventuales acusaciones particulares asisten a la misma. De forma similar al enfoque de Magro Servet, aborda García Muñoz¹⁵ la eventual introducción en el plenario de dicho interrogatorio por la vía del art. 714 de la LECrim. por impedirlo el propio tenor literal del precepto: *cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes*. Así, además de no formar parte del sumario, no estamos ante declaración testifical. Sin embargo, pese al tenor literal del precepto procesal, también el TS ha sido flexible en su interpretación asimilando las declaraciones testificales a las de los acusados–vid. STS de 6 de abril de 1994 y de 13 de junio de 1994-, criterio que parece sorprendente teniendo en cuenta, no sólo el tenor literal de la disposición, sino también las muy distintas prerrogativas, derechos y/u obligaciones que asisten en el proceso penal a las figuras del acusado y del testigo.

Hay que dejar también constancia, en este punto, de la interesante reflexión de Dolz Lago¹⁶ que sintetiza la naturaleza del proceso de mitificación y conversión en dogma según el cual *sólo lo practicado ante el Juez, por este mero hecho, tiene valor procesal, mientras que las actuaciones de otros agentes públicos, léase policía o fiscal, carecen de eficacia alguna. Este dogma tiene su asiento en un apriorismo falso, cual es que sólo el juez es imparcial y objetivo mientras que los demás agentes públicos son parciales y subjetivos. Es falso este apriorismo porque el estatuto jurídico de los agentes públicos concernidos garantiza constitucionalmente también su imparcialidad y objetividad. Se olvida que lo que da eficacia procesal a una actuación investigadora debe ser cómo se realiza y no ante quién se realiza*¹⁷. Es decir, si se realiza respetando el derecho de defensa y garantizando el principio de contradicción, ya que, aunque se realice ante el juez con ausencia de estos principios, el acto carecerá de valor procesal. Añade, además, que identificar contexto inquisi-

¹⁴ García Muñoz, Pedro Luís. Declaraciones de los sometidos al proceso penal en calidad de sospechosos, imputados o acusados. La ley digital 17913/2011, págs. 36 y 37

¹⁵ García Muñoz, Pedro Luís. Óp. cit.

¹⁶ Dolz Lago, Manuel-Jesús, *Caso Comisarías. Eficacia probatoria de las declaraciones prestadas en sede policial: confusión jurisprudencial*. Diario La Ley nº 8533, Sección comentarios de Jurisprudencia, 6 de mayo de 2015. Editorial La Ley. Este artículo lo escribe a raíz del llamado caso comisaría, en el que, dicho sea de paso, pone de manifiesto la confusión reinante sobre la materia, a su juicio, quizá no carente de intención.

¹⁷ El subrayado es del propio autor

tivo y comisarías para descalificar lo realizado en ellas y ensalzar al juez de instrucción, también es paradójico porque tanto la policía como el juez de instrucción son inquisitivos, es decir, investigan, y porque históricamente, el juez de instrucción es un inquisidor, realiza la “inquisitio”.

Respecto a su reflejo en la doctrina del TC, desde la ya citada STC 31/1981, de 28 de julio, que considera las declaraciones vertidas en sede policial, en tanto que parte del atestado, hechos que deberán ser objeto de prueba y no prueba en sí mismas, otorgándoles valor de mera denuncia –ex. Art. LECrim. 297- ha venido el TC afirmando que *como regla general, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes...por lo que se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa*”. Esta sentencia, en palabras de Martínez Arrieta¹⁸ *abrió una ardua polémica y se llegó a afirmar que el Tribunal Constitucional con esa interpretación se había convertido en una nueva instancia penal*. Sin embargo, el TC reinterpretó el mandato del art. 741 de la ley procesal y declaró la insuficiencia de un convencimiento apoyado en el atestado policial o en el sumario o en las diligencias previas.

Acorde con esta nueva doctrina se pronunció la STS de 29/1/88 que recuerda que *la estimación en conciencia a que se refiere el precepto legal no debe entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo*.

En esta misma línea avanzaron las SSTC 174/85 y 175/85, ambas de 17 de diciembre, que abordaban la habilidad de la prueba indiciaria para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia¹⁹, pero sus afirmaciones se extienden a todo el concepto de la actividad probatoria. En ellas, se reitera la vigencia del art 741 de la LECrim. al señalar que la función de valoración de la prueba *en conciencia* le corresponde al Tribunal o al Juez Penal y no al TC. Ello, no obstante, el resultado de la prueba ha de ser tal que pueda considerarse de cargo, es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada permitan acreditar la culpabilidad del acusado, lo que supone comprobar los criterios racionales que han guiado la valoración de la prueba. En términos similares se pronunció la STC 138/92 de 13 de octubre.

Sin embargo, y aunque la opinión dominante del TC es la hasta aquí reflejada, ello no obsta a que en algunos supuestos sentencias discrepantes hayan contribuido a complicar, más si cabe, el panorama. Así, la STC 206/2003, de 1 de diciembre admite excepciones: *“desde la STC 80/1986, de 17 de junio, nuestra jurisprudencia ha afirmado expresamente que dicha regla general admite excepciones, que en cuanto tales han de ser interpretadas restrictivamente (STC 36/1995, de 6 de febrero), a través de las cuales puede considerarse conforme a la constitución integrar en la valoración probatoria el resultado de ciertas diligencias sumariales que, habiéndose practicado con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, sean reproducidas en el acto del juicio oral, de modo que quede suficientemente garantizada la contradicción*. Así, esta misma sentencia del TC admitió, remitiéndose a la 51/95, la posibilidad de incorporación al juicio

¹⁸ Martínez Arrieta, Andrés. Op. Cit. pág. 168

¹⁹ Martínez Arrieta, Andrés. Op. Cit. pág. 169

oral de la declaración policial cuando los funcionarios de policía ante los que se prestó declarasen como testigos en el juicio oral, con observancia de los principios de contradicción e inmediación.

Es obvio que la confusión está servida.

VI. ACUERDOS NO JURISDICCIONALES DEL PLENO DEL TS AL RESPECTO

La aparente claridad de la inicial doctrina Constitucional, brevemente expuesta en el epígrafe antecedente, en parte contradicha por el propio TC, posteriormente, tiene también reflejo en los muchos vaivenes y fluctuaciones que por parte del Tribunal Supremo se han venido produciendo a la hora de abordar el valor probatorio de las declaraciones vertidas en sede policial y no ratificadas posteriormente.

La confusión llegó hasta el punto de haber dado lugar a dos acuerdos del Pleno entre los años 2006 y 2015, consecuencia de las tensiones generadas en el seno del Alto Tribunal y de la discordancia de Sentencias producidas.

1. Primer acuerdo del Pleno

Así, en **28 de noviembre de 2006**, se produce el **primer Acuerdo del Pleno** en la materia, cuyo tenor literal reza:

“Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”.

Esta especie de balón de oxígeno, llamémosle así, que admitía la valoración de la declaración policial fundamentada en la posibilidad de contradicción en la vista, tuvo su reflejo, entre otras en la STS de 17 de enero de 2008 (ponente Sr. Marchena Gómez) recurso de casación, por lo demás, interpuesto contra una causa por asesinato de carácter terrorista, dictada, por tanto, por una Sección de la Sala Penal de la Audiencia Nacional. Así, la sentencia reza:

“...las defensas ponen el acento en que esa declaración no fue objeto de ratificación en el acto del juicio oral. La Sala de instancia atribuye mayor credibilidad al testimonio prestado en diligencias policiales, en la medida en que Juan Miguel se limitó a negar el conocimiento de los acusados y a afirmar...no justificando ni explicando las contradicciones en sus dos declaraciones y su cambio de versión....el Tribunal “a quo” explica las razones por las que otorga prevalencia al testimonio inculpativo inicialmente prestado en sede policial....Las SSTS de 25 de noviembre y 7 de diciembre de 1993, 24 de marzo y 17 de mayo de 1994, autorizan al órgano judicial sentenciador para que pueda tener en cuenta todas las manifestaciones realizadas por los testigos o los acusados antes del acto de la Vista, tanto ante la policía como ante el juez de instrucción, ya que lo relevante es que se dé efectiva oportunidad a quien declare en el acto de la vista contrariamente a lo declarado en la fase de investigación para que explique las diferencias, al objeto de poder el Tribunal valorar las rectificaciones producidas teniendo en cuenta los datos o razones aportados. En igual sentido SSTS de 8 de octubre y 1 de julio de 1999. Ninguna quiebra de los principios observadores del proceso penal se produjo...”

Sin embargo, las voces discordantes con este denominado “balón de oxígeno” no se aquietaron pues, sólo unas semanas después del acuerdo, la STS de 4 de diciembre de 2006, pese a imponer el criterio al que se llegó, pone de relieve la existencia de importantes y fundadas dis-

crepancias en el seno del Tribunal Supremo. Así, en un supuesto de enjuiciamiento por asesinato terrorista en la que el tribunal “a quo” dio validez probatoria a las declaraciones autoinculpatorias del acusado en las dependencias policiales, de las que posteriormente se desdijo ante el juez de instrucción, teniendo en cuenta las declaraciones testificales de los funcionarios de policía que las recibieron, el TS rechaza el recurso de casación interpuesto contra la misma con base en los argumentos siguientes:

Con cita de la STC 80/91, de 15 de enero, así como, por remisión a las 80/86, 82/88, 201/89, 217/89 y 161/90, refiere que, de una parte, *la existencia en sí de tales declaraciones no es cuestionable y ... si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción”*

Tras referir las sentencias que amparan la doctrina del TC más significativas en la materia (STS 1106/2005, de 30 de septiembre, 918/2004, de 16 de julio; 349/2002 de 22 de febrero y 1079/2000, de 19 de julio), y después de analizar aquellas otras que han admitido como válida la misma siempre que hayan prestado declaración como testigos los agentes de policía que las recibieron, salvaguardando así la posibilidad de contradicción, concluye que se dan las circunstancias para que la misma pueda ser valorada, toda vez que:

1. El acusado fue asistido de Letrado en su declaración.
2. El instructor y secretario que las recibieron prestaron declaración en la vista.
3. Los informes médico forenses obrantes en autos, así como los informes de exámenes médicos realizados en dependencias policiales descartan los malos tratos que aduce el acusado para justificar tal declaración autoinculpatoria, pues no aprecian señal alguna de violencia, como aquél relató, concluyendo que la prueba es válida pues *no se ha infringido en este supuesto el derecho fundamental a la presunción de inocencia del recurrente, pues el juicio de culpabilidad que se contiene en la resolución judicial impugnada se ha visto precedido de la práctica de una actividad probatoria de cargo...que ha de considerarse suficiente para desvirtuar la presunción constitucional que se invoca como vulnerada.*

La conclusión antedicha, aplicación directa del acuerdo del Pleno al que se había llegado semanas antes, no fue óbice para que se formularan dos **votos particulares** que, amén de plasmar las disonancias que existían en el seno del Tribunal, son la antesala del nuevo acuerdo de signo contrario al que se llegó nueve años después.

1.1. Constatación de discrepancias: votos particulares

La **primera voz discrepante**, reflexiona acerca del carácter del proceso penal en tanto que mecanismo de reconstrucción de hechos acaecidos en el pasado, de tal manera que sólo aquello que se reconstruye ante un órgano judicial puede tener el carácter de medio de prueba, y, al tiempo, recuerda que no es admisible la pretensión de obtener la verdad por cualquier medio, sino sólo a través de aquellos que, previstos en las leyes y legalmente obtenidos, se consideren suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. Por tanto:

— Los testigos de la declaración (léase funcionarios de policía instructor y secretario del atestado) no pueden sustituir al acusado que se halla a disposición de Tribunal.

— Admitir dicha testificales de referencia contradice el principio “*nemo tenetur*” –derecho del acusado a no declarar contra sí mismo, a guardar silencio, a no autoinculparse, en definitiva- y, dado que el órgano jurisdiccional tiene capacidad para conformar la prueba en su presencia, sería una forma fraudulenta de obviar dicha conformación.

— Los funcionarios no son testigos “de los hechos” objeto del juicio y su testimonio es impropio.

Por si ello no fuera suficiente, añade que tales testigos *no son plenamente imparciales* atendida la práctica imposibilidad de desdecirse del contenido de su propio atestado. De afirmarse lo contrario estarían reconociendo la comisión de un hecho delictivo y parece razonable entender que quien ha plasmado el contenido de una declaración en un documento oficial no está en la situación más idónea para desdecirse.

Por lo demás, el propio voto particular deslinda con claridad aquello que entiende cuestión de legalidad ordinaria y lo que debe tratarse desde el plano de constitucionalidad, concluyendo que, aún en el supuesto que pudiera entenderse constitucionalmente válido, no es admisible desde el plano de la legalidad ordinaria, concluyendo que la decisión mayoritaria de la Sala, en aplicación del acuerdo no jurisdiccional de referencia, supone una clara regresión en el ámbito de protección de derechos en el proceso penal, con el fin de lograr una mayor eficacia en la represión penal, que, a su juicio, vulnera los límites deseables.

La **segunda voz discrepante**, partiendo del art. 297 de la LECrim. y de la consideración de las declaraciones como mera *notitia criminis* en tanto que denuncias a efectos procesales, estima debe hacerse hincapié en que las investigaciones preliminares policiales son meras hipótesis teñidas de parcialidad y no deben ser tenidas como prueba, máxime cuando un sujeto institucional, autónomo y lejano a la investigación –el propio Tribunal- debe crear convicción a la partir de la prueba que se produzca en su presencia, con el fin de evaluar las respectivas hipótesis en contraste.

Con argumentos semejantes al anterior voto, concluye que las declaraciones policiales de los acusados no pueden ser introducidas en el juicio oral por vía de las declaraciones testificales de los funcionarios que las recibieron o escucharon durante la confección del atestado, pues, pretenderlo es una ficción, además de chocar con el principio *nemo tenetur* al que ya se ha hecho referencia con anterioridad. Igualmente, tampoco cabe su lectura por el 714 de la LECrim. ni su introducción por la vía del 730 de la LECrim. por los razonamientos repetidamente expuestos por la doctrina y que ha quedado reflejados en el epígrafe V de este trabajo.

Y en este estado de cosas, casi nueve años después tales voces discrepantes han cuajado en el segundo y último, hasta la fecha, acuerdo del Pleno en la materia.

2. Segundo acuerdo del Pleno de la Sala Segunda

Contenido del **Acuerdo del Pleno no jurisdiccional** de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha **3 de junio de 2015**:

“Las declaraciones ante los funcionarios de policía no pueden operar como corroboración de los medios de prueba.

No pueden ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECrim., ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECrim.

No pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

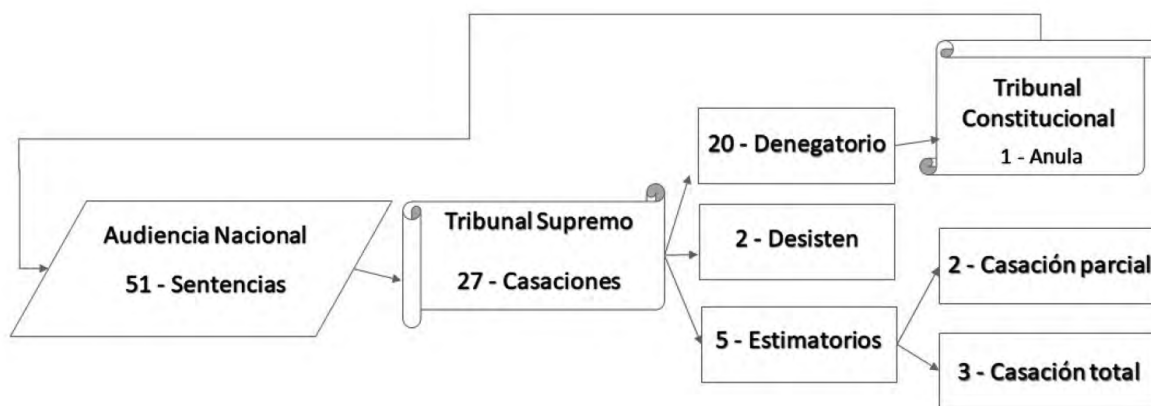
Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

Este acuerdo sustituye al que sobre la materia se dictó el 28 de noviembre de 2006 y que consideraba que las declaraciones válidamente prestadas ante la policía podían ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”.

VII. SU REFLEJO EN LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Del muestreo de 51 sentencias condenatorias por delitos de atentados terroristas cometidos por la organización terrorista ETA con resultado de muerte dictadas por las Secciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional entre diciembre de 2006 y octubre de 2018 que se han examinado, se presentó recurso de casación con respecto de 27 de ellas y un recurso de amparo ante el TC. De todos los recursos interpuestos, únicamente prosperaron cinco y un recurso de amparo ante el T.C. Por lo demás, de entre las estimatorias, dos lo fueron en materia de responsabilidad civil, atendiendo las pretensiones en materia de responsabilidad civil de las acusaciones particulares, el resto, esto es, los recursos interpuestos por los condenados, versaban sobre el valor que el Tribunal *a quo* había otorgado a las declaraciones auto o heteroinculpatorias de algún acusado, no ratificadas en sede judicial. Se da la circunstancia que, en todos los casos de desestimación, se formularon votos particulares.

Por tanto, el interés que subyace es que en todos los supuestos se debatía el mismo problema: **¿es suficiente para enervar la presunción de inocencia la declaración vertida en sede policial?** Pues, como se verá, no está del todo claro ya que, a la postre, en el primer supuesto que se analizará, sí fue suficiente, pues tras una serie de vericuetos judiciales que se expondrán a continuación, acabaron condenando y, en el segundo, no lo fue, pues el TS casó y anuló la sentencia, en consonancia con el voto particular que uno de los tres magistrados del Tribunal *a quo* había formulado.



Análisis de la Sentencia de fecha 10 de mayo de 2010 correspondiente al Sum. n°. 16/2000 del Juzgado Central n°. 3, cuyo enjuiciamiento tuvo lugar ante la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional:

La causa en cuestión se siguió contra dos miembros de un comando informativo de ETA que fueron condenados como cooperadores necesarios en uno de los asesinatos de la organización terrorista. La sentencia declaró probado que fueron ellos quienes facilitaron al comando ejecutivo los datos necesarios relativos a identificación, hábitos y horarios de la víctima, elementos que permitieron que la acción se materializara.

Las Sección Primera por sentencia de fecha 10/3/2010 condenó a ambos acusados con base en las declaraciones auto y heteroinculporias prestadas en dependencias policiales por uno de los dos acusados, no ratificadas posteriormente ante el Juez y que se denunciaron obtenidas bajo torturas. Asimismo, tomó la Sala en consideración la incorporación del material probatorio del resultado de los registros efectuados en los domicilios de ambos acusados.

Así, con base en el citado Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2006, el Tribunal *a quo* entendió prueba de cargo suficiente la declaración policial que los inculpaba, toda vez que había sido introducida mediante la declaración testifical en el Plenario de los funcionarios de policía que la recibieron, lo que permitió su contradicción, con más la propia declaración del acusado que, si bien negó su contenido aduciendo que fue objeto de malos tratos, no negó, en sí, la existencia de la dicha declaración. Por lo demás, y respecto a la acreditación de los malos tratos que hubieran conllevado la nulidad de la prueba, más allá de consideración alguna acerca de su valoración, se entendió que no había quedado acreditada su veracidad, pues ninguna anomalía se advirtió por los médicos forenses que examinaron al detenido autor de la declaración durante el periodo de su detención. Por lo demás, si bien es cierto que consta en el acta de declaración que el detenido, al ser puesto a disposición judicial los denunció -pese a lo cual no se investigaron de oficio, sino que hubo de ser el propio detenido que formulara la correspondiente denuncia- tras incoarse las oportunas diligencias para su investigación, estas fueron archivadas finalmente. Por ello, no se estimaron acreditados más allá de las meras manifestaciones verbales del acusado.

Recurrida en casación por ambos condenados, se denunció, entre otras cosas, la vulneración del art. 24,2 de la CE, objeto de estudio del presente trabajo, al haberse considerado a ambos acusados autores de aquellos delitos sin que existiese prueba de cargo. Sin embargo, por Sentencia de 1 de octubre de 2010 el TS desestimó el recurso.

No conformes, las defensas interpusieron demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional por la expresada vulneración de derecho constitucional, quien por Sentencia de fecha 28-2-2013 **otorgó el amparo parcial a uno de los dos condenados, denegándose al otro y mandó anular respecto de aquél la sentencia confirmada en casación**, con retroacción de las actuaciones al momento inmediato anterior al dictado de la primera sentencia para que la Sala dictase otra sin tomar en consideración la controvertida declaración inculporia realizada en dependencias policiales.

Pues bien, tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la Sección Primera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional dictó nueva sentencia de fecha 13 de marzo de 2013 en la que, prescindiendo de la prueba que el TC había declarado vulneraba el derecho constitucional del recurrente, esto es, la declaración policial auto y hetero-inculporia no ratificada, volvió a condenarlo, eso sí, con base, esta segunda vez, en la prueba conformada por los hallazgos obtenidos en las entradas y registros practicados en el domicilio de ambos miembros del comando informativo, con más una testifical y las periciales y documentales ya practicadas, pues, a su juicio y tal y como el propio TC

declaraba en su Sentencia, excluyendo la prueba vulneradora del derecho a la presunción de inocencia, las restantes podían enervar aquella presunción.

Esta Sentencia, fue de nuevo recurrida en casación y confirmada por STS de 16 de octubre de 2013. Sin embargo, dos de los magistrados que conformaron Sala emitieron voto particular. En síntesis, las razones de la confirmación, se ciñen al argumento ya expuesto, esto es, aun prescindiendo de la prueba tachada por el TC, con la suma de las restantes se construye un discurso valorativo de estructura racional y tal argumento, según la opinión mayoritaria, se desprende de la lectura de la propia Sentencia del TC. Muy al contrario, los votos particulares consideran que los datos que valoró la sala de enjuiciamiento, a saber,

1) Pertenencia del acusado a un comando de información de ETA, conclusión que se obtiene raíz del hallazgo de documentos de ETA en el domicilio del recurrente que son coincidentes con otros intervenidos a la organización terrorista en la localidad francesa de Saintes. Sin embargo, contrariamente a lo ocurrido en el registro domiciliario del otro acusado, no se hallaron documentos que hicieran referencia a la víctima concreta de la causa enjuiciada.

2) La testifical producida en juicio acreditativa de que el recurrente acudía con frecuencia al domicilio de sus padres –donde vivía la víctima y tuvo lugar el atentado- y que tanto el padre del acusado como el fallecido aparcaran sus vehículos en el garaje del inmueble no son suficientes para llegar a la condena, pues se trata de una conclusión excesivamente abierta y necesitada de algún complemento, tanto desde el canon de la lógica como desde el de la suficiencia, pues la conclusión de que suministró la información en este caso concreto *no fluye con naturalidad*, por lo tanto, no se alcanza el juicio de certeza, más allá de toda duda razonable. En su opinión, debió haberse absuelto al recurrente.

En resumen, la intrincada trayectoria de esta Sentencia dictada en marzo de 2010, confirmada por el TS (1/10/2010), anulada parcialmente por el TC, (28/2/2013), dictada de nuevo por el Tribunal *a quo* (13/3/13) y ulteriormente confirmada por el TS (2/10/2013), demuestra cómo, lejos de aclararse el panorama al respecto, crece la confusión. Todo ello pone de relieve la necesidad de abogar por la regulación legal del problema.

Análisis de la Sentencia de fecha 16 de enero de 2015 correspondiente al Sum. n.º. 30/1994 del Juzgado Central n.º. 2, cuyo enjuiciamiento tuvo lugar ante la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional:

La Sentencia de referencia enjuicia a una activista de la organización terrorista ETA, por su presunta participación en un atentado terrorista con resultado de muerte, por el que ya habían sido condenados otros componentes del comando. En el supuesto analizado, la prueba existente contra la misma era, del mismo modo que en el caso anterior, la declaración auto y heteroincriminatoria vertida por otro miembro del comando en sede policial, ratificada posteriormente ante el Juez, pero única y exclusivamente en los que a su participación en los hechos se refería, con exclusión expresa del resto de personas a las que había incriminado y, por tanto, de la activista enjuiciada. La declaración, no fue ratificada en juicio e, igualmente, fue tachada de nula por la defensa al entender que la misma había sido vertida a consecuencia de las torturas infligidas en sede policial al coacusado.

En el supuesto que ahora se analiza, la sentencia condenó a la acusada, con el voto particular de uno de los magistrados que componían el Tribunal. Para fundamentar su condena, la Sala contó,

además de con la expresada declaración, con el denominado informe pericial de inteligencia, que, como es sabido, extrae elementos tanto de la propia declaración en cuestión, como de otras vertidas por otros miembros de la organización en otras investigaciones, amén del análisis de elementos contenidos en las Sentencias de otras causas. A partir de aquí, extrae unas determinadas conclusiones que se realizan en tanto que los firmantes son expertos en investigaciones de la organización terrorista ETA. Cabe decir en este punto, que, si bien tal prueba viene siendo admitida por la jurisprudencia del TS –Vid por todas STS 17 de julio de 2008–, se ha matizado en el sentido que no puede suplir las conclusiones y razonamientos lógicos a los que, a la postre, debe llegar la Sala de enjuiciamiento y no los investigadores policiales.

En síntesis, la Sala contó con las declaraciones policiales no ratificadas a presencia judicial, con la testifical de los policías que la recibieron, y, todos los hechos contenidos en la declaración inculpatoria, los consideró corroborados por elementos periféricos contenidos en el informe de inteligencia policial. Por tanto, corroboración periférica y reproducción en el Plenario con arreglo a alguna de las formas que nuestro derecho admite. Así, se condenó a la acusada, con el voto particular de uno de los magistrados.

Se recogen, a continuación, las razones de la discrepancia que no hacen sino incidir, desde una perspectiva u otra, en los argumentos que ya se han expuesto anteriormente:

Tras análisis de la prueba de cargo consistente en declaración inculpativa de un coacusado en sede policial, no ratificada posteriormente, el voto particular emitido constata su opinión en referencia a que la tesis que ha utilizado la Sala para llegar a la condena es que *aunque formalmente no se la tendría como prueba, su contenido sí que sería objeto de prueba, convirtiendo esta declaración en marco de referencia de otras pruebas y haciendo revivir su valor como elemento de formación de la convicción judicial a través de la acreditación de determinados elementos periféricos de su contenido por vía indiciaria, que se introducirían mediante las conclusiones obtenidas en informes de inteligencia policial, analíticos de determinados elementos –la propia declaración y otras sentencias dictadas en otras secciones–*. A partir de aquí valora que se denunciaron por el autor de la declaración malos tratos y que, si bien dieron objeto a la incoación de un procedimiento penal, éste fue finalmente archivado. Por ello, al no haber certeza de que la declaración fue prestada sin ningún tipo de coacción y, al entender el magistrado discrepante que no hay forma de saber si ello fue o no así, tras seguir como guía argumental la STC 68/2010, expone la doctrina constitucional sobre el tema y concluye que tales sentencias son categóricas a la hora de restar validez de prueba a las declaraciones de un coimputado, no ratificadas posteriormente.

Hace, finalmente, referencia el Voto Particular al marco extraprocesal en que se producen las declaraciones, subrayando la implicación del policía en la investigación y su afán inquisitivo, circunstancias que le restan imparcialidad y objetividad. Constata, asimismo, la dosis de constreñimiento y presión ambiental que existen en la realización de tales diligencias de investigación policial.

En resumen, tras valorar lo antedicho, sumado al hecho cierto que las mismas se produjeron durante el periodo de incomunicación del detenido y que pende sombra de duda por las torturas denunciadas –*este magistrado desconoce, y no tiene manera de salir de la duda, sobre la veracidad de las torturas que relata el coimputado, y que fueron consignadas en el acta judicial de declaración*, pese a que no se siguió investigación de oficio, parece que existió una denuncia por torturas que fue archivada, concluye que la acusación debió haber despejado cualquier sombra de duda sobre la validez constitucional –art. 15 de la CE, en relación con el 3 del CEDH y con el 11,1 de la LOPJ–. Sin embargo, se limitó a proponer a los policías que la recibieron, y, además, tampoco propuso la pericial de los médicos forenses que examinaron al declarante durante su incomunicación. Por todo ello, con cita de las obligaciones internacionales que penden sobre el Estado español, así como de la existencia de alguna condena contra España en la materia, concluye que debió haberse absuelto.

Siguiendo la trayectoria y vericuetos de la Sentencia que se examina, el TS tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en su sentencia de fecha 20 de julio de 2015 y, **con estimación del recurso de casación interpuesto por los mismos motivos ya aludidos en el anterior ejemplo, casó y anuló la Sentencia** de 16 de enero de 2015. Esta vez, el Tribunal Supremo realizó una pormenorizada exégesis de la evolución de la doctrina del TS y del TC en la materia, con análisis del acuerdo del 2006 y trajo a colación tanto aquellas que lo han seguido, como aquellas otras que, durante ese mismo periodo de tiempo se han separado del acuerdo, hasta generar esta especie de controversia permanente, como ya ha quedado acreditado de forma más que suficiente.

En realidad, esta Sentencia de la Sala Segunda alumbraba ya el nuevo acuerdo de 2015 y en ella se concluye, con exclusión, eso sí, de la sombra de duda acerca de la existencia de malos tratos que relata el magistrado discrepante del Tribunal “a quo”, que, aunque practicada con observancia de las formalidades y garantías que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen *no es suficiente para que pueda atribuirse eficacia probatoria*.

Nótese que en todos los supuestos aludidos se denunciaban confesiones obtenidas bajo torturas y aunque tal argumento ha sido empleado de forma habitual sin aparente fundamento y como mero argumento defensivo, no es baladí traer a colación que España ha sido condenada por el TEDH en varias ocasiones por violación del art. 3 del Convenio. Así, en SSTEDH, ambas de 7 de octubre de 2014, E. C. y A. R. c/ España; en STEDH de 16 de octubre de 2012, O. E. c/ España; en STEDH de 8 de marzo de 2011, B. U. c/ España; en STEDH 28 de septiembre de 2010, S. A. I. c/ España y en STEDH de 2 de noviembre de 2004, M. S. y otros c/ España.

Es por ello que, volviendo al inicio de este trabajo, cabe recordar la cita de García Gutiérrez²⁰ referente a que ***la declaración del sospechoso es una de aquellas instituciones jurídicas a las que su pasado persigue hasta el tiempo actual***, pues, salvadas las distancias y contextos, muchos son los esfuerzos que, a la postre, se ha tomado el sistema procesal en cada momento histórico para imponer, siempre con las garantías al uso, el castigo correspondiente a las más graves contravenciones a sus reglas básicas de convivencia, con la tranquilidad que comporta la aquiescencia del acusado en su condena.

VIII. CONCLUSIONES

— Todos los recursos de casación contra Sentencias dictadas por la Sala Penal de la Audiencia Nacional planteados en el periodo comprendido entre principios del año 2007 y septiembre de 2018, han cuestionado la validez de las declaraciones auto o heteroinculpatorias vertidas en sede policial y no ratificadas ante el Juez de Instrucción. La única excepción la constituyen dos recursos de casación interpuestos por las acusaciones particulares en materia de responsabilidad civil. De ello cabe deducir la importancia del tema objeto del presente trabajo.

— Parece razonable pensar que el problema radica en que *de lege data* no hay precepto concreto en la ley procesal que determine ni su forma y circunstancias ni la forma en que, en su caso, deberían llevarse al plenario. Por ello, de *lege ferenda* sería deseable alguna orientación en nuestra ley procesal, como ocurre en otras legislaciones del entorno, como queda dicho.

— Su regulación legal sería muy deseable atendida la importancia de la misma, ya que se recibe en los momentos inmediatamente posteriores a la detención del eventual acusado y es de

²⁰ García Muñoz, Pedro Luís, *Op. Cit.*

capital importancia en orden, no sólo a la averiguación de las circunstancias y partícipes del delito, sino, a la hora de dictar Sentencia.

— La jurisprudencia del TS y, en parte, también la del TC, no han sido suficientemente esclarecedoras de la cuestión, más que fijar la interpretación de la ley en un sentido u otro, han perpetuado la confusión.

— A partir del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 3 de junio de 2015, parece clara la postura al respecto, pero, ¿qué impide un nuevo cambio de criterio?

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BURÓN BARBA, Luis Antonio. *Castigar y juzgar*. Revista del Poder Judicial –I época—nº 4 septiembre 1982.
- CAROL GRAU, Ildefonso. *Introducción al proceso penal en Francia. Diferencias con el sistema español*. Cuadernos de política criminal. Segunda Época. Núm. 100 abril 2010.
- CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2ª Edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, D.L. 2002
- DE ANTÓN Y BARBERÁ, Francisco. *Táctica policial*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *Caso Comisarías. Eficacia probatoria de las declaraciones prestadas en sede policial: confusión jurisprudencial*. Diario La Ley nº 8533, Sección comentarios de Jurisprudencia, 6 de mayo de 2015. Editorial La Ley.
- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier. *El derecho a la presunción de inocencia y los atestados policiales en la Doctrina Constitucional*. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2010 parte Tribuna.
- GARCÍA MUÑOZ, Pedro Luís. *Declaraciones de los sometidos al proceso penal en calidad de sospechosos, imputados o acusados*. Laleydigital. La ley 17913/2011.
- GONZÁLEZ GIMÉNEZ, Albert. *Las diligencias policiales y su valor probatorio*. Tesis doctoral. VLEX-579673290. Noviembre 2014.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. *Recurso de casación y de revisión penal. Control de la presunción de inocencia*. Tirant lo Blanc, 2010.
- MAGRO SERVET, Vicente. *El valor probatorio de las declaraciones en sede policial*. Diario La Ley nº 9177, Sección Doctrina, 13 de abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- MARCHAL ESCALONA, Nicolás. *El atestado: inicio el proceso penal*. 9ª Edición. Cizur Menor. Aranzadi Thomson Reuters, 2017.

X. AGRADECIMIENTO

No quisiera finalizar este trabajo sin dejar constancia del apoyo prestado por el funcionario del cuerpo de tramitación procesal administrativa de esta Fiscalía de la Audiencia Nacional, D. Sergio Aragón Fernández, encargado de la recopilación, clasificación, selección y archivo de Sentencias, sin cuya diligente ayuda no hubiera sido posible elaborar la parte práctica de este trabajo.

El Ministerio Fiscal y la Constitución en su actuación en materia de protección y reforma de menores

CONSUELO MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA

Fiscal del Tribunal Supremo

SUMARIO

I. Planteamiento. II. Los niños en el discurso de los derechos. III. El reconocimiento de los niños. IV. Proceso de reconocimiento positivo de los derechos de los niños. V. La Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN). VI. Posibilidades de aplicación de la CDN. VII. Derechos cuya efectividad no depende de los recursos. VIII. IX. A modo de conclusión

I. PLANTEAMIENTO

El art. 39 de la Constitución Española de 1978 (CE), tras asegurar que los poderes públicos velarán por la protección social, jurídica y económica de la familia (apdo 19), la protección integral de los hijos (apdo 2), y establecer la obligación de asistencia de los padres (apdo 3), dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

La Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN) tiene un carácter directamente vinculante para los tribunales de los Estados que la han suscrito y el Convenio Europeo sobre *el Ejercicio de los Derechos de los Niños*, de 25 de enero de 1996¹, se orienta a la promoción de los derechos procesales de los niños – específicamente en el ámbito de familia y relaciones paterno-filiales - a fin de posibilitar el ejercicio de los derechos en general y como refuerzo de los puntos débiles de la CDN en ese ámbito².

Pero hay algo más. Según el art. 10.2 CE, “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas mate-

¹ Firmado por España el 12 de julio de 1997, entró en vigor el 1 de abril de 2015

² Como sugiere SUSIN CARRASCO, Esther, *Análisis a nivel internacional del derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de familia* THOMSON RUETERS ARANZADI Navarra 2018 pag 60, aunque este Convenio pueda parecer un buen instrumento de protección, en realidad interpreta restrictivamente la CDN, al dejar a la discreción de cada Estado la decisión sobre “el grado de madurez suficiente” de los niños para expresar su opinión, manteniendo la restricción del derecho a la información y a la expresión de la opinión, por debajo de la edad o la madurez.

rias, ratificados por España”. Este criterio de interpretación es vinculante, según ha reiterado el TC en SSTC20/89 de 31 de enero, 91/2000 de 30 de marzo, 123/05 de 12 de mayo... Esto significa que cuando cualquier tribunal español ha de interpretar la aplicación de un derecho fundamental que tiene equivalencia en la CDN, está obligado a adoptar la interpretación de ese derecho más acorde con la CDN. Tal es el punto de partida y piedra de toque de la presente reflexión.

El encuentro con la realidad de los niños es una experiencia relativamente cercana, producto de un largo proceso histórico, todavía inacabado y de inmensas consecuencias emocionales, sociales y jurídicas. La sociedad reconoce derechos porque identifica capacidades y posibilidades humanas valiosas y honra su valor. En realidad, los derechos surgen y se desarrollan en situaciones de conflicto. Podría decirse que el conflicto es un *a priori* también de la historia del derecho. Ha sido una percepción más fina de las necesidades y las capacidades de los niños, una ampliación del círculo de la conciencia sobre nosotros y los niños, lo que ha permitido el reconocimiento personal y el recurso a la aserción normativa de los mecanismos de satisfacción o desarrollo de aquellas necesidades o capacidades de los niños que supone la promulgación de sus derechos.

Al reconocer a los niños como miembros de la comunidad, se reconoce su condición personal y su competencia comunicativa, sus posibilidades de compartir proyectos, deliberar soluciones y transformar el entorno, así como su necesidad de apoyo para desarrollar todo su potencial personal. Pero hay algo más. Inevitablemente, la aproximación a las cosas y, especialmente, a las personas aumenta las propias posibilidades de ser influenciado. Aumenta la receptividad y favorece el cambio de quien se aproxima. La atención a los niños, allí donde se da, “personaliza” el propio proceso de reconocimiento recíproco en el que se basa la atribución de los derechos.

II. LOS NIÑOS EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS

En una *primera fase o “generación”*, plasmada en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, el preámbulo a la Declaración de independencia de los Estados Unidos del mismo año³ y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁴ los derechos humanos, bajo la enseña de la libertad, se presentan como libertades individuales, o más exactamente, como mecanismos de defensa de las libertades del individuo que imponen límites a la injerencia de los poderes públicos en la esfera privada al tiempo que, correlativamente, les exigen meros deberes de abstención o vigilancia de la libertad, la seguridad, la propiedad, la resistencia a la opresión y la igualdad, entendida en su acepción “formal”, como igualdad ante la ley; libertades restringidas a un determinado tipo de individuo, primero en función de la negación de la condición personal o la capacidad jurídica (esclavos o indígenas) y posteriormente, a través de inhabilitaciones de la capacidad de obrar basadas en la edad, el sexo o el censo. Incluso con posterioridad a 1789 y durante mucho tiempo, la plena titularidad de los derechos se atribuyó casi exclusivamente a los hombres, blancos, adultos, ciudadanos y propietarios. La ciudadanía quedaba así deferida a quienes encontraban reconocidos sus derechos civiles y libertades básicas (ciudadanía legal), y al propio tiempo, participaban en esa comunidad, ocupándose de las cuestiones públicas (ciudadanía política).

³ Declara expresamente ciertas “verdades evidentes por sí mismas” y “todos los hombres han sido creados iguales” y que “su creador les ha dotado de derechos inherentes e inalienables entre los cuales están la conservación de la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”.

⁴ Declara los derechos “naturales, inalienables y sagrados del hombre” a fin de que esta declaración, “constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes”...

Pero aquellas primeras declaraciones se quedaron cortas en el repertorio de derechos. SCHELLING⁵ había dicho que "... el que ha gustado la libertad siente la aspiración a hacerlo todo análogo con ella, a extenderla sobre el universo entero". La historia de los derechos humanos da buena cuenta de ese carácter naturalmente expansivo de la libertad. Las luchas sociales del siglo XIX y la extensión de la condición personal a todos los seres humanos amplían el ámbito subjetivo de la titularidad de los derechos, pero la lucha por la libertad y por el respeto a la vida y la libertad de todos, continúa: todos los valores tienen sus límites y trazarlos para vivir juntos, resulta difícil. La realización expansiva de los derechos, con el horizonte de la igualdad, provoca un nuevo catálogo de los ya existentes, que se han ido expandiendo progresivamente, dando paso a la idea de ciudadanía social⁶ y a los denominados *derechos de segunda generación*: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos se ligan a la noción de capacidades valiosas cuyo desarrollo no sólo se debe respetar sino también, promover. El ser humano sólo desarrolla sus potencialidades en la comunidad de sus iguales que deben permitirle "hacer" y favorecer que "haga". En consecuencia, exigen de los poderes públicos algo más que abstención y vigilancia: políticas activas y acciones concretas, encaminadas a garantizar su ejercicio mediante prestaciones y servicios públicos⁷. La paulatina consagración de estos derechos a nivel político y jurídico es un proceso en marcha pero no ultimado, en el que la noción de ciudadanía social sirve a la universalización y al esfuerzo de las organizaciones e instituciones internacionales llamadas a articular una justicia global⁸ en el siglo XXI, con el horizonte de la paz, la libertad de movimientos a través de los países, la igualdad global, al medio ambiente... .

Cabe pues distinguir entre unos derechos pragmáticos relativos a las decisiones concernientes a los titulares: derecho a participación en el que se engloban los derechos de libertad de expresión, información y comunicación, de libertad de conciencia, ideología, religión o creencias, de asociación, manifestación y reunión... que a su vez, presuponen otros derechos previos y esenciales, a la vida y al desarrollo. El ejercicio y ampliación de estos derechos esenciales da lugar a unas condiciones de índole material, social, cultural que son presupuesto de los derechos económicos, culturales y sociales. Como sostuvo DWORKIN en 1977 en su obra *Los derechos en serio*, el derecho esencial a ser tratado de forma no discriminatoria por parte de los poderes públicos constituye requisito fundamental para todas las libertades; la parte que define y aplica la política social, económica y de exteriores, no puede ser neutral, sino al revés, debe fijar lo que la mayoría entiende por bien común. Así, la institución de los derechos es fundamental, pues representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de respetar su dignidad y su individualidad.

El verdadero problema para la teoría de la Justicia es encontrar un fundamento axiológico compartido para los derechos fundamentales, porque ese fundamento estará siempre integrado por criterios éticos y políticos, incluso morales y sociológicos y unos y otros han de ser de tal naturaleza y hasta tal punto compartidos como para justificar el reconocimiento normativo. De una u otra forma, tales criterios remiten a los valores de la persona con fin en sí misma (vida, dignidad, libertad, desarrollo personal). FERRAIOLI identifica cuatro grandes referencias: la primera y, por así

⁵ SCHELLING F.W.J *Investigaciones filosóficas sobre la esencia de la libertad humana y los objetos con ella relacionados* ANTHROPOS Madrid 1998 pag. 26

⁶ MARSHALL TH. *Ciudadanía y clase social* ALIANZA Madrid 1998: a la pregunta sobre si los trabajadores pueden ser ciudadanos, responde "Siempre que se les dé educación, siempre que tengan asistencia sanitaria, siempre que tengan un seguro de desempleo, siempre que tengan atención evidentemente, serán ciudadanos"

⁷ PÉREZ LUÑO A. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* TECNOS Madrid, 2010, pag. 85

⁸ CORTINA A. *Justicia cordial* MÍNIMA TROTTA Madrid 2010, pag. 65

decir, primigenia es la de *igualdad* que se predica de los sujetos a quienes se atribuye un concreto derecho; en segundo lugar, la *democracia*, en la medida en que los derechos políticos, civiles, de libertad y sociales imponen límites a la mayoría de la que derivan los poderes públicos; en tercer lugar, la *paz*, como ideal y aspiración que encuentra su condición necesaria en el paradigma kantiano de convivencia entre los derechos de cada uno y los derechos de todos; y finalmente, la idea de *derechos fundamentales como ley del más débil* frente a la alternativa de la ley del más fuerte que imperaría en su ausencia⁹. El medio para realizar estos criterios es la forma universal asignada a los derechos que protegen al individuo frente al poder y las mayorías por una parte, y por otra, se mantienen como exigencias éticas de respeto y protección de libertades “valiosas”, desarrollando así una función de legitimación de la organización y las actuaciones políticas, en la medida en que operan como criterios interpretativos de justicia. En este segundo sentido es en el que el art. 10.1 de la Constitución española (CE) dice que son “fundamento del orden político y de la paz social”, y que a su vez, generan los deberes de protección y promoción que incumben a los poderes públicos. Unos deberes cuyo correcto cumplimiento inspira la elaboración de las leyes, su interpretación y aplicación. En ese segundo ámbito y función es donde surgen y se consagran los derechos de los niños, rotunda expresión de lo que universalmente se reconoce como justo, el mínimo de justicia universalmente exigible, lo que corresponde a cada ser humano en la etapa de niñez y cuya especificidad objetiva genera una peculiar fuerza de intensificación que, al propio tiempo, cualifica, por irradiación, el contenido de los derechos humanos en general.

En nuestros días la fuerza expansiva de los derechos humanos afecta a nuevos objetos de signo colectivo como la paz, el medioambiente, el desarrollo de los pueblos... La expresión *derechos de tercera generación* fue utilizada por primera vez en 1979 por Karel VASAK, a la sazón Director del Departamento Jurídico de la Unesco, para inaugurar la Décima edición del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo para proponer la consagración de estos derechos en un tercer pacto internacional que se sumara a los dos de 1966, abordando las exigencias de solidaridad implícitas en cuestiones que, por ser de interés planetario, incumben a la humanidad. El problema principal es la fijación del repertorio de necesidades y capacidades valiosas que han de ser universalmente protegidas, más allá de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Desde unos derechos mínimos, coincidentes con la relación de indicadores del “Índice de desarrollo humano” del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, enfocado a la calidad de vida básica, hasta listas más amplias en las que se sitúan la libertad para estar bien nutrido, vivir sin enfermedad, libertad de movimiento, de ser educado y participar en la vida pública.

Con todo, la articulación de los derechos de tercera generación es un proceso en el contexto y el horizonte de la solidaridad, una referencia que opera como fundamento legitimador y como garantía porque su efectividad exige una solidaridad universal de responsabilidades. Sobre esa base, sería preciso consolidar el repertorio de los intereses y necesidades de carácter universal que pudieran ser incluidos en la categoría de derechos, tanto por su fundamentación compartida como por la posibilidad de beneficiarse de instrumentos de garantía nuevos y comunes.

El reconocimiento universal de los derechos de los niños en la CDN de 1989 no sólo fue el cumplimiento de un deber demorado, fue el primer paso en aquella dirección. Así, en 1990, en la *Cumbre Mundial de Naciones Unidas en favor de la Infancia*, los dirigentes mundiales contrajeron un compromiso común e hicieron un llamamiento urgente y universal para que se brindara

⁹ FERRAIOLI L Obra citada, pag. 316-318: se refiere a la ley de quien es más fuerte físicamente como en el estado hobbesiano; quien es más fuerte políticamente, como en el estado absoluto; quien es más fuerte económica y socialmente, como en el mercado.

un futuro mejor a todos los niños. Diez años más tarde, en septiembre de 2000, los 189 Estados Miembros de las Naciones Unidas reafirmaron aquel compromiso aprobando la *Resolución A/res/55/2s*, conocida como *Declaración del Milenio* cuyos principios propios: 1) la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto de la naturaleza y la responsabilidad común) y en el contexto de la globalización y el desarrollo tecnológico, hace referencia a 2) La paz, la seguridad y el desarme; 3) El desarrollo y la erradicación de la pobreza; 4) La protección de nuestro entorno común, 5) Los derechos humanos, democracia y buen gobierno; 6) Protección de las personas vulnerables; 7) Atención a las necesidades especiales de África; 8) Fortalecimiento de las Naciones Unidas. También se considera tarea prioritaria de los impulsores de la Declaración conseguir que la globalización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del planeta. Su texto no se limita a exponer un catálogo de nuevos derechos sino asume también la interpretación y garantía de las libertades individuales (primera generación) y los derechos sociales, económicos y culturales.

Posteriormente, en su vigésimo séptimo periodo extraordinario de sesiones, concretamente el 10 de mayo de 2002, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el documento “*Un mundo apropiado para los niños y las niñas*”, en el que se instaba a todos los miembros de la sociedad a adherirse a una serie de principios y objetivos, entre ellos: “escuchar a los niños y asegurar su participación, porque los niños y los adolescentes son ciudadanos valiosos que pueden ayudar a crear un futuro mejor para todos”. Junto con este importante e inicial instrumento hay que situar el proyecto de *Carta de Derechos Humanos Emergentes. Los derechos humanos en un mundo globalizado*, que elaboró en 2004 el Forum Universal de las Culturas, a partir de experiencias y movimientos de la sociedad civil global, con miras a “superar el déficit político y la impotencia entre los cambios deseados y las precarias condiciones actuales para su realización”. Este proyecto aborda las consecuencias del proceso de globalización, cuya desigual implantación margina a amplios sectores de la población – también en países desarrollados, generando desigualdad y convirtiendo las relaciones globales en marco de pobreza, y pobreza extrema en el tercer mundo...

Finalmente, la Resolución de la Asamblea General de UN de 25 de septiembre de 2015 aprobó *La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*: 17 Objetivos y 169 metas asociadas para poner fin a la pobreza y las desigualdades, construir sociedades justas e inclusivas, garantizar los derechos humanos y la igualdad de las mujeres en todo el mundo ... , pero priorizando en todos los objetivos y metas, los derechos de los niños como *agentes fundamentales del cambio*.

III. EL RECONOCIMIENTO DE LOS NIÑOS

Estos objetivos se encuentran lejos de la realidad pero su asunción internacional es un programa de futuro. Por el contrario, si volvemos la vista atrás, la historia de la infancia arroja cotas incalculables de barbarie y sufrimiento. Puesto que los niños no intervienen en los asuntos públicos es muy poco lo que se sabe de la vida de los niños en otras épocas. Sólo recientemente se ha fijado la atención sobre las formas de vida privada y las costumbres íntimas y familiares como parte esencial de la comprensión del pasado. Así, la primera investigación seria sobre la frecuencia del infanticidio y de la brutalidad sobre los niños en la historia es *El niño en el progreso de la humanidad*, de George PAYNE, publicada en 1917. La invisibilidad secular de los niños y la infancia a lo largo de la historia tiene causas complejas y difícil explicación, pero resulta alarmante si se tiene en cuenta que, debido a la inexistencia de control efectivo de la natalidad y a la corta duración media de la vida, los niños constituían un amplísimo sector de la población total en las sociedades

antiguas. Según LASLETT, casi la mitad de la población viviendo en una situación de invisibilidad y semisupresión.¹⁰

El estudio psicoanalítico de las motivaciones de los acontecimientos históricos revela que los modos de crianza y trato a los niños no son un rasgo cultural más: son la condición misma de la transmisión y desarrollo de todos los elementos culturales y constituyen, por tanto, un condicionante decisivo de la evolución social. Lloyd DEMAUSE¹¹ ha observado a lo largo de los siglos una suerte de presión inter-generacional, originada por la necesidad inconsciente del adulto de afrontar simbólicamente los traumas de la infancia. Y también, que las interacciones más incisivas en la psique de la siguiente generación se producen precisamente cuando el adulto se encuentra ante un niño que “necesita algo”. Puede entonces, *proyectar* la ansiedad y los contenidos de su inconsciente en el niño: un mecanismo de defensa que subyace en prácticas crueles como los sacrificios, o estrambóticas como la “empañadura” o “fajado” que sujetaba cabeza, cuerpo y miembros de los niños pequeños para prevenir supuestos riesgos, deformidades o tocamientos. Otra posible reacción es la de *inversión* en la que el niño opera como sustituto simbólico de una figura importante en la infancia del adulto, tanto para la demanda de afecto como para el aborrecimiento y castigo. Se ha visto - y algunas novelas de DOSTOIEVSKI dan cuenta de ello -, cómo el infanticidio y la crueldad con los niños son figuras inversas de parricidio.

Proyección e inversión explican mejor que la crueldad o el cinismo la ausencia de sentimientos de culpabilidad de los padres respecto a las prácticas sacrificiales, el infanticidio, el abandono, la manipulación y explotación sexual, la venta como esclavos o siervos, el apaleamiento y la brutalidad sobre los hijos, frecuentes y tolerados en las primeras fases de la historia de la humanidad. Por otra parte, la alta tasa de mortalidad infantil que persistió hasta principios del siglo XX, puede relacionarse con la distancia afectiva que caracterizó las relaciones paternofiliales durante siglos. Martha NUSSBAUM explica cómo ver a una persona u objeto queridos, como instancia de un concepto general homogéneo, conduce a verlos como potencialmente reemplazables. Así, la alta probabilidad del fallecimiento del niño en su infancia pudiera haber impuesto a los padres una suerte de “tabú del afecto”, que les resguardara de apegarse a unos hijos cuya expectativa vital era escasa.

También hoy algunas personas tratan brutalmente a los niños. La evolución psicogénica mantiene ritmos diferentes en distintas culturas y familias pero cabe marcar fases de una evolución desde los modos primitivos de existencia en los que la paternidad permitía plena disposición sobre los hijos, hacia modos ambivalentes, predominantes a partir del Renacimiento, en los que persisten la distancia afectiva y la severidad, pero disminuyen las conductas criminales al tiempo que las admoniciones de moralistas y educadores evidencian una nueva sensibilidad de la que en el s. XVII dará cuenta la pintura holandesa de Jan Steen o De Hooch, con sus escenas intimistas de la vida cotidiana, en las que los niños aparecen ya individualizados y protagonistas, jugando despreocupadamente o, simplemente, mirando la luz.¹²

Las ideas de ROUSSEAU sobre la especificidad infancia y la educación propiciaron cambios importantes, pero fueron los artistas los que proporcionaron imágenes poderosas para nuevos pensamientos y nuevas emociones. Los poemas que William BLAKE escribió en 1789 sobre niños

¹⁰ LASLETT Peter *El mundo que hemos perdido, explorado de nuevo* ALIANZA UNIVERSIDAD Madrid 1987, pag. 69 y ss.

¹¹ DeMAUSE Lloyd *Historia de la infancia* ALIANZA Universidad Madrid, 1994, pag. 16.

¹² Como observa Svetan TODOROV en *Elogio de lo cotidiano* GALAXIA GUTENBERG Círculo de Lectores, pag. 56, en la obra maestra de Metsu, *El niño enfermo* se observa que el amor al niño se ha convertido en un sentimiento central de la vida afectiva. Su pérdida sería una desgracia irreparable.

trabajadores (*El pastor* o *El deshollinador*) al descubrir la fragilidad de la vida humana expuesta a la intemperie y la explotación, articularon una crítica de la vida y una visión de otras posibilidades de vivirla. Eso pretendía Dickens en 1843 al comenzar *Un llamamiento al pueblo de Inglaterra, en nombre del hijo de un hombre pobre*. Afortunadamente, abandonó la tarea y optó por escribir *Una canción de Navidad*, en la que los vicios de la sociedad se encarnan en la soledad y el fracaso de un anciano avariento, que contrasta con bondad de los niños pobres. Apelando eficazmente al sentimiento, las novelas de DICKENS (*David Copperfield*, *La pequeña Dorrit*, *Oliver Twist*...) prepararon la imaginación de los lectores para reconocer la humanidad herida y valiosa de los niños en la de los propios lectores; ampliaron el círculo de la conciencia que abriría paso al reconocimiento de la condición personal del niño.

Los variados usos de la intimidad familiar y la cortesía de las relaciones sociales articulan los encuentros entre amigos, amantes, adversarios, con el hijo y con “los otros”. En estos encuentros, el rostro del otro, que nos interpela imperativamente, como diría LÉVINAS¹³, su reflejo ajeno pero confirmatorio del nuestro, constituye el desafío intelectual y ético de las relaciones del hombre con el hombre. La percepción individual, social y jurídica de los niños y la infancia ha ido variando a lo largo de la historia¹⁴, en función de circunstancias económicas, sociales, culturales y políticas que condicionaron la incapacidad y la ausencia de esfuerzos para percibir al niño como “el otro”. Mas allá de lo que se dice de los niños importa lo que se le dice a los niños. Cómo se ha visto, dicho, malinterpretado, imaginado, soñado a cada niño y cómo se han expresado esas experiencias. Ver en cada niño al “otro” cuyo rostro - interpela y ordena, ha sido una experiencia reciente y aislada, fruto de un largo y todavía inacabado proceso.

IV. PROCESO DE RECONOCIMIENTO POSITIVO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Posiblemente la primera referencia a los derechos se encuentre en un artículo titulado “*Los derechos de los niños*” publicado bajo seudónimo en Inglaterra en junio de 1852, en el número 36 de la revista *Knickerbocker*; en Francia tras los acontecimientos de la Comuna de París, Jean VALLÉS fundó la primera “liga de protección de los derechos de los niños”. En Estados Unidos, el movimiento por los derechos de los niños surgió ligado a la sensibilidad que suscitó el *Orphan train*, un experimento de acogida familiar, basado en el traslado de niños sin hogar desde Nueva York, Boston y otras ciudades del este para el trabajo y la repoblación del oeste¹⁵.

En 1909 la feminista sueca, Ellen KEY, publica *El siglo de los niños*¹⁶, haciéndose eco del redescubrimiento del mundo infantil. Partía de que los niños son distintos de los adultos y distintos

¹³ LÉVINAS E. “El rostro me pide y me ordena” en *Ética e infinito* VISOR Madrid 1991, pag. 92

¹⁴ DELGADO CRIADO Buenaventura *Historia de la infancia* ARIEL 1998 Pg. 31-33

¹⁵ La CHLINDREN’S SOCIETY AID, creada por Charles Loring Brace y el HOSPITAL CATÓLICO PARA HUÉRFANOS DE NUEVA YORK, articularon el traslado de niños desamparados y sin hogar con miras a evitar tanto el abandono como los perniciosos efectos de la institucionalización y a proporcionar una nueva vida en el ámbito familiar. Con el tiempo las condiciones del traslado en los trenes mejoraron y también, la recepción por parte de las autoridades o responsables locales de los lugares de acogida, así como la adjudicación a familias interesadas. Aunque muchas sólo buscaban mano de obra barata, otras proporcionaron efectivamente condiciones de vida digna a los huérfanos acogidos.

¹⁶ KEY Ellen *El siglo de los niños*, citado por Peter WATSON, en *Historia intelectual del siglo XX* CRÍTICA Barcelona 2002, pags 91. Aunque el primer capítulo del libro se titula “el derecho del niño a escoger a sus progenitores”, la idea desarrollada se centra en el derecho a una atención familiar y educativa de calidad.

entre sí y tienen derecho a una atención de calidad en su hogar, así como a una buena educación. No sólo el título del libro resultó ser premonitorio; también, su reflexión sobre la necesidad de equilibrar la protección del niño con la garantía de su participación. En 1929 Fernando SAINZ publicó en España *Los derechos del niño*¹⁷, donde pese a una visión anclada en factores sentimentales y tuitivos, se invoca el derecho y la justicia como fundamento de los derechos de los niños.

En el plano teórico, un factor determinante fue la idea de que los descubrimientos científicos debían ser aplicados a diversos ámbitos de la vida y en concreto, al de la educación. A John DEWEY se debe la idea de que la educación no es la preparación para la vida, sino la vida en sí misma. Dewey y la estela del pragmatismo estadounidense, propiciaron que la enseñanza pasara de centrarse en la transmisión de verdades y saberes establecidos a asumir el hecho de que cada niño es muy diferente a los demás en capacidad e intereses y a procurar extraer el máximo de sus posibilidades¹⁸. Con el tiempo, el concepto de crecimiento personal y el rechazo de ideas tradicionales sobre el conocimiento y los objetivos de la enseñanza fomentaron un individualismo, quizá excesivo, pero resultaron liberadores para muchos al tiempo que propiciaron la atribución efectiva de mayor importancia al mundo de la infancia.

Esta línea de pensamiento planteó públicamente la posibilidad de los derechos de los niños y su capacidad para ejercerlos por sí mismos. La cuestión, entonces polémica, fue objeto de críticas, algunas bien fundadas, como las de Onora O'NEILL para quien "la mera insistencia en que ciertos ideales u objetivos son derechos no les convierte en derechos"¹⁹. Por supuesto, la negación de los derechos de los niños se enmarca en el contexto de rechazo a la idea misma de derechos naturales, encarnado en las corrientes de la filosofía práctica de BENTHAM²⁰ o por el mismo NIETZSCHE y sus seguidores, y más recientemente, por MCINTYRE²¹. Sin embargo, la sola existencia de este de-

¹⁷ Fernando SAÍNZ *Los derechos del niño* en COMPAÑÍA IBEROAMERICA DE PUBLICACIONES. 1929. El libro finaliza con esta frase: "No es en nombre del amor como reconoceremos los derechos de los niños, sino en nombre de la justicia".

¹⁸ DEWEY John *The School and Society* CÓSIMO Clásics. En 1896 Dewey creó una "Escuela Laboratorio", inspirado en las ideas de Johan Pestalozzi y Friedrich Fröbel y del psicólogo infantil, G. Stanley Hall, en la que se operaba con la individualidad de cada niño, intentando, a través de sus características e intereses personales, descubrir sus posibilidades de crecimiento. Para Dewey la enseñanza tradicional se articulaba sobre una tajante segregación de la clase baja u obrera que resultaba desastrosa en un sistema democrático.

¹⁹ O'NEILL, Onora *Los derechos de los niños y la vida de los niños*, recogido por Isabel FANLO en *Derechos de los niños, una contribución*, pg. 101.

²⁰ BENTHAM J. en *Falacias anarquistas: un examen crítico de la declaración de derechos* considera los derechos humanos, "un absurdo con zancos" que puede y debe "ser abolido cuando su abolición sea provechosa para la humanidad" en el entendimiento de que "el derecho, el *sustantivo* derecho es el hijo de la ley: de leyes reales surgen derechos reales; pero de leyes imaginarias, de las leyes de la naturaleza, cantadas e inventadas por los petas, retóricos y tratantes en venenos morales e intelectuales, resultan derechos imaginarios....."

²¹ MACKINTYRE A. *Tras la virtud* CRÍTICA Barcelona 2001 Ibook. Para este autor, la filosofía moral no es una disciplina separada de la historia, la antropología o la sociología. No hay un punto de vista único para alcanzar los principios y las verdades universales. Su pronóstico de la moral a finales del siglo XX es pesimista: el proyecto ilustrado ha sido un fracaso y muestra la inutilidad de buscar una racionalidad y una moralidad universales. La modernidad se encuentra "más allá o después de la virtud: si hoy no es posible un discurso como el de Aristóteles sobre las virtudes de la persona es porque, entre otras cosas, carecemos de lo fundamental: un concepto de persona. La supuesta universalidad de los derechos humanos o la vigencia de la moral utilitarista se sustentan en una ficción. La única respuesta aceptable ante ese conjunto de retazos éticos es la filosofía del emotivista que se adhiere a la moral más afín con sus emociones en base a las que rechaza unas acciones y aprueba otras. Vivimos en una época post-virtuosa y paradójicamente, vamos en busca de la virtud.

bate supuso en primer lugar, la irrupción del enfoque del reconocimiento y el respeto en el campo de la protección de la infancia; en segundo lugar, y al margen de la utilidad política de la “retórica anticipatoria de la ineffectividad”, propició la creación de instituciones de garantía que aseguraran el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.

En España fueron introduciéndose las normas e instituciones de protección en consonancia con el contexto internacional. En su Exposición de Motivos, el Proyecto de Ley de Protección a la Infancia, presentado por el Ministro de la Gobernación, José Sánchez Guerra, a las Cortes el 26 de enero de 1904²², reconocía el modelo de las leyes austríaca de 1824, la británica *Infant life protection Act* de 1872, la alemana de 1874 y la *Loi Roussel* también del mismo año.

Más tarde, el 26 de septiembre de 1924 la Quinta Asamblea General de la Sociedad de Naciones aprobó la *Declaración de Ginebra* sobre los derechos del niño, redactada por Eglantyne JEBB, activista social británica y fundadora en 1919, junto con su hermana Dorothy, del Fondo *Save the Children*, para proteger a los niños víctimas de la Revolución rusa y la primera Guerra mundial. En 1920, con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja, JEBB creó una unión-alianza internacional para la redacción del texto que finalmente consta de un breve Preámbulo y cinco principios.²³

Pese a su denominación y a su énfasis, el texto no aportaba una definición de niño, carecía de carácter jurídico y ni siquiera comportó reconocimiento de derechos sociales. Todo ello favoreció que fuera concebido como un instrumento asistencial y una programática declaración de deberes de carácter general respecto de los niños.²⁴ Sin embargo, logró introducir al más alto nivel internacional los principios básicos que permitieron la elaboración y desarrollo de los posteriores instrumentos internacionales sobre los derechos de los niños.

La tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó el 10 de diciembre de 1948 en París la Declaración Universal de Derechos humanos, dirigida a todos los individuos, estableciendo como regla básica del Derecho Internacional, la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos, como un deber *erga omnes* hacia la comunidad internacional en su conjunto. En su Preámbulo deja constancia de que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Luego, a lo largo del articulado, sólo se dedica un precepto, el art. 25.2, a los derechos de la infancia. No parece mucho, pero con su reconocimiento universal de los derechos humanos, esta Declaración es el fundamento jurídico y no meramente ético o programáti-

²² Gaceta de Madrid de 28 de enero de 1904, núm. 28, páginas 373 y 374

²³ Expone que “los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo lo mejor de sí mismos, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia que: 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. 2 El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado debe ser recogido y ayudado. 3 El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. 4 El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. 5 El niño debe ser educado, inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio de sus semejantes.”

²⁴ KORCZAK Janusz, médico y pedagogo polaco y uno de los principales defensores de los derechos de los niños, criticó la Declaración por su falta de claridad y su tono mendicante. En su planteamiento, los dos principales derechos de los niños son el derecho al afecto y el derecho al respeto, pero también a la propiedad, la privacidad, ser él mismo...unos derechos que tienen como contrapartida obligaciones. Asesinado el 6 de agosto de 1942 junto con 192 huérfanos judíos en Treblinka, su obra “El derecho del niño al respeto” fue publicado en 1929 y reeditado en 2009 por el Consejo de Europa

co, de los derechos de los niños en tanto “miembros de la familia humana” y dotados de la dignidad inherente, así como de “razón y conciencia”²⁵.

Con posterioridad a la Declaración de 1948 la Comisión Social de las Naciones Unidas decidió elaborar un estudio de las necesidades de los niños que tras la guerra habían quedado sin hogar o al menos, sin padre. La Organización Mundial de la Salud asumió el estudio del problema y su relación con la salud mental, encargándolo al psicoanalista británico BOWLBY quien, analizando la situación y estado de niños en casas públicas de acogida de varios países europeos, presentó en 1951 su informe *Cuidado maternal y salud mental (cuidado maternal y crecimiento en el amor)* en el que con un abrumador acopio de material empírico y de forma conmovedora, demostró el carácter crucial de los primeros meses y años de vida del niño y la importancia de la calidad de los cuidados maternos para el posterior desarrollo psíquico y psicológico de la persona. Este informe y su enorme difusión dio impulso a la desinstitucionalización de los niños carentes de hogar familiar adecuado.

El Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para los niños (UNICEF) subrayó enseguida la necesidad de una declaración propia con miras a las particulares necesidades de los niños. La iniciativa fraguó en la Declaración de 20 de noviembre de 1959, adoptada mediante Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de Naciones Unidas. Su texto tampoco satisfizo las expectativas. Al igual que la Carta de 1924, la Declaración no contenía derechos civiles, todavía en el entendimiento de que el niño no es sujeto-tipo de derechos y no puede reclamarlos. Pese a su brevedad y su carácter no vinculante, constituyó un gran paso en la generalización de la idea de que los niños son personas con iguales derechos y diferentes necesidades²⁶. También sin establecer lo que se entiende por periodo de infancia, declaraba una serie de principios rectores, entre los que incorpora – por primera vez en un instrumento internacional - el “interés superior del niño”²⁷, como elemento esencial del desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social del niño²⁸ y como principio orientador de la actuación de los responsables del niño²⁹, que son sus padres, pero también sus educadores u orientadores.

Más tarde, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCyP), adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, y en vigor el 23 de marzo de 1976, reconoce una serie de derechos cuyo fundamento es, una vez más, “la dignidad inherente a la persona humana” que se vincula al “ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y la miseria...”. Si bien no menciona el “interés superior del niño”, su art. 23.1 reconoce a

²⁵ Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

²⁶ VILLAGRASA ALCAIDE C. y RAVETLLAT BALLESTÉ I. (Coordinadores) *El desarrollo de la Convención sobre los derechos de los niños en España*. BOSCH Barcelona 2006 pág. 33.

²⁷ El Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

²⁸ Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

²⁹ Principio 7: “...El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres. ...”

la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” que “tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Y su art. 24 que, “1.todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por cualquier motivo a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de 16 de diciembre de 1966, centra la regulación general de la protección de los niños en su art. 10.3: “... Sin discriminación alguna... contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud o en los cuales peligre su vida ...

Junto a estos instrumentos básicos se sitúan otros textos de reconocimiento y universalización de derechos civiles, contra de la discriminación racial, sobre derechos civiles, políticos, económicos sociales y culturales. Paralelamente a este desarrollo normativo a nivel internacional, las instituciones en las que se desenvuelve ordinariamente la vida de los niños fueron experimentando cambios consecuentes con la evolución social y cultural: desaparece progresivamente la discriminación de los hijos habidos fuera de matrimonio y la patria potestad deja de ser un derecho-deber para considerarse ejercicio de funciones en beneficio de los hijos (oficio de derecho privado).

A partir de 1975 se inició el largo debate para elaboración en Naciones Unidas de una Convención de Derechos del Niño (CDN) que se prolongó 11 años con participación de los Estados y de las ONGs relacionadas con la infancia, bien desde perspectivas o esferas jurídicas, bien desde el ámbito de la protección de la familia³⁰.

V. LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989 (CDN)

En 1978 el Gobierno de Polonia tomó la iniciativa sometiendo su propuesta a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Fue aceptada en sesión 1438 de marzo de 1978. El que posteriormente fuera ministro de asuntos religiosos del Gobierno polaco y miembro del Tribunal Supremo, Adam LOPATKA, presidió a partir de entonces, la comisión de negociación integrada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, expertos independientes

³⁰ DÁVILA BALSERA P. y NAYA GARMENDIA L.M. *La infancia en Europa: una aproximación desde la Convención de los Derechos del Niño*. Monográfico LA INFANCIA Y SUS DERECHOS. Revista Española de Educación comparada 9 (2003) pag. 83-133: “La iniciativa de un Convenio sobre los Derechos del Niño partió, en 1978, del gobierno de Polonia que sometió a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas una propuesta en este sentido. Un grupo de trabajo compuesto por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, expertos independientes y delegaciones de observadores de los gobiernos no miembros, las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y los Organismos de las Naciones Unidas, se encargaron de la preparación del primer borrador y organizaciones internacionales en el ámbito de protección a la infancia: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), además de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En este proceso de elaboración fue muy importante la presencia de las ONG desde el primer momento, sobre todo a partir de la declaración de la ONU sobre el Año Internacional del Niño celebrado en 1979 y la implicación de las ONG internacionales dedicadas a la infancia. Estas organizaciones establecieron un grupo intergubernamental, bajo los auspicios de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que había comenzado a redactar una Convención para sustituir a la Declaración de 1959. El UNICEF planteará su apoyo y su capacidad de movilización, sobre todo a partir de 1987, al reconocer la convergencia entre «la revolución en pro de la supervivencia y el desarrollo del niño y el proceso a favor de los derechos del niño» (UNICEF, 1996: 64).

y delegaciones de los gobiernos no miembros, Organizaciones No Gubernamentales y Organismos de las Naciones Unidas.

La presencia e implicación de estas Organizaciones no Gubernamentales fue decisiva en el largo proceso de elaboración de la CDN, particularmente a partir de la declaración de la ONU sobre el Año Internacional del Niño celebrado en 1979. También fue determinante el apoyo y la enorme capacidad de movilización del UNICEF.

La primera etapa de las negociaciones resultó más compleja por la división entre los bloques Este-Oeste y los impedimentos alegados por EEUU. Los trabajos de redacción se centraron inicialmente en los derechos relacionados con la vida y la supervivencia, pero al propio tiempo, se abrieron paso, aunque más lentamente, una serie de derechos de carácter activo y voluntario que habilitan la participación de los niños en sus propias vidas y en la transformación de su entorno. Finalmente, y esto es uno de los mayores logros de este instrumento, se impuso la idea de que la protección de los factores de la supervivencia y el fomento de la participación de los niños no son aspectos separados sino complementarios de un mismo proceso de emancipación.

Esta conclusión se hace evidente en el análisis de la interacción entre el ejercicio del derecho a ser escuchado, uno de los pilares sobre los que se estructuraría la CDN, y sus restantes principios básicos. En los últimos años, la efectividad de este derecho ha ido expandiéndose hacia un diálogo eficaz y participativo entre los Gobiernos, la sociedad civil y los propios niños y adolescentes y hacia la promoción de su participación, no sólo en aspectos concretos o gestos simbólicos, sino en todas las decisiones que se realizan en los niveles local, nacional, regional y global. Obviamente, la participación se relaciona íntimamente con el contenido de otros derechos del niño, particularmente los de libertad de expresión, libertad de pensamiento, conciencia y religión, respeto a la vida privada y acceso a la información... que articulan los principios del proceso de consulta y diálogo sobre el desarrollo de las políticas, programas y medidas relacionadas con las vidas de los niños.

La conclusión evidente se recogió ya en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 (LOPJM): "... la mejor forma de garantizar social y jurídica-mente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad".

La CDN fue finalmente aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Parlamento español el 6 de diciembre de 1990 y publicada en el BOE el 31 de diciembre de 1990, entrando en vigor el 5 de enero de 1991. Suscrita por todos los Estados del mundo, a excepción de EEUU, la CDN es el primer tratado internacional que regula con carácter vinculante todos los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, culturales y sociales.

El texto se ha completado a través de varios Protocolos Facultativos: sobre la participación de los niños en conflictos armados, aprobado el 25 de mayo de 2000; sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, aprobado en la misma fecha y los Protocolos facultativos relativos a un procedimiento de comunicaciones, de 19 de diciembre de 2011 o quejas contra los Estados (2019).

La CDN consagra los derechos de los niños que son los derechos humanos, inherentes a la dignidad humana, adaptados a las necesidades específicas de los niños y al libre desarrollo de su personalidad; proporciona además una base para el establecimiento de mecanismos eficaces para superar los obstáculos con que tropiezan los Estados, los poderes públicos, los profesionales y las propias familias en la garantía del acceso de los niños a sus derechos y el correcto ejercicio de los mismos.

El primer y más evidente logro de la CDN es la consagración jurídica de los derechos de los niños en una doble consideración: la de derechos reconocidos a todo ser humano por el mero hecho de serlo (cuestión que dista de ser pacíficamente admitida en la dogmática de los derechos humanos, aún atrapada en la necesidad del iuspositivismo de superar todo vestigio iusnaturalista)³¹, y la consideración del niño como titular de derecho y no como sujeto vulnerable o mero objeto pasivo de la protección de los poderes públicos en razón de su vulnerabilidad y dependencia de terceros. Esta doble consideración transforma las necesidades de los niños en derechos y sitúa en primer plano su tutela y garantía jurídica, política y social. Una concepción totalmente innovadora que, según HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, fue “el resultado de la evolución de nuestras ideas sobre la infancia y de la evolución de nuestras ideas sobre los derechos”³².

Desde esta doble perspectiva, la CDN, no sin las debilidades de las normas internacionales, incorporó importantes novedades:

1ª Su carácter directamente vinculante para los Estados firmantes. Enlaza así con el art. 39.4 de la Constitución española. Al suscribir la CDN las legislaciones nacionales incorporan toda la gama de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales que se atribuyen a los niños y que en el texto se articulan en torno a cuatro principios fundamentales: no discriminación; interés superior del niño; derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; respeto por la opinión y los puntos de vista de los niños. Tales principios vertebran todo el texto de la CDN, inspiran los derechos que consagra y constituyen criterio interpretativo de primer orden, pero – y esto tiene especial importancia práctica – son también derechos en sí mismos de manera que su vulneración en cada caso constituye violación de un derecho sin necesidad de vinculación con un derecho fundamental concreto. Por otra parte, funcionan como líneas maestras que han de orientar la actividad de los Gobiernos, las organizaciones y asociaciones y los ciudadanos implicados en el trato con los niños, incluidos ellos mismos, para la realización de los derechos.

En sus *Observaciones Generales* y en su examen de los informes de los Estados Partes, el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado que el principio del interés superior del niño debe incorporarse en los programas y políticas nacionales relacionados con la infancia así como en las actividades parlamentarias y administrativas, a nivel nacional y local, y en especial, los relativos a las asignaciones presupuestarias. De esta manera, la valoración de las repercusiones sobre los niños y la integración de los resultados en las leyes, las políticas y la práctica se convierten en una obligación política de los Estados. Más recientemente, la Observación General nº 16 (2013) del Comité de los Derechos del Niño sobre *las obligaciones de los Estados en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos de los niños* declara que “...es necesario que los Estados tengan marcos jurídicos e institucionales adecuados que respeten, protejan y hagan efectivos los derechos del niño, y que proporcionen recursos en caso de violación de los derechos en el contexto de las actividades y operaciones empresariales...”

2ª La asunción del cambio de enfoque respecto de otros colectivos tradicionalmente considerados vulnerables y objeto de protección en función de esa vulnerabilidad, como son las mujeres, las minorías étnicas o las personas con discapacidad. A partir de la CDN se abandonan

³¹ SUSIN CARRASCO Esther, *Análisis a nivel internacional del derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de familia* THOMSON RUETERS ARANZADI Navarra 2018, pag. 27: “Un teórico de los derechos humanos se plantearía dudas antes esa afirmación”.

³² HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR Liborio *El niño y los Derechos humanos* Obra coordinada por Ignacio Campoy Cervera en Los derechos de los niños. perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas, pag. 17 y ss

definitivamente las declaraciones tuitivas y se reconoce decididamente que el niño es titular de derechos. La sociedad había venido considerando a las mujeres, los niños o las personas con discapacidad como seres dependientes y precisados de tutela y protección, al extremo de negarles la capacidad de participar en la toma de decisiones sobre sus propios intereses. A partir de la CDN se hace más patente el paralelismo entre los cambios respecto a percepción de la infancia y los movimientos sociales de liberación de la mujer, o de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

En esta línea, la Exposición de Motivos de la LOPJM señala que “El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.”

Con todo, es importante recalcar que la CDN no declara derechos nuevos para los niños³³, sino, reconociéndoles los mismos derechos que a las demás personas, se dirige a los Estados y establece sus obligaciones de garantía del libre ejercicio de los derechos de los niños³⁴.

3º La CDN obliga además a los Estados partes a rendir cuentas de la situación de la infancia en sus respectivos países y de la aplicación de las prescripciones de la propia CDN. A tal fin, el art. 43 previó la creación del Comité de Derechos del Niño, financiado a cargo del presupuesto de Naciones Unidas, como órgano de vigilancia de la implementación de los derechos y principios consagrados en la CDN³⁵, ante el que los Estados han de presentar periódicamente³⁶ información sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de los objetivos de la CDN. Estas Observaciones han ido cobrando fuerza progresivamente. La n° 7 (2005) relativa, a la “*realización de los derechos del niño en la primera infancia*”³⁷, subraya que los niños son beneficiarios de todos los derechos consagrados en la CDN: tienen derecho a medidas específicas de protección y, de conformidad con sus capacidades en evolución, al ejercicio progresivo de sus derechos”.

El Comité ha enfatizado la interrelación entre los diferentes artículos de la CDN que conduce a su interpretación unitaria, poniendo el acento en el propio niño, titular de derechos civiles y también políticos, así como en la necesidad de su participación progresiva en la determinación de su interés superior. Así mismo, ha destacado que “para que el interés superior del niño sea una consideración primordial a la que se atienda y para que todas las disposiciones de la CDN se respeten al promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los poderes

³³ A título de ejemplo puede comprobarse que el art. 16, al regular el derecho a la vida privada y familiar, así como a la inviolabilidad del domicilio o la correspondencia de los niños coincide absolutamente con el art. 16 del CEDH

³⁴ CARDONA LLORENS J. “La Convención sobre los Derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio Siglo XXI* Vol. 30 n° 2 2012 págs. 47-68

³⁵ El Comité estará integrado por 18 expertos, elegidos por los Estados en votación secreta entre una lista integrada por candidatos propuestos por los Estados y a través de un procedimiento que regula detalladamente el art. 43 de la CDN, en el que se tiene en cuenta la distribución geográfica y los principales sistemas jurídicos, así como los mecanismos de renovación.. El Comité se reúne ordinariamente todos los años por tiempo determinado.

³⁶ Todos los Estados deben presentar al Comité diversos informes relativos a la puesta en práctica de los derechos reconocidos en el Pacto. Un primer informe deberá ser presentado por el Estado un año después de haberse adherido al Pacto y, posteriormente, cada vez que sea requerido al efecto por el Comité, normalmente, cada cuatro años)

³⁷ (40 período de sesiones, Ginebra, 12 a 30 de septiembre de 2005, CRC/C/GC)

públicos.... Se requiere un proceso continuo de valoración y de evaluación de los efectos sobre los niños (juzgando las consecuencias reales de la aplicación)".

Pese a todo y puesto que el Comité no puede imponer sanciones y las obligaciones de los Estados se limitan a la presentación de informes, el grado de cumplimiento y aplicación de la CDN queda bajo la vigencia de los principios de Derecho Internacional³⁸.

4ª La indivisibilidad y la interdependencia de los derechos que se declaran; todos tienen la misma categoría y rango jerárquico por lo que deben ser interpretados partiendo de esa interconexión.

Fruto del proceso de positivación de los derechos de los niños y paralelo al mismo se ha dado un proceso general de ³⁹ "revalorización del niño en su calidad de *persona*", esto es, en su acepción más esencial y trascendente y no sólo en su dimensión jurídica de titular de derechos. Se entiende que el niño es una *realidad humana en devenir*, en formación y precisamente en las etapas decisivas en orden a la definición de su futura identidad, lo que implica que desde una perspectiva externa, sea tan importante el futuro como la realidad actual del menor.

Frente al tradicional tratamiento exclusivamente tuitivo de los niños, paulatinamente se ha impuesto el criterio de orientar la protección reconociendo, sobre todo a partir de la adolescencia, la condición de persona progresivamente autónoma, susceptible de participar de manera decisiva – en función de su edad y grado de madurez - en la concreción de su propio interés. El carácter prevalente de ese interés en todo tipo de conflictos (art. 3 CDN) ha llegado a cristalizar en un principio general del derecho, verdadera piedra angular del Derecho de menores.

El sistema de la CDN, los ideales éticos que incorpora, su capacidad para aunar voluntades e involucrar personas, la amplitud de sus destinatarios... todo ello ha generado toda una "cultura" en torno a la protección de la infancia, basada en la "*valoración de la condición personal del niño*", que se ha traducido en varias direcciones:

a) *La protección especial de los derechos vinculados a la personalidad de los niños*. Resulta obvio identificar el interés del menor, como el de todo ciudadano, con la indemnidad de sus derechos fundamentales: a la libertad, igualdad y seguridad, a la dignidad de su persona, derechos que le son inherentes y de los que es pleno titular en la perspectiva del art. 16 de nuestra Constitución. Algunos de estos derechos han sido objeto de particular regulación en relación con sus titulares menores de edad como es el caso del honor, la intimidad y la propia imagen⁴⁰.

b) *La atención al derecho del niño a un bienestar no sólo material y económico, sino predominantemente afectivo y moral* que se identifica con una noción de felicidad y que incluye elementos afectivos y no racionales, la fruición, el juego y el recreo que son o han de ser elementos esenciales en la vivencia del niño y en el desarrollo de su identidad y personalidad. Así, en la jurisprudencia anglosajona y en la más reciente de nuestro TS, se encuentra esta formulación omnicomprendiva del

³⁸ Según el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, en vigor, desde el 27 de enero de 1980, "una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar la no ejecución de un tratado"; y según el art. 8 de la Declaración universal de derechos humanos, "toda persona tiene un recurso contra los actos que violan los derechos fundamentales que le son reconocidos por la constitución o por la ley".

³⁹ RESCIGNO, Pietro, *I minor tra famiglia e società* Dir. Fam Pers., 1982-1 p 274, citado por RIVERO HERNÁNDEZ Francisco "El interés del menor" DYCKINSON 2007 pag 37.

⁴⁰ art. 162.1 CC, art. 3 LO 1/1982, de 5 de mayo y arts. 4 a 8 de la L1/1996 de Protección Jurídica del Menor, referidos a estos derechos y a los de información, libertad ideológica, participación, asociación y reunión, libertad de expresión.)

“bienestar del niño” que abarca el disfrute de un cómodo nivel de vida, salud física y psíquica y del debido orgullo personal, pero que destaca el carácter secundario de estos aspectos, para acentuar como preferentes la estabilidad emocional, las relaciones cálidas y afectuosas, esenciales para el desarrollo psíquico del niño⁴¹.

c) La consagración (art. 31 de la CDN) del derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades propias de su edad, así como a la libre participación en la vida cultural y en las artes. La referencia expresa al juego, ya anticipada en la Declaración de 1959, como objeto de derecho del niño pone de relieve que el juego no es sólo algo trivial que los niños se las arreglan para hacer en cualquier situación, incluso en las más penosas, sino más que nada es un aspecto del desarrollo de la personalidad en la infancia, que incluye actividades que no son controladas por los adultos y que no se cumplen forzosamente con reglas, al menos no con reglas racionales. Frente a la tradicional consideración del juego como un lujo o una frivolidad, se considera hoy una necesidad vital, una parte esencial del desarrollo personal, en la idea de que el niño incapaz de jugar o privado de esa posibilidad, corre el riesgo de carecer después de habilidades sociales y personales importantes.⁴²

d) *La propuesta de una nueva ética a favor de la infancia* que surgió de forma expresa en 1991, en formulación de James P. GRANT, Director general del UNICEF, a la vista del proceso de ratificación masiva de la CDN. La Cumbre de 1990 de Jefes de Estado y de Gobierno con su declaración sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, se basó en los principios rectores de la CDN antes mencionados. GRANT señalaba entonces cómo todos los cambios sociales significativos han requerido una transformación de los valores imperantes y esa transformación solo será posible con la aceptación de una nueva ética a favor de la infancia, cuya esencia se resume en la expresión “los niños ante todo”. En otras palabras, las necesidades esenciales de los niños deben tener la máxima prioridad en la asignación de los recursos⁴³.

e) El desarrollo y definición de los derechos fundamentales de los niños ha aportado indirectamente, una *benéfica contribución a la teoría de los derechos humanos de los adultos* que han pasado de ser instrumentales de la libertad, a gravitar más en la idea de “interés” o del “beneficiario”. Esto ha supuesto una nueva perspectiva en la teoría de los Derechos Humanos en cuyo ámbito se han abierto paso los derechos de contenido económico o social y cultural, lo que al propio tiempo, ha permitido ligar el fundamento de los derechos humanos con la idea de las necesidades del hombre para desenvolverse como persona.⁴⁴

f) *Las políticas de infancia* orientadas por los principios de la CDN y encaminadas a la protección de los derechos de la infancia como compromiso institucional, en las áreas de salud, educación, medioambiente, atención social, socialización en tiempo libre y cooperación internacional

⁴¹ “...la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño (Sentencia del Juez Hardí Boys de Nueva Zelanda en el caso *Walter v. Walter and Harrison*, citado por RIVERO HERNÁNDEZ en *el interés del menor*, ob citada).

⁴² Observación General del Comité de Derechos del Niño 17/2013 sobre *el derecho del niño al juego, el esparcimiento y la participación en la vida cultural*.

⁴³ DÁVILA BALSERA P. y NAYA GARMEDIA L.M. *La infancia en Europa: una aproximación a partir de la Convención de los Derechos del Niño*. Monográfico: La infancia y sus derechos. Revista Española de Educación Comparada 9 (2003) pag. 104

⁴⁴ MACCORMICK, N. “Children’s Rights: A test-Case for Theories of Right”, citado por HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR L. en “El Niño y los derechos humanos” en “Los derechos de los niños. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”. Obra en colaboración. Dykinson 2007, pag. 33.

(por ejemplo, para la erradicación del trabajo infantil, tráfico y trata de niños, persecución de la pornografía infantil...) incluyen un cambio de paradigma en los sistemas públicos de atención a la infancia en cuyo seno se reinterpretan los conceptos de riesgo en general, maltrato infantil, desamparo o abandono.

g) La progresiva implantación en el ámbito de la justicia juvenil del llamado “modelo de los derechos” o “modelo de responsabilidad”, frente a modelos tutelares o de seguridad, y que se caracteriza por el reconocimiento específico de los derechos del niño y adolescente en conflicto con la ley y se orientan además, al aseguramiento de su desarrollo personal bajo el criterio de prevalencia de su superior interés. Esto ha influido decisivamente desde el punto de vista de las medidas a imponer. No se trata sólo de abominar de la pena de muerte o cadena perpetua para menores de edad, o excluir las torturas o las penas crueles y degradantes en todo caso, sino de que, teniendo en cuenta la vulnerabilidad del adolescente en conflicto con la ley, las medidas privativas de libertad han de ser el último recurso, por el tiempo mínimo necesario y limitarse a supuestos excepcionales, en los que se respetará siempre la dignidad y las necesidades propias de la edad del afectado. Así, la regla general será la de medidas de carácter preventivo-especial, con un contenido socio-educativo acorde con el interés del menor y por tanto, orientado a su reinserción social⁴⁵.

Por supuesto, pese a su inmenso impacto positivo, la CDN no ha estado exenta de crítica. Uno de los aspectos inicialmente conflictivos fue el de las reservas que pueden hacer los Estados Partes, cuyo único límite es la inadmisibilidad de las que fueren incompatibles con el objeto y propósito de la CDN (art. 51). Otro aspecto sujeto a la crítica es la vaguedad de algunas disposiciones que parecen más peticiones de principios u “obligaciones de buena voluntad” que compromiso efectivo de los Estados Partes. Más decisivas resultan las objeciones centradas en la fragilidad de los mecanismos de garantía instituidos que se ciñen a los informes que los Estados Partes tienen obligación de presentar periódicamente ante el Comité de Derechos del Niño, órgano que no constituye un mecanismo de coerción sobre las prerrogativas soberanas de los Estados. De hecho, el procedimiento para el estudio de dichos informes está sujeto a un proceso complicado, que ralentiza cualquier observación del Comité. Pero indiscutiblemente la crítica más fuerte procede del dramático contraste entre las declaraciones de la CDN y la cuasi universal asunción de sus principios y el panorama que presentan los informes de las Organizaciones Internacionales de UN y las denuncias que articulan las ONGs y no sólo en los países del Tercer Mundo sino también en muchos otros. Basta consultar los informes de UNICEF para conocer datos alarmantes en nuestro propio país.

VI. POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DE LA CDN

Para los Estados, “tomarse en serio” los derechos que consagra la CDN comporta asignación de presupuestos y despliegue de políticas y prácticas. Desde medidas legislativas y administrativas (creación de estructuras y recursos, acopio de información, actividades de investigación, estadística, campañas de sensibilización, formación de profesionales) hasta presupuestarias y políticas. Inevitablemente, la lucha por los derechos deviene una cuestión política más que estrictamente económica. La Observación General 5 (2003) sobre *medidas de aplicación de la CDN* señala en sus

⁴⁵ PICONTO NOVALES T. “Responsabilidad, protección y derechos de los menores” en “Los derechos de los niños”, Dykinson 2007, pag 41.

apartados 18 a 23 que los Estados velarán por que las disposiciones y los principios de la CDN queden plenamente reflejados y surtan pleno efecto jurídico en la legislación nacional pertinente. Pero en caso de conflicto entre la legislación nacional y la CDN, debe prevalecer ésta última, de acuerdo con el art. 27 de la Convención de Viena sobre el *Derecho de los Tratados*.

Frente a la irresponsabilidad de los poderes públicos ante violaciones de los derechos consagrados, la CDN contiene normas específicas destinadas a garantizar su aplicación. Se trata de las llamadas *medidas generales de aplicación* que señalan las respectivas obligaciones que asumen los Estados firmantes en materia de derechos del niño. El art. 4 de la CDN establece que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas, y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.⁴⁶ Las obligaciones respecto a la especificación de determinados derechos humanos a la situación especial de los niños, vienen referidas por un lado, a supervivencia y pleno desarrollo; por otro lado, a la participación de los niños para que puedan expresar libremente sus opiniones. Otro grupo de obligaciones se orienta a la protección en situaciones específicas de riesgo: de violencia, explotación laboral o sexual, secuestro, venta... Finalmente, otras obligaciones se dirigen a la protección reforzada de colectivos vulnerables: niños privados de ambiente familiar, niños que viven en instituciones, refugiados, con discapacidad, pertenecientes a minorías étnicas o grupos indígenas, las niñas como grupo vulnerable a los matrimonios precoces o forzados, la explotación sexual y laboral, el absentismo escolar... O niños en conflicto con la ley y sometidos a la Justicia Penal.

Estas previsiones sugieren la debilidad del carácter normativo de los derechos de los niños, su alta dependencia del impulso de los poderes públicos y de la disponibilidad de los recursos.

VII. DERECHOS CUYA EFECTIVIDAD NO DEPENDE DE LOS RECURSOS

El proceso de implantación efectiva de los derechos de los niños sirve de criterio – altamente objetivo - no de la incidencia de su vulneración en un determinado Estado, sino del nivel general de respeto en la actitud global y en la política de cada Estado. Al margen de vulneraciones puntuales con las que hay que contar, se entiende que un ordenamiento jurídico es respetuoso cuando dispone de remedios efectivos para hacer frente a esa inevitable vulneración puntual⁴⁷. El verdadero problema de los derechos humanos no es ya tanto el de su justificación, sino, como expresó BOBBIO: “el de su protección”⁴⁸

⁴⁶ 1 El proceso de reforma legal u obligación de acomodar la legislación al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la CDN. 2 El desarrollo de instituciones de derechos humanos independientes específicas para niños 3 La posibilidad de invocación directa de los derechos de los niños ante los tribunales. 4 El desarrollo de estrategias amplias para los niños en el marco de las políticas públicas (Planes Estratégicos de Infancia que se abordan para períodos de 4 o 5 años). 5 El desarrollo de mecanismos permanentes de coordinación gubernamental de políticas de infancia. 6 La supervisión constante mediante el acopio de datos y la evaluación de la situación de los niños 7 La asignación de recursos para los niños en todos los niveles de la administración 8 La formación y concienciación sobre los objetivos de la CDN de forma que sus principios calen en todas las instituciones, organizaciones, asociaciones y ciudadanos. 9 La participación de la sociedad civil (ONGs) en el proceso de efectividad de los derechos de los niños.

⁴⁷ DIEZ PICAZO L.M^a, obra citada, pag. 150

⁴⁸ BOBBIO Norberto *El tiempo de los derechos* SISTEMA Madrid 1991, pag. 61

Entra aquí en juego nuestra Constitución porque al margen del carácter directamente vinculante de la CDN, el art. 10.2 CE dispone que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España”. Este criterio de interpretación es vinculante, según ha reiterado el TC en SSTC20/89 de 31 de enero, 91/2000 de 30 de marzo, 123/05 de 12 de mayo... Esto significa que cuando cualquier tribunal español haya de interpretar la aplicación de un derecho fundamental que tiene equivalencia en la CDN, estará obligado a adoptar la interpretación de ese derecho más acorde con la CDN. En definitiva, la fuerza expansiva de los derechos es principalmente, normativa.

Los informes del Comité de los Derechos del Niño muestran reiteradamente los niveles de pobreza, explotación y discriminación en que se encuentran los niños en muchos lugares y ponen en evidencia el grado de incompatibilidad entre el derecho y la economía como subsistemas sociales primarios, ante la inexistencia de una jurisdicción internacional que pueda sancionar no sólo los crímenes contra la humanidad sino también las violaciones de derechos humanos. En un enfoque “iusrealista” que otorga primacía a la eficacia de las normas sobre su mera existencia, se negaría la realidad de un derecho, fundamental o no, que no fuera efectivo, o frente a cuya inefectividad no estuvieran previstas vías de reacción. De ahí la problematicidad formal de los derechos sociales en razón de las dificultades de reacción frente a una inefectividad, que no depende tanto de la inexistencia de procedimientos para hacerse valer como de las posibilidades funcionales de prestarlos por insuficiencia o mala gestión de los recursos.

Al respecto, Amartya SEN ha insistido en que: “La no realización no hace por sí misma que un derecho reclamado sea un no-derecho”⁴⁹. Para FERRAJOLI⁵⁰, un derecho existe positivamente cuando las normas que lo contemplan han sido elaboradas conforme a las reglas previstas para ello. El art. 10 de la Constitución española reconoce la aplicación directa y vinculante de los derechos que consagra la CDN. La inaplicación de uno de tales derechos es una disfunción normativa, una laguna o incumplimiento normativo que debe ser inmediatamente “colmada” por los medios que el propio ordenamiento jurídico proporciona para ello.

La propia CDN la que proporciona pautas a la hora de “colmar” cualquier laguna. Según el art. 4 CDN, los Estados tienen la obligación de adoptar “*todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que sean precisas para la aplicación de los derechos reconocidos, y sólo .. en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional*”. En esta jerarquía, junto al carácter incondicionado de los derechos básicos, los derechos sociales, económicos y culturales tienen una efectividad progresiva hasta el máximo de los recursos disponibles, entre los que han de incluir, si fuera necesario, los procedentes de la cooperación internacional, sin olvidar que los niños se ven afectados de modo diferente y más severo que los adultos por las violaciones de sus derechos por su capacidad limitada para acceder a los recursos relacionados con los derechos y por supuesto, para reivindicarlos.

Pese a su carácter vinculante hasta diciembre de 2011, la CDN era el único convenio de derechos humanos con un procedimiento de informes obligatorios al Comité, pero sin un procedimiento de quejas, como sí lo tiene desde 2008 y en vigor desde 2013 el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales*. Tras una larga negociación, el *III Protocolo Facultativo de la CDN* entró en vigor el 14 de abril de 2014 y por fin prevé un procedimiento que permite al Comité de De-

⁴⁹ SEN Amartya *La idea de la justicia* TAURUS Madrid 2010, IBOOK.

⁵⁰ FERRAJOLI L. *El fundamento de los derechos fundamentales*, Ob. Citada , pag. 26 y ss

rechos del Niño recibir quejas de personas o grupos de personas contra los Estados que hubieran firmado este instrumento por violaciones de derechos de los niños, cuando no se hubiera logrado obtener las respuestas legales necesarias a las violaciones en el derecho nacional. El procedimiento está mejor regulado y permite atender una gama de violaciones de derechos más amplia que la de cualquier otro instrumento internacional, pero no permite la tramitación de quejas basadas en la evidencia de que una ley, práctica o política compromete o viola derechos de los niños si los titulares de tales derechos no están identificados.

Parece que la cuestión no pertenece tanto a la teoría jurídica del derecho como a la sociología del derecho⁵¹. El derecho a la educación, al nivel más alto posible de salud, la supervivencia y otros similares, no pueden depender de los recursos, pero sí dependen de las previsiones legislativas y de políticas y asignaciones presupuestarias en distribución de recursos y gestión de servicios. Ante la urgencia de efectividad de los derechos de los niños lo que aporta la teoría general de los derechos humanos es una llamada de atención. El avance en declaraciones y compromisos internacionales evidencia una mayor vinculación entre los derechos sociales declarados y las sus garantías sustanciales y nos sugiere que, en definitiva, se articulan deberes jurídicos, no meramente morales.

Y así, en septiembre de 2015, se adoptó un nuevo marco: *La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*⁵². Establecido para los próximos 15 años, trata de ir más allá que su predecesor. En este documento se establecen 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) (pobreza, hambre, desigualdades, medioambiente y recursos naturales...) y 169 metas asociadas. La Resolución expresamente señala que “*los niños y los jóvenes de ambos sexos son agentes fundamentales del cambio y encontrarán en los nuevos Objetivos una plataforma para encauzar su infinita capacidad de activismo hacia la creación de un mundo mejor*”.

Por su parte, UNICEF en su informe *Un mundo apropiado para los niños después de 2015*⁵³ (ha subrayado una serie de objetivos⁵⁴, cuyo desarrollo, en un enfoque de derechos humanos que trasciende barreras entre legislaciones nacionales, exige la coordinación en los ámbitos supraestatal (Unión Europea) y autonómico, la definición de las responsabilidades de cada sector de la Administración y la elaboración de unos indicadores de seguimiento y evaluación⁵⁵. Todo ello apunta a

⁵¹ JORI M. Ferrajoli sobre los derechos en *Fundamentos de los derechos fundamentales* TROTA Madrid 2001, pag. 110

⁵² A/Res/70/1, de 25 de septiembre de 2015.

⁵³ UNICEF. An Agenda for #EVERYChild 2015. (Disponible en Internet: http://www.unicef.org/agenda2030/files/P2015_issue_brief_set.pdf). También UNICEF. *Un mundo apropiado para los niños después de 2015. Examen del informe del Grupo de Trabajo Abierto sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible desde la perspectiva de los derechos del niño* (<http://www.unicef.org/agenda2030/files/Post-rto> sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible,

⁵⁴ 1 Erradicar la violencia contra los niños. 2 Convertir el fin de la pobreza infantil en el elemento esencial para erradicar la pobreza mundial. 3 Renovar los esfuerzos mundiales para poner fin a las muertes maternas e infantiles que es posible prevenir. 4 Prestar mayor atención a la adolescencia, el segundo decenio de la vida. 5 Aprovechar la creciente “revolución de los datos” para promover los derechos de todos los niños y las niñas. 6 Incrementar las inversiones en todos los niños y niñas, sobre todo en los más vulnerables y marginados. 7 Romper el ciclo de las crisis crónicas que afectan a la infancia. 8 Priorizar la educación para que todos los niños, las niñas y los adolescentes asistan a la escuela. 9 Acabar con la exclusión y la discriminación contra las niñas. 10 Hacer frente al cambio climático para bien de las futuras generaciones

⁵⁵ En este sentido, UNICEF propone, en primer lugar, el diseño de una estrategia nacional para aplicar la Agenda en las políticas domésticas y la política de cooperación española; el diagnóstico de la realidad, mapeo de políticas y normativas e identificación de indicadores; gobernanza y mecanismos de coordinación multisectorial; inversión social y suficiencia de recursos para la implementación de la Agenda 2030 y mecanismos de

la construcción de un estado social de derecho basado en la garantía de los derechos sociales, en forma de obligaciones *ex lege* de tipo universal, a cargo de la esfera pública y en su caso, apoyadas en cuotas mínimas de gasto social y también, en garantías de control jurisdiccional de los incumplimientos.

La Constitución española previó la cláusula de apoyo a este despliegue en el **art. 9.2** donde se impone a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que dificulten o impidan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida pública, política, cultural y social”. En consonancia con esto, **el art. 12** de la LOPJM dispone que, “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados a tal fin... 2. Los poderes públicos velarán para que los padres, tutores y guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afecten al desarrollo del menor”.

Por otra parte, las funciones constitucionalmente atribuidas al Ministerio Fiscal en el **art. 124 de la CE** en defensa de los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, cobran particular relieve cuando se trata de los derechos de los niños: el art. 10 de la LOPJM señala que “Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas la asistencia adecuada para el ejercicio efectivo de sus derechos (apdo.1) y de ”Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas (apdo 2 b)

El Ministerio Fiscal actúa ante los poderes públicos y los tribunales de Justicia, frente a las situaciones de vulneración y de grave riesgo para los derechos de los niños, sean o no constitutivas de infracción penal, en tanto que la eficacia defensiva de los derechos se sitúa necesariamente en el doble ámbito de la prevención de conductas contrarias y la represión de vulneraciones. Ciertamente que las obligaciones de actuación y atención inmediata corresponden a la Administración, y que la función encomendada al Fiscal es fundamentalmente de supervisión (art. 174 CC), pero en el ejercicio de tal supervisión, son muchas las iniciativas y actuaciones que el Fiscal puede emprender, desde el permanente recordatorio a los poderes públicos territorialmente competentes (Consejerías de Asuntos Sociales de las respectivas CCAA) de sus obligaciones de despliegue de los servicios necesarios para la efectividad de los derechos reconocidos a los niños, cuando no existan o sean insuficientes. En tal sentido, la Comisión Europea en su Recomendación de febrero 2013 *Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas*, proporciona un marco para el desarrollo de políticas de lucha por el bienestar de los niños en torno a tres pilares estratégicos: Acceso de las familias y los niños a los recursos; Mejora del sistema de protección de la infancia y fomento de la participación de los niños y jóvenes.

El Fiscal en su función de vigilancia de la actuación administrativa de protección de menores de edad debe ser diligente al interpellar a la Entidad Pública de Protección, recordando la necesidad de garantizar que la efectividad de los derechos de los niños. Esto, sin perjuicio del requerimiento, en cada caso de vulneración o riesgo grave para los derechos civiles y políticos de un niño, a fin de que se minimicen o se eliminen los factores de riesgo mediante la activación de cuantos dispositivos sean precisos para poner fin a la lesión o al riesgo. En este aspecto, el Fiscal no es un mero supervisor de la actividad administrativa de protección, y ha de combatir activamente la pasividad de la Administración frente a situaciones objetivas de riesgo, valorando en cada caso, la posibilidad

seguimiento y de rendición de cuentas.

de ejercicio de acciones penales y/o civiles en defensa de los derechos del niño afectado, partiendo de la obligación general de denuncia de hechos punibles contra menores de edad e incluso de la responsabilidad penal que pudiera corresponder a las autoridades, funcionarios y profesionales tanto por acción directa como, en su caso, por omisión, en virtud del art. 450 del CP.

VIII. La CDN es el instrumento internacional que más factores positivos de cambio ha introducido. El alcance de su impacto normativo queda patente en su canalización en torno a ciertos ejes de irradiación:

El *Interés superior del niño*, de ser un estándar jurídico ético, un criterio hermenéutico y un principio general del derecho, se ha erigido en derecho sustantivo de cada niño a que su interés sea consideración prioritaria en toda decisión que le concierna. Así, el interés que radica en cada niño es un bien de naturaleza privada pero su prevalencia en caso de conflicto, pasa a formar parte del interés público tutelado por la ley⁵⁶ y como tal, compromete a cuantos intervienen en las decisiones sobre el niño, pero encuentra en el Fiscal la defensa objetiva que de todo interés público le encomienda el art. 124 de la CE.

El *libre desarrollo de la personalidad* articula un segundo eje de impacto normativo: los ingredientes de la vida humana que van yuxtaponiéndose con el devenir del tiempo, guardan una íntima y racional trabazón que permite al sujeto narrar su propia vida como argumento y también, proyectarla hacia el futuro. Los arts. 26 y 29 de la CDN preservan ese carácter proyectivo de la vida del niño, como persona en devenir que puede ocuparse interrogativamente de sí mismo, hacer algo con sus capacidades y “modificar” su comportamiento y su vivir: experiencias relacionadas con los derechos a la información y la educación, al juego y esparcimiento, a la participación,...cuyo ejercicio favorece la configuración de la propia vida mediante el uso de la libertad y las opciones.

El *derecho del niño a ser escuchado* no se agota en un acto aislado, y exige una actitud y un proceso: “estar a la escucha”, fijar la atención en aquello que el niño tiene que decir o expresar. La interconexión entre los arts. 12 y 13 de la CDN no supone que la opinión del niño sea soberana, sino que no existe ningún sector en cualquier ámbito en el que se desarrolle la vida del niño, en el que no tenga cabida su opinión. Como sucede en todos los campos, un sistema de adopción de decisiones sólo es eficaz y a la larga, viable, si cuenta con la intervención de los afectados.

La *Justicia Juvenil* es posiblemente el ámbito en el que se ha interiorizado más la idea del niño como sujeto de derechos y responsabilidades. Frente a modelos tutelares o meramente educativos, el sistema de responsabilidad y derechos de las Reglas Mínimas de Beijing, reformulado en el art. 40 CDN, parte del reconocimiento pleno de los derechos del niño ante la Justicia y orienta la exigencia de responsabilidad penal a la educación y reintegración social. Las medidas privativas de libertad han de ser el último recurso, imponerse por el tiempo mínimo necesario y limitarse a supuestos excepcionales, en los que se respete siempre *el sentido de la dignidad y el valor* del niño y se aseguren sus posibilidades de aportación *constructiva en la sociedad*. El objetivo no es sólo alejar la reincidencia sino lograr una mejora global en estudios, salud, autocontrol, integración familiar, optimizando el carácter pedagógico de todas las fases de proceso y todas las intervenciones. Tal es el modelo que asume la LORPM 5/2000, de 12 de enero.

IX. A modo de recapitulación, los derechos de los niños afinan la teoría de los Derechos

⁵⁶ Observación General del Comité de Derechos del Niño,16/2014 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea la consideración prioritaria en toda decisión que le concierna

Humanos en la que, sin perder la referencia a la libertad, han introducido la fragilidad y las necesidades del ser humano como nuevas cláusulas generadoras de derecho y han contribuido a superar las reticencias dogmáticas respecto a los derechos económicos, sociales y culturales. Aun cuando ésta fuera su única contribución, no podría exagerarse su importancia, pero vale la pena considerar algunas más.

I. La experiencia enseña que las demandas de los derechos revisten matices diferentes y a veces profundamente alterados cuando sus titulares son sujetos cuya condición legal y jurídica, como ocurre con los niños, no fue prevista en las formulaciones iniciales de los derechos. De manera análoga a lo que MICHELMAN denomina políticas “iurisgeneradoras”, los niños, al reapropiarse de los derechos humanos, pasan a ser agentes de su interpretación; dan pié a una hermenéutica diferente, más personalista, que introduce la individualización y la empatía, abre la racionalidad política y económica a la incertidumbre y los riesgos, pero también a la creatividad y la cooperación.

II. En un escenario internacional en el que crecen las fronteras y surgen nuevos localismos y nacionalismos, el rango supraestatal de los derechos de los niños y su contenido mismo sostienen un universo simbólico, hecho de signos y significados que dependen y al mismo tiempo articulan un consenso que es “sentido cívico o moral” sobre los derechos. Parece poco, pero es algo. La certeza de que ningún niño es “ilegal” aunque se encuentre fuera de su país de origen, inevitablemente refuerza la idea de que “ningún ser humano es ilegal”, aunque esta idea diste mucho de tener hoy traducción legal.

III. La CDN proporciona un modelo restringido pero eficaz para conjugar la universalidad de los derechos con el respeto a la diversidad social y cultural que determina diferentes formas de hacerlos efectivos y de ejercerlos. La lógica de los derechos de los niños es policéntrica: cuenta con el conflicto pero valora la tensión entre sus propios principios y el respeto a las diferencias culturales; protege al niño frente al poder o las prácticas tradicionales de su propia cultura y al mismo tiempo, obliga a preservar la identidad cultural junto con todo aquello que hace de cada niño una persona distinta de los demás y una persona como las demás. Esta funcionalidad es una garantía - tal vez no haya otra - de la incierta posibilidad de convivencia y respeto recíproco entre culturas diversas.

IV. El que la efectividad de los derechos básicos de los niños no pueda depender de los recursos, integra un mínimo *reducto de incondicionalidad*, sustraído al poder de la política y del mercado. No es una realidad aún, pero sí es una afirmación *jurídica* de la superioridad de la condición humana sobre el poder del dinero y sobre su omnipresencia en la vida moderna.

El Fiscal en la Constitución: intervención en el orden jurisdiccional civil

JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA

Fiscal de Sala adscrito a la Sala Civil del TS

SUMARIO

I. Antecedentes. II. Marco constitucional. III. La regulación en el EOMF y su desarrollo legislativo. IV. Naturaleza de la intervención del Fiscal. V. La doctrina de la Fiscalía General del Estado. 1. Aspectos dogmáticos. 2. Aspectos orgánicos. VI. El contexto actual: las nuevas cuestiones. 1. Ideas generales. 2. Algunas cuestiones concretas. 2.1. Cambio de nombre por disforia. 2.2. Maternidad subrogada. 2.3. Custodia compartida. 2.4. El nuevo tratamiento de la capacidad de obrar de los menores. VII. Perspectivas de futuro.

I. ANTECEDENTES

Se ha apuntado por la doctrina que el proceso civil no es el “campo normal de actuación” del Ministerio Fiscal¹.

Sin embargo, como se recoge en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2013, actualmente los señalamientos civiles que tiene que atender la Institución representan una quinta parte de los penales. *Res ipsa loquitur*².

Por lo demás, el ámbito civil nunca ha sido ajeno a la dimensión funcional del Ministerio Fiscal.

El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835 en su art. 104.4 establecía que los Fiscales, en el ámbito de la jurisdicción civil, estaban “...particularmente obligados, bajo su más estrecha responsabilidad, a promover con toda actividad las demandas pendientes y entablar de nuevo eficazmente todas las que correspondan sobre las fincas, rentas y derechos que deban incorporarse o revertir a la Corona”. Se exhortaba al Fiscal - en tanto defensor de la causa pública - a no mezclarse “en los negocios civiles que sólo interesan a personas particulares” (art.101).

¹ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Editorial Tirant lo Blanch. 24ª Edición. Valencia, 2.016, p. 117.

² Según el Libro Blanco “los datos ofrecidos por la Fiscalía General del Estado relativos al pasado año ponen de manifiesto que el volumen de señalamientos de vistas civiles que debe atender la Fiscalía asciende a 34.261, lo que representa aproximadamente una quinta parte de los señalamientos de juicios por delito. Esta cifra es especialmente representativa de los esfuerzos que invierte nuestra Institución también en el área civil”.

El Reglamento del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1835 especificaba en su art. 40 que al Fiscal tratándose de negocios civiles “no se le oirá sino cuando interesen a la causa pública”. Por su parte, las Ordenanzas de las Audiencias, de 19 de diciembre de 1835 distinguían dos modalidades de actuación del Ministerio Fiscal en el área civil: como parte o simplemente dictaminante.

La LEC de 1855 preveía en su art. 1.208 la intervención del Fiscal en la jurisdicción voluntaria.

La Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870 en su art. 838 asignaba al Ministerio Fiscal en su apartado quinto la función de “interponer su oficio en los pleitos que versen sobre el estado civil de las personas”, y en su apartado sexto le atribuía la función de “representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes o impedidos para administrar sus bienes, hasta que se les provea de tutores o curadores para la defensa de sus propiedades y derechos”.

La LEC de 1881 dispuso en el art. 1815 en su redacción original que *se oirá precisamente al Promotor fiscal cuando la solicitud promovida afecte á los intereses públicos, y cuando se refiera á persona ó cosa, cuya proteccion ó defensa competan á la Autoridad*.

El primer Estatuto del Ministerio Fiscal aprobado por Real Decreto de 21 de junio de 1926, en su art. 2.4 le asignaba la función de “intervenir, ejercitando las acciones y formulando las instancias procedentes en los pleitos que versen sobre el estado civil de las personas [...] y en cuantos puedan afectar a intereses sociales, ordenen la leyes o el Gobierno estime pertinente su intervención”.

Puede, por tanto, constatarse que las funciones civiles del Fiscal entroncan con las raíces históricas de la Institución, llegando a ocupar en la actualidad una parte importante de su actividad.

II. MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución en su art. 124 CE asigna al Fiscal, entre otros cometidos, la satisfacción del interés social, en conexión con la definición del Estado como “social y democrático de Derecho”, abriendo su ámbito funcional a una pluralidad de áreas que van mucho más allá del cometido de ejercicio de la acción penal.

En todo caso, cada uno de los cometidos que se asignen al Fiscal han de tener cobertura legal, no sirviendo la genérica declaración constitucional como cláusula general legitimadora de cualquier actuación que pudiera engarzar con el interés social. La legalidad es el principio y el fin de la actuación del Ministerio Fiscal³. En la promoción del interés social debe desterrarse cualquier tentación de asumir el denominado “uso alternativo del Derecho”: el Fiscal sólo puede actuar en cumplimiento de sus fines con una habilitación legal expresa y dentro de los cauces y límites que la Ley establezca.

Este límite de legalidad no impide sin embargo que en su actuación el Ministerio Público asuma criterios hermenéuticos “conforme a la Constitución” y utilice pautas exegéticas de acuerdo con la cláusula de interpretación sociológica.

Con la concreta cobertura legal, el Fiscal está asumiendo un papel procesal relevante en defensa de los derechos fundamentales de las personas y del interés social, actuando en defensa de los sectores más desfavorecidos de la sociedad: menores, discapacitados, ancianos y consumidores

³ Como escribe GARCÍA DE ENTERRÍA “el verdadero fin de toda construcción constitucional es implantar el Derecho mediante la justicia, la libertad y la igualdad; la legalidad y la Ley son instrumentos indispensables para ese menester, evidentemente, pero como tales instrumentos su función está subordinada a la finalidad que confesadamente han de perseguir. El primado del Derecho en el sistema constitucional queda así configurado sin equívocos.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución*. Revista Española de Derecho Constitucional, 1984, Ene-Abr pag. 20 (20-11-12).

y usuarios. Podría decirse que esta atribución al Fiscal responde al principio max/min acuñado por John RAWLS: la máxima protección para los menos favorecidos⁴.

El diseño constitucional del Ministerio Fiscal parte de que su campo de actuación es el proceso y así el art. 124 CE le asigna la función de promover la acción de la justicia y a procurar ante éstos (los Tribunales) la satisfacción del interés social.

Sin embargo, en el ámbito de la protección de los más vulnerables -menores y personas con discapacidad- la actuación del Fiscal desborda la mera operatividad *intra processum*, para llevar a cabo cometidos tales como la supervisión de la actuación de las Administraciones, el control en relación al procedimiento de determinación de la edad de los menores no acompañados o la inspección de centros (psiquiátricos, residenciales de tercera edad o de protección de menores).

Puede decirse, pues, que en el ámbito civil el Legislador ha considerado que el Fiscal debe ir más allá de su hábitat ordinario, más allá del proceso.

La Recomendación (2012)11 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros *sobre el papel del Ministerio Público fuera del sistema de justicia penal* tras constatar que en un gran número de Estados Miembros, debido a sus tradiciones jurídicas, el Ministerio Fiscal juega un papel fuera del sistema de justicia penal, recomienda que cuando se le asigne ese rol los Estados miembros tomen todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar que este papel sea desempeñado con una atención especial a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y en plena conformidad con el Estado de Derecho, en particular el derecho a un juicio justo. La Recomendación propone algunos principios a aplicar a las facultades extrapenales del Ministerio Público⁵. Del mismo modo, el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE), institucionalizado en julio de 2005 en el seno del Consejo de Europa, aprobó el 17 de diciembre de 2014 la llamada *Carta de Roma*, abordando su misión en ámbitos distintos al penal.

Puede igualmente afirmarse, pues, que las funciones civiles asignadas al Fiscal se acomodan a la definición constitucional de la Institución.

III. LA REGULACIÓN EN EL EOMF Y EL DESARROLLO LEGISLATIVO

El art. 3 EOMF asigna al Fiscal como funciones específica y directamente relacionadas con el área civil las siguientes:

Velar por el respeto [...] de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (apartado tercero).

Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley (apartado sexto).

Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los

⁴ John Rawls A Theory of Justice - Revised Edition Harvard University Press 1999

⁵ Destacamos los siguientes: 1) Deben ser establecidas por ley en todos los casos y claramente definidas a fin de evitar cualquier ambigüedad". 2) Debe ser "acorde con los principios de legalidad, objetividad, transparencia e imparcialidad". 3) Deben confeccionarse "circulares e información sobre las mejores prácticas [...]". 4) La Fiscalía "debe tener a su disposición los recursos materiales y personales necesarios y disponer de la formación apropiada al objeto de cumplir adecuadamente sus responsabilidades en los ámbitos ajenos al sistema de justicia penal". 5) El poder de realizar investigaciones pre-procesales debería estar establecido por la ley y conviene ejercerlo de manera proporcionada.

mecanismos ordinarios de representación (apartado séptimo, redactado conforme a la Ley 14/2003, de 26 de mayo)⁶.

La Ley 24/2007, de 9 de octubre añadió al precepto un párrafo final del que, en nuestra opinión, aún no se ha extraído todo su potencial: “con carácter general, la intervención del fiscal en los procesos podrá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse a través de medios tecnológicos, siempre que aseguren el adecuado ejercicio de sus funciones y ofrezcan las garantías precisas para la validez del acto de que se trate. La intervención del fiscal en los procesos no penales, salvo que la ley disponga otra cosa o actúe como demandante, se producirá en último lugar”.

Entendemos que con base a esta cláusula general, el Fiscal puede interesar del órgano jurisdiccional, cuando no es demandante, que se le dé traslado para contestar una demanda una vez haya contestado la parte demandada, a fin de tener un conocimiento completo tanto de los términos de la *litis* como de las pruebas que van a articular demandante y demandado⁷.

El art. 5 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero da unas interesantes -y escasamente conocidas- pautas generales a seguir en las actuaciones civiles del Fiscal⁸.

⁶ En su redacción original el apartado séptimo tenía la siguiente redacción: “asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos.”.

⁷ La Circular 1/2001, de 5 de abril, *sobre la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles* ya planteaba el problema, postulando (como *desiderátum*, teniendo en cuenta en la fecha de su publicación la falta de cobertura legal) la necesidad de poner “todos los medios oportunos para intentar que su contestación a la demanda se efectúe previo conocimiento de la postura del demandado y, en el caso de que se le haya conferido un traslado de la demanda simultáneo con el demandado, se limitarán a abordar las cuestiones procesales, a admitir únicamente los hechos aducidos por el actor que resulten acreditados por la prueba propuesta, solicitando un nuevo traslado para dictaminar conjuntamente sobre la demanda y la contestación y, en el caso de no serle conferido, fijarán su posición definitiva en cuanto al fondo en la comparecencia o vista posterior.”

El propio Libro Blanco del Ministerio Fiscal, de 2103 sigue postulando -parece que *lege ferenda*- que el Fiscal intervenga en último lugar: “la contestación a la demanda por parte del Fiscal debería producirse con posterioridad al resto de las partes demandadas, y no de manera simultánea, con la finalidad de que se pueda valorar el objeto de la controversia y la pertinencia de su intervención”.

⁸ En su apartado primero establece “cuando no existan normas que regulen la actuación del Ministerio Fiscal en los asuntos civiles en que con arreglo a las Leyes deba intervenir, ni se hayan dictado para ello por la Fiscalía del Tribunal Supremo instrucciones generales o especiales, los funcionarios Fiscales ejercerán su ministerio, realizando todo lo que según la naturaleza del asunto sea conveniente para la mejor defensa del interés público que les está encomendado”.

En su apartado segundo dispone que “en general, cuando intervengan en representación de personas incapaces o en lo que se refiera al estado civil, actuarán como el más celoso defensor, y cuando intervengan sin representar a persona determinada para velar por un interés público o social en litigios en que los particulares sostengan encontradas pretensiones, procurarán armonizar la más diligente y decidida defensa del interés general a ellos encomendado con la más prudente neutralidad en cuanto a los intereses en pugna, pero sin que puedan en caso alguno sacrificar aquella diligencia a esta prudencia, por lo que deberán, sin vacilaciones, defender el interés privado que resulte identificado con el público, cuya salvaguardia les corresponda”.

El apartado tercero de este precepto reglamentario dispone que “será, en todo caso, principal misión del Ministerio Fiscal velar por la pureza del procedimiento, ejercitando, en su caso, las acciones que sean procedentes”.

El apartado primero del art. 749 LEC tras la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio modifica la cláusula general sobre la intervención del Fiscal en los procesos especiales de Derecho de Familia⁹.

Debe igualmente hacerse mención especial al art. 54.8 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, *de cooperación jurídica internacional en materia civil*, que establece que en los procedimientos de exequatur el Fiscal “intervendrá siempre”, y “a cuyo efecto se le dará traslado de todas las actuaciones”.

IV. NATURALEZA DE LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL

El art. 6.1.6 LEC, de forma escueta, regula en términos tautológicos la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil declarando que “podrán ser partes en los procesos ante los Tribunales civiles [...] el Ministerio Fiscal respecto de los procesos en que, conforme a la Ley, haya de intervenir como parte”.

Según el art. 4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de Jurisdicción Voluntaria* el Ministerio Fiscal intervendrá en estos expedientes “cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare”¹⁰.

El TC reconoce la posición del Fiscal conforme al aparente oxímoron de ser “parte imparcial” (por todos, ATC n° 63/1997, de 6 de marzo), aunque constata que “ni la Constitución Española, ni el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal [...] determinan la naturaleza de la intervención del Fiscal ante la jurisdicción civil” (STC n° 185/2012, de 17 de octubre).

La STS Sala 1ª, n° 160/1988, de 3 de marzo distingue dos modalidades de intervención del Fiscal en el ámbito civil “como parte plena o como parte informante, conocida también como meramente dictaminante o que simplemente evacua audiencias [...] por mor del artículo 3.º de la Ley 50/1981 [...] se deduce en la actualidad [...] predominando así su carácter de dictaminador o interviniente en el proceso y no como propia parte, dada su desvinculación con el Derecho material y no afectarle la relación jurídica privada que en el proceso se debate, pero si la legalidad del Ordenamiento jurídico”.

La Circular 1/2001, de 5 de abril, *sobre la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, abunda en las diferentes formas de intervención, según el tipo de pro-

⁹ Dispone este precepto que “en los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada”. Conforme al apartado segundo “en los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal”.

¹⁰ El Consejo Fiscal (Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 17 de diciembre de 2013) estimó que “la redacción (...) mejora sensiblemente la contenida en el art. 1.815 LEC 1881, a tenor de la cual la intervención del Fiscal se delimita en función de que la solicitud afecte bien a los intereses públicos –lo que no siempre resulta fácil de precisar-, bien a persona o cosa cuya protección o defensa compete a la Autoridad”. El Anteproyecto coincide, en este sentido, con las pretensiones señaladas en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal, reduciendo la intervención en numerosos negocios de jurisdicción voluntaria en los que se consideraba que existía un interés general de personas indeterminadas (expedientes de dominio, declaraciones de herederos, extravío de cheques, etc.).

ceso, expresando que “las dos situaciones fundamentales previstas en la LEC para el Fiscal son la de parte y la de órgano dictaminador”. La Circular considera que cuando no actúa como demandante su intervención “se debe ex Constitutione a la defensa de la legalidad y del interés público”, lo que supone que no es parte demandada en sentido estricto¹¹.

En su función dictaminadora el Fiscal aporta una opinión jurídica sobre cuestiones en las que está afectado el interés público.

Claramente en los procedimientos especiales del art. 749 LEC el Fiscal interviene en calidad de parte¹².

La peculiar naturaleza de la intervención del Fiscal lleva consigo un tratamiento procesal singular y privilegiado. El ATS de 12 de diciembre de 2013 rec. 657/2013 revisa la resolución del Secretario teniendo por desierto un recurso por falta de personación formal del Fiscal, declarando que la misma es innecesaria¹³.

En esta misma línea debe destacarse la vigorosa defensa de la posición del Fiscal efectuada por la STC nº 17/2006, de 30 de enero que declaró que la Audiencia Provincial lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a una resolución fundada y a que ésta se preste sin indefensión, al rechazar la intervención del Ministerio Fiscal en la diligencia de exploración de unas menores, como defensor en el proceso del interés superior de éstas.

Son igualmente muy interesantes los pronunciamientos de la STC nº 185/2012, de 17 de octubre, subrayando “la especial vinculación del Ministerio Fiscal con los procesos de familia y con los intereses de los menores que en ellos se sustancian y la necesidad de su intervención cuando se estén ventilando cuestiones fundamentales para su desarrollo integral, pues si su actuación debe estar dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público, también debe garantizar la protección integral de los hijos [...]. Su actuación está en estos procesos orientada por los principios de imparcialidad, defensa de la legalidad e interés público o social, lo que se manifiesta en la posición que ocupa, en defensa siempre y exclusivamente del interés de los menores. Y si la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de familia resulta siempre obligada, es precisamente por su posición de garante ex lege del interés del menor, ya actúe unas veces como parte formal y

¹¹ Por ello, como se ha sostenido, “en los procedimientos en los que el Ministerio Fiscal no es demandante, asumirá la posición de demandado, pero eso no quiere decir que el mismo deba asumir tal posición procesal sino que solo lo es con carácter formal, pues en aplicación del principio de legalidad el mismo como “ parte interviniente” puede defender cualquiera de las pretensiones de las partes , y puede solicitar tanto la estimación como la desestimación de la demanda, las medidas que considere oportuno en interés del menor” NÚÑEZ TOMÁS, María José *La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de familia* Centro de Estudios Jurídicos, 2018

¹² En el mismo sentido, PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Dir. Antonio M^a Lorca Navarrete y coord.. Vicente Guilarte Gutiérrez, Tomo IV, Edit. Lex Nova, Valladolid, julio 2000. pág. 3921

¹³ Para esta resolución “la intervención necesaria del Ministerio Fiscal como parte en el proceso civil, prevista en determinados supuestos [...] determina que cuando interpone un recurso haya de tenerse por recurrente hasta tanto hubiera desistido expresamente del mismo, lo que se deriva de su especial condición como parte en el proceso que igualmente le releva de pago de tasas y de la constitución de depósitos [...] Tal consideración viene exigida por su propio Estatuto [...] en cuanto actúa de oficio en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 1) y está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art.2) por lo que de modo permanente lo está también en esta Sala. Así resulta patente en el presente caso en el cual, pese a no existir la personación que ha dado lugar a que se estime desierto su recurso, se le dio un traslado en fecha 28 de octubre de 2013, que evacuó en el sentido de informar favorablemente sobre la competencia de esta Sala para conocer del recurso por lo que ya se le tenía por parte”

otras como dictaminador o asesor (*amicus curiae*) [...]”. El TC considera que “el papel que cumple el Ministerio Fiscal en la concesión judicial de la guarda y custodia, se deduce su importancia a través del informe que emite, pues [...] los intereses que defiende son totalmente objetivos y sólo van encaminados a proteger al menor” y que “[...] la actuación del Ministerio Público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores”.

La doctrina de la Fiscalía General del Estado ha profundizado en la naturaleza de la intervención del Ministerio Público en el procedimiento para el retorno de menores: la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, *sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* la hace pivotar sobre el principio del superior interés del menor¹⁴.

La conexión menores/interés público/legitimación del Fiscal, es utilizada para colmar lagunas. La Consulta 3/2005, de 2 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el juicio de alimentos del art.250.1.8º de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando se insta a favor de menores de edad* llega a la conclusión de que “el Ministerio Fiscal ha de intervenir en los procedimientos de reclamación de alimentos que sigan los trámites del juicio verbal del art. 250.1.8º LEC, siempre que la pretensión se ejercite a favor de menores de edad o incapaces, en atención al interés público afectado cuya salvaguarda tiene encomendada”.

En cuanto a la naturaleza de la legitimación del Fiscal como actor civil en el proceso penal, la doctrina se ha enfrascado en una polémica doctrinal ya clásica, oscilando entre considerarla un supuesto de subrogación, legitimación extraordinaria o sustitución procesal. La documentada y elegante STS de 12 de mayo de 1990 se decanta por considerarla una sustitución procesal y dentro de ella una subfigura de sustitución en relaciones meramente procesales¹⁵.

¹⁴ Conforme a la Circular 6/2015 “el apartado primero del art. 749 LEC [...] reconoce expresamente la legitimación del Fiscal [...] el Fiscal interviene como parte imparcial, guardián de la legalidad y defensor de los derechos del menor. Quien debe representar al Ministerio de Justicia en los trámites procesales es el Abogado del Estado. [...] Debe quedar claro que nuestro ordenamiento no pretende que el Fiscal asuma la función de garantizar el retorno de los menores trasladados ilícitamente a España, pues para tales fines ya se comisiona al Abogado del Estado como representante de la Autoridad Central y garante del cumplimiento de las obligaciones de Derecho Internacional asumidas por España. [...] el Abogado del Estado, como representante del Ministerio de Justicia, de la Autoridad Central en suma, se persona siempre como demandante, y es un inflexible defensor de la filosofía que inspira el Convenio, tendente a lograr la restitución inmediata del menor objeto de la sustracción ilegal interpretando restrictivamente las excepciones a la restitución. [...] Al Fiscal se le encomienda asegurar el respeto al superior interés del menor. Conforme al Convenio, en abstracto y como principio general, ese interés se identifica con el retorno al lugar de procedencia, donde el menor tenía su residencia habitual y donde se ha quebrantado el status quo. Pero más allá de ese principio general, el Fiscal debe llevar a cabo un cuidadoso examen de las concretas circunstancias concurrentes, pues las mismas pueden exigir otra posición procesal, partiendo de que la concreción del “interés del menor” es incompatible con generalizaciones abstractas, debiendo realizarse ad casum. La propia normativa convencional permite esa singularización al incorporar excepciones a la decisión de retorno, que precisamente se basan en la necesidad de salvaguardar el superior interés del menor. [...] La dimensión funcional del Fiscal y el reconocimiento de su intervención en el procedimiento para decidir sobre el retorno del menor deben por lógica derivar en un protagonismo de nuestra Institución en la correcta interpretación de la normativa generada para luchar contra los secuestros de menores.

¹⁵ Para esta resolución (Pte: Montero Fernández-Cid) “la legitimación no es asimilable a la de la parte perjudicada, sino que es reconducible a la figura conocida en la dogmática procesal civil como sustitución procesal y aun dentro de ésta en la subfigura calificada por autorizadísima doctrina procesal española como sustitución en relaciones meramente procesales. En efecto, si en el género se está en presencia de ejercicio en nombre propio de un derecho ajeno, pero cuya estimación se vierte en el patrimonio del actor total o parcialmente, en la sub-

Nos alineamos con ARAGONESES ALONSO, que considera que se trata del ejercicio de una función pública de protección de los intereses de los particulares perjudicados por el delito¹⁶.

V. LA DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La importancia que desde la Fiscalía General del Estado se ha dado a la actuación del Ministerio Público en el ámbito civil queda patente tanto en la numerosa doctrina que ha generado tras la Constitución como en los esfuerzos de eficiencia implementados mediante la reorganización de sus medios materiales y, especialmente, de sus efectivos.

Desde la perspectiva de la doctrina sobre la materia, desde la promulgación de la Constitución se han dictado un total de 49 Circulares, Instrucciones y Consultas relativas a la actuación del Fiscal en el ámbito civil.

Desde la dimensión orgánica se ha procedido, por un lado, a constituir en cada una de las Fiscalías territoriales una Sección de lo Civil, dirigida inmediatamente por un Fiscal Decano y mediatamente por su Fiscal Jefe (Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, *sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas*).

Por otro lado se ha nombrado al Fiscal de Sala Delegado de lo Civil con las funciones que le atribuye la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE*¹⁷.

La complejidad de la materia civil hace que la propia Instrucción prevea una suerte de subdelegación, al establecer que “en el ámbito de la jurisdicción civil podrá otorgarse una consideración especializada a la materia de incapacidades y tutelas, y a los Fiscales que en cada Fiscalía se ocupan de la misma, encomendando su coordinación a uno de los Fiscales de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, designado por el Fiscal General del Estado a propuesta del Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil”.

especie se ejercita también en nombre propio un derecho ajeno, más este ejercicio ha de traducirse sobre la esfera de dominio del sustituido, pues se trata en definitiva de una legitimación derivada de carácter institucional o, como se dijo autorizadamente al referirse al denominado recurso en interés de la Ley, “anclada en el ordenamiento jurídico”. De ahí que las exigencias de legitimación sean mínimas, pues es obvio que el Ministerio Fiscal no es perjudicado ni está en condiciones de postular otra cosa que declaraciones indemnizatorias abstractas...”.

¹⁶ ARAGONESES ALONSO, Pedro *Instituciones de Derecho procesal penal*, 1976. Para este autor, tal función le corresponde, que le corresponde “no en virtud de su carácter de acusador público sino por la naturaleza compleja de la institución”

¹⁷ En dicha Instrucción se asigna al mismo función promotora de la unificación de criterios de las que destacan las siguientes: 1) Establecer los cauces de comunicación necesarios entre las Fiscalías y la Sección correspondiente de la Fiscalía del Tribunal Supremo. 2) Comunicar a las respectivas Fiscalías las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos por ellas preparados, o en su caso, los motivos de la no interposición. 3) Participar en la determinación de los criterios para la formación de Fiscales especialistas. 4) Promover la realización de jornadas para la unificación de criterios, y transmitir a las Fiscalías las conclusiones en ellas alcanzadas. Este es un punto de particular interés, ya que las conclusiones de las Jornadas de especialistas en materia civil es una manifestación del denominado *soft law*, esto es documentos jurídicos que, sin tener eficacia directa, adquieren un peculiar valor derivado de la *autoritas* del órgano de emisión. 5) Canalizar las daciones de cuenta que los Fiscales encargados del despacho de asuntos de importancia o trascendencia eleven (art. 25 párrafo 2º EOMF). Esta asignación tiene una repercusión directa en el mantenimiento del principio de unidad de actuación, esencial para asegurar la seguridad jurídica y la igualdad de todos ante la Ley. 6) Proponer al Fiscal General del Estado las Circulares e Instrucciones que considere necesarias y elaborará propuestas de resolución de las Consultas que se planteen sobre las materias de su competencia, cuando así lo interese el Fiscal General.

El proceso interno de vertebración de la especialidad ha continuado consolidándose en los últimos años. La Instrucción 1/2015, de 13 de julio, *sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala coordinadores y los Fiscales de Sala delegados* desarrolla las funciones encomendadas al Fiscal de Sala delegado de lo Civil en la Instrucción 11/2005.

Las innovaciones orgánicas continúan con la Instrucción 4/2016, de 22 de diciembre, *sobre las funciones del Fiscal delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las Comunidades Autónomas*.

En esta tendencia hacia la singularización orgánica en concretas materias civiles por su complejidad puede también señalarse la Circular 2/2018, de 1 de junio, *sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios*, en la que se crea la figura del Fiscal de Consumo, integrado en la Sección Civil.

VI. EL CONTEXTO ACTUAL: LAS NUEVAS CUESTIONES

1. Ideas generales

Suele en el mundo anglosajón sintetizarse la situación mundial desde el final de la Guerra Fría con el acrónimo VUCA: *volatility /uncertainty / complexity / ambiguity*.

Esta descripción puede sin duda aplicarse al Derecho de Familia, que como se ha dicho “ha experimentado en tiempos recientes transformaciones sustanciales, paralelas a las producidas en la sociedad contemporánea”¹⁸.

Hay general consenso sobre la imposibilidad de hallar un concepto genérico de familia que resulte universalmente válido en cualquier contexto¹⁹, sin que ello suponga impugnar el relevante papel que debe seguir desempeñando²⁰.

El TC se ha sumado a estos planteamientos, entendiendo que la Constitución no identifica a la familia a la que manda proteger en el art. 39.1 “con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la

¹⁸ PARDILLO HERNÁNDEZ, Agustín *Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente* Diario La Ley nº 8104.

¹⁹ En este sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz *Las fronteras del concepto jurídico de familia* Diario La Ley nº 6127.

Desaconseja igualmente una definición legal LACRUZ VERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de familia*, Barcelona, 1982, pág. 9.

²⁰ Puede ello confirmarse por su expresa inclusión en los grandes instrumentos supra e internacionales. El art. 33.1 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea “garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social”.

El art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

El art. 10.1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales afirma que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencias posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

La Recomendación 18 de la Asamblea Mundial de las Naciones Unidas sobre el envejecimiento proclama que “la familia es la unidad básica reconocida por la sociedad, y se deberán desplegar todos los esfuerzos necesarios para apoyarla, protegerla y fortalecerla de acuerdo con el sistema de valores culturales de cada sociedad...”

norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el [...] art. 39, protección que corresponde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen” (STC n° 47/1993, de 8 de febrero).

Para el TC “el concepto de familia debe cimentarse sobre el potenciamiento de la personalidad del individuo, sobre el desarrollo y educación de cada uno de sus miembros y sobre la estabilidad de la relación para conseguir esos fines” (STC n° 222/1992, de 11 de diciembre). Se afirma expresamente que la noción constitucional de familia incluye relaciones sin descendencia (STC n° 116/1999, de 17 de junio).

Profundiza en esta evolución el TS que tras afirmar que “el sistema familiar actual es plural”, declara que “desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales” (STS n° 320/2011, de 12 de mayo).

Por otra parte nos encontramos en un estadio de evolución en el que los menores, a los que cada vez se reconoce mayor capacidad de autodeterminación, están sometidos a nuevos y graves peligros (inmigración sin la compañía de adultos, adicciones a nuevas tecnologías, grooming, ciberracoso, sexting, bullying), con un simultáneo desapoderamiento de los centros de socialización primarios (supresión de la facultad de los padres de corregir razonable y moderadamente)²¹. En el otro extremo del arco de edades encontramos ancianos cada vez más solos, con una superior esperanza de vida pero con mayores dosis de desamparo²². La movilidad de la población y la permeabilidad de las fronteras también plantea problemas nuevos²³. La implementación del principio de no discriminación por razones de sexo ha generado igualmente cambios profundos. La aceptación del nuevo enfoque de la discapacidad va a generar una profunda reforma en nuestro Derecho²⁴.

Como se subraya en el informe del Abogado del Estado en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio* “la Constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”.

²¹ La Disposición Final primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional modificó en tal sentido el art. 154 CC

Vid. sobre el particular YZQUIERDO TOLSADA, Mariano “El cachetito al niño es ilegal” *La tribuna del derecho* 16 al 31 de enero de 2008

²² En la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2017 se puede leer que “el proceso de envejecimiento, a lo largo del siglo XX y se prevé que hasta el segundo tercio del siglo XXI, será un fenómeno generalizado y creciente. Nos encaminamos hacia una estructura demográfica cada vez más envejecida [...] Esta variación en la cúspide de la pirámide poblacional, determinará de forma clara la demanda de servicios para la dependencia que, en consecuencia, habrá que desarrollar para hacerle frente [...] Los derechos de los Mayores no se hallan en forma alguna concretados y, la habitual o frecuente presencia de enfermedades neurodegenerativas, abre un gran abanico de problemas de toda índole de difícil solución [...] La presencia del Ministerio Fiscal ante este colectivo es fundamental por el grado de desamparo en el que el mismo se puede encontrar y el Fiscal ha de velar por el respeto máximo de sus derechos fundamentales con todas las garantías de la ley”.

²³ Como se destaca en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2018 “merece destacarse la evolución económica y social que ha llevado a traslados transfronterizos de la población mundial que ha suscitado problemas jurídicos de diversa índole (competencia, reconocimiento de sentencia extranjera, ejecutoriedad de resoluciones extranjeras...)”.

²⁴ Vid. Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, recientemente analizado por el Informe del Consejo Fiscal de fecha 17 de octubre de 2018.

En efecto, puede decirse, sin riesgos de incurrir en hipérboles que la evolución del Derecho de Familia está siendo en los últimos años vertiginosa. Es clásica la cita, para describir la plena soberanía de la Cámara Legislativa en un sistema parlamentario: *parliament can do everything but make a woman a man and a man a woman*²⁵. Pues bien, incluso este límite, que se consideraba ejemplo de lo que para un órgano todo poderoso era imposible, puede considerarse superado²⁶. También, a la vista del art. 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* podría decirse que pierde vigencia el “madre no hay más que una”²⁷.

En este contexto de cambio permanente en el tratamiento jurídico de la familia, -que sigue siendo una célula básica de la sociedad- de los menores y de los discapacitados, la intervención de una Institución imparcial, al servicio de la legalidad y defensora de los derechos de los ciudadanos puede ser decisiva para coadyuvar en el acierto en la toma de decisiones.

En la actualidad hay una pluralidad de cuestiones civiles objeto de debate. Así, la ordenación de las relaciones entre abuelos y nietos (vid. las recientes STS nº 532/2018, de 27 de septiembre y STJUE de 31 de mayo de 2018, C-335/17), la decisión por uno de los progenitores de trasladar al extranjero la residencia del hijo común (vid. STS nº 536/2014, de 20 de octubre; ATSJ de Cataluña, secc. 1ª de 19 de junio de 2014; SAP Barcelona, secc. 12ª nº 308/2014, de 9 de mayo), la problemática de los matrimonios de conveniencia (de especial interés, STS 2ª nº 261/2017, de 6 de abril), la nueva adopción abierta prevista desde 2015 en el art. 178.4 CC²⁸ o las cuestiones relativas al orden de los apellidos de los hijos (vid. STS nº 299/2017, de 16 de mayo).

Sin pretender agotar cuestiones novedosas, reseñaremos alguna de ellas.

2. Algunas cuestiones concretas

2.1. Tratamiento jurídico de la transexualidad

La transexualidad ha pasado de ser considerada como trastorno a ser definida como una condición relacionada con la conducta sexual²⁹.

²⁵ DE LOLME, Jean-Louis *Constitution of England*, 1771

²⁶ El art. 4.2 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas* dispone que no será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual.

²⁷ Dispone el precepto que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

Lo interpreta la DGRN Resol 5/2011, de 28 de febrero

²⁸ El Informe del Consejo Fiscal de 11 de julio de 2014 al Anteproyecto de Ley de protección de la infancia consideró que era “una opción de política legislativa no exenta de inconvenientes. En el seno de la Comisión redactora del Anteproyecto de 2011 se discutió y finalmente se optó por su no inclusión. Aunque no fue acogida dentro de las conclusiones del Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines del Senado, fue reclamada por varios de los expertos que comparecieron ante la misma [...] En todo caso su admisibilidad debiera subordinarse al interés del menor, a que se encauce con el necesario apoyo técnico y a que se fundamente en un triple consenso de padres biológicos, adoptado y padres adoptantes.

²⁹ La Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales expone que “en la actualidad, tras la publicación por la OMS del CIE-11 (que entrará en vigor en enero de 2022), la misma no aparece calificada como enfermedad, sino como «condición», en el epígrafe dedicado a las «condiciones relacionadas con la conducta

El ATS Sala 1ª, de 10 de marzo de 2016 rec. 1583/2015 fija posición, decantando los principios que deben inspirar el tratamiento de la transexualidad, desde el principio de igualdad, la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad³⁰.

Los pronunciamientos internacionales para neutralizar discriminaciones se suceden³¹.

El art. 156 CP priva de aptitud legitimadora al consentimiento del menor de edad, con independencia de su madurez, a efectos de cirugía transexual. Esta previsión no es más que una nueva derivación del principio conforme al que el consentimiento del menor maduro no es relevante para legitimar un acto médico que suponga una lesión irreversible a su salud o una pérdida de un órgano o función. El precepto es tan preciso y concreto que no permite ningún tipo de interpretación superadora de su tenor literal: no es posible practicar cirugía transexual sobre personas que no hayan alcanzado los dieciocho años.

Sí se plantean y son objeto de discusión otras actuaciones, como las relativas a los tratamientos hormonales y a la rectificación registral.

El ATS Sala 1ª, de 10 de marzo de 2016 sitúa esta cuestión en relación con los menores: *los menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales. En ellos, a los problemas que atañen a las personas transexuales en general se añaden los que son inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia.*

La jurisprudencia del TS había admitido el cambio de sexo, y consiguiente cambio de nombre, en supuestos en los que ya se había producido la cirugía de reasignación. La Ley 3/2007, de 15 de marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, amplía las posibilidades³².

sexual», denominándola «incongruencia de género», y caracterizándola como una marcada y persistente incongruencia entre el género experimentado por un individuo y el género que se le asigna.

³⁰ “i) Se trata de una materia en la que las consideraciones de la ciencia médica, las percepciones sociales y el tratamiento jurídico dado por las legislaciones y los tribunales se encuentra en constante y acelerada evolución. ii) En el reconocimiento de la identidad de género a las personas transexuales debe primar el aspecto psicológico y psicosocial sobre el puramente cromosómico, gonadal e incluso morfológico. iii) No puede condicionarse el reconocimiento de la identidad de género de la persona transexual a su sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación de sexo, ni tampoco a su esterilización. iv) Debe abandonarse la consideración de la transexualidad como una patología psiquiátrica necesitada de curación. v) Ha de facilitarse a las personas transexuales el cambio de la mención del sexo y el nombre en la inscripción de nacimiento y demás documentos de identidad mediante procedimientos rápidos y eficaces. vi) Ha de protegerse la intimidad y dignidad de la persona transexual, y evitar que se vea sometida a situaciones humillantes, de modo que cuando tenga que identificarse en ámbitos como el escolar, el laboral, en sus relaciones con las autoridades públicas, etc, no quede de manifiesto su condición de persona transexual, permitiendo que sea la persona transexual quien decida sobre el conocimiento que los demás puedan tener de esa circunstancia, minimizando de este modo que pueda ser víctima de reacciones hostiles de su entorno.

³¹ Entre ellos destacamos tres: la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015; el Informe sobre derechos humanos e identidad de género del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, de 29 de julio de 2009 y la Recomendación Comité de Ministros del Consejo de Europa Rec (2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros *sobre las medidas para combatir la discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género.*

³² Se declara en su art. 1 que toda persona de nacionalidad española y con capacidad suficiente para ello podrá solicitar la rectificación de la mención registral de sexo, que conllevará el cambio del nombre propio. La rectificación solicitada se acordará una vez que la persona solicitante pruebe:

(a) Que se le ha diagnosticado disforia de género, lo que ha de acreditarse mediante informe de médico o de psicólogo clínico, en el que se hará referencia (1) a la existencia de disonancia entre el sexo morfológico

La Ley sólo permite promover el expediente de rectificación de la mención registral de sexo con cambio del nombre propio a los mayores de edad.

En la actualidad el ATS Sala 1ª, de 10 de marzo de 2016 ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la exclusión de los menores de edad de la aplicación de la Ley 3/2007³³.

Hay una última novedad en este proceso evolutivo. La Dirección General de los Registros y del Notariado, a la fecha de cierre de este trabajo acaba de dictar la Instrucción de 23 de octubre de 2018, *sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales* mediante la que se produce una radical flexibilización de las posibilidades de adoptar un nombre sin correspondencia con el sexo resultante de la inscripción de nacimiento tanto para mayores como para menores de edad³⁴.

o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psico-social, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia, y (2) a la ausencia de trastornos de la personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia indicada.

(b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, lo que se ha de acreditar mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, por informe de un médico forense especializado. No es necesario (artículo 4.2) que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos no son tampoco requisito necesario cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

³³ Declara el auto que “los menores de edad son también titulares de esos derechos fundamentales. Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional [...] También son aplicables a los menores de edad los principios de respeto a la dignidad de las personas y libre desarrollo de la personalidad reconocidos en la Constitución y en los acuerdos y tratados internacionales sobre derechos humanos, que fundamentan toda la regulación constitucional de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier limitación o restricción en el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales por parte de los menores de edad debe tener una justificación adecuada y proporcionada [...] la restricción en el disfrute de los derechos fundamentales por el menor puede tener dos justificaciones fundamentales: la falta de madurez de la persona para el ejercicio del derecho fundamental, como puede ocurrir por ejemplo con el derecho de sufragio o el derecho a contraer matrimonio; y, la más importante, la necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (art. 39.3 y 4), puesto que, en palabras del Tribunal Constitucional, constituye una categoría de personas «típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (...). Estas justificaciones no operan de modo uniforme durante toda la minoría de edad [...] Además, la restricción o limitación que se imponga al ejercicio de un derecho fundamental por parte de un menor ha de respetar el principio de proporcionalidad [...] cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición sería por encontrarse en una situación estable de transexualidad, y cuando la discrepancia entre el sexo psicológico y el registral le provoca unos sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad [...] este tribunal tiene dudas de que la restricción que supone la exigencia de la mayoría de edad para poder solicitar el cambio en la mención registral del sexo pueda superar el juicio de necesidad o indispensabilidad [...] tiene también dudas de que pueda superar la última fase, el juicio de proporcionalidad estricta [...].

³⁴ La misma da dos directrices a los Encargados del Registro Civil: 1) En el supuesto de que un mayor de edad o un menor emancipado solicitara el cambio de nombre, para la asignación de uno correspondiente al sexo diferente del resultante de la inscripción de nacimiento, tal solicitud será atendida, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, el solicitante declare que se siente del sexo correspondiente al nombre solicitado, y que no le es posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil, por no cumplir los requisitos del art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas; 2) Los padres de los menores de edad, actuando conjuntamente, o quienes ejerzan la tutela sobre los mismos, podrán solicitar la inscripción del cambio de nombre, que será atendida en el Registro Civil, con tal de que ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, los representantes del menor actuando conjuntamente declaren que el mismo

2.2. Maternidad subrogada

La STS nº 835/2013, de 6 de febrero declara expresamente que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español.

En la Memoria de 2018 se da cuenta de la situación actual: “en relación a la problemática en las solicitudes de inscripción de nacimiento de menores nacidos mediante gestación por sustitución, el Fiscal, como en años anteriores y conforme el criterio establecido por la Fiscalía de Sala de lo Civil de acuerdo con la STS de 6 de febrero [...], se opone a la inscripción de nacimiento y filiación por estimar que el contrato de la gestación por sustitución es contrario al orden público internacional español [...].

Simultáneamente el TEDH va generando doctrina (SSTEDH, ambas de 26 de junio de 2014, Labasse contra Francia y Menneson contra Francia; 21 de julio de 2016, Foulon y Bouvet contra Francia). Últimamente, la STEDH de 24 de enero de 2017, Paradiso y Campanelli contra Italia, dictada por la Gran Sala, excluye la violación del CEDH en un supuesto en el que fue asumida por las autoridades italianas la custodia del menor concebido mediante gestación subrogada que no tenía relación biológica con los padres comitentes.

Las situaciones complejas necesitadas de respuestas nuevas se suceden. Entendemos que las soluciones deben pivotar sobre el superior interés del menor.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, dependiente del Ministerio de Sanidad, se ha pronunciado en el sentido de que en el caso de un matrimonio de mujeres es “perfectamente legal” que una de las mujeres gestara el óvulo de la otra a través de la técnica ROPA (acrónimo de recepción de óvulos de la pareja), tras ser éste fertilizado con esperma anónimo, de modo que hubiese una “madre biológica genética y una madre biológica gestante”.

Los casos complejos se suceden. La STS nº 740/2013, de 5 de diciembre confirma la sentencia de instancia que acoge las pretensiones de la actora en ejercicio de acción de reclamación de filiación por posesión de estado. Se trata de un matrimonio de dos mujeres. Al tiempo de casarse la demandada estaba embarazada por medio de fecundación “in vitro” y otorgó la posesión de estado a la actora.

2.3. Custodia compartida

El TS ha profundizado en una exégesis orientada a ampliar los contornos de la custodia compartida, normalizando lo que el Legislador había diseñado como excepcional y conectándola con el superior interés del menor (vid. la STS nº 623/2009, de 8 de octubre, *leading case* en la materia).

Para el TS “en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor” (SSTS nº 665/2017, de 13 de diciembre; 390/2015, de 26 de junio y 758/2013, de 25 de noviembre).

siente como propio el sexo correspondiente al nombre solicitado de forma clara e incontestable. La solicitud será también firmada por el menor, si tuviera más de doce años. Si el menor tuviera una edad inferior, deberá en todo caso ser oído por el encargado del Registro Civil, mediante una comunicación comprensible para el mismo y adaptada a su edad y grado de madurez.

En la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2018 se resume el *status quaestionis*: “la consolidación del sistema de guarda y custodia compartida como sistema normal y ordinario y no excepcional se destaca por la práctica totalidad de las Fiscalías de España. En unas, amparadas en su regulación autonómica, en el resto, con base a la doctrina asentada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y como motor de ambos cambios, como se destaca por la Fiscalía de Gran Canaria, la evolución social que se dirige cada una vez más a la asunción de unos mismos roles por ambos progenitores en el cuidado de la prole, pues su acogimiento siempre se encuentra supeditado al superior interés del menor”.

Desde luego, es conceptualmente un anacronismo que, si tras la reforma de 2005 se establece legalmente la igualdad de hombres y mujeres en el reparto de las tareas del hogar, siga manteniéndose tras la crisis matrimonial como modelo ordinario el de la guarda exclusiva para uno de los progenitores. Si se quiere ser coherente con ese modelo de igualdad, el sistema ordinario debiera ser, en nuestra opinión, el de la custodia compartida³⁵.

El 19 de julio de 2013 el Gobierno aprobó el *Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación o Divorcio*, popularmente conocido como Anteproyecto de Ley de custodia compartida, iniciándose de este modo el trámite pre-legislativo.

El informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto, de fecha 13 de septiembre de 2013 constataba como indiscutible que “en el actual estadio de la conciencia social, que el ordenamiento jurídico debe inspirarse en la igualdad que debe existir entre mujeres y hombres respecto a los derechos y deberes que tienen respecto a los hijos e hijas en caso de finalización de la convivencia”.

El Anteproyecto no llegó a buen puerto, pero la guarda y custodia compartida se ha asentado sólidamente en la jurisprudencia del TS, avance en el que ha tenido un indiscutible protagonismo la posición de la Fiscalía.

Pese a subrayar la importancia del papel del Fiscal, la STC nº 185/2012, de 17 de octubre declaró inconstitucional el apartado 8 del art. 92 del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en cuanto supeditaba la decisión jurisdiccional de la custodia compartida del hijo menor a petición de uno de los progenitores a la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal.

En la misma línea, la STS nº 389/2017, de 20 de junio, aun afirmando que el Fiscal “como defensor del principio de legalidad y en interés del menor, tiene un papel esencial en todo lo relativo a la custodia de los menores”, considera que si ninguna de las partes solicita la custodia compartida la petición del Fiscal no permite su constitución.

2.4. El nuevo tratamiento de la capacidad de obrar de los menores

La concepción del menor como incapaz ha sido progresivamente abandonada. En la actualidad ha sido ampliamente superada. El menor ya no es un incapaz, puesto que aun aceptando que su capacidad de obrar está limitada, precisamente para protegerle por encontrarse en proceso de formación, existen numerosos ámbitos en los que se habilita al menor maduro para actuar por sí, sin necesidad de valerse de sus representantes, con la finalidad de promocionar su autonomía (reconociéndole derechos y capacidad progresiva para ejercerlos).

³⁵ En este sentido, vid. DE TORRES PEREA, José Manuel “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social” *Indret*, 4/2011

Tanto las limitaciones a la capacidad de obrar del menor que se mantienen como las habilitaciones que el ordenamiento le reconoce se fundan en su interés, en el primer caso para su protección y en el segundo para la promoción de su autonomía³⁶.

Se supera pues la tendencia tradicional orientada a tratar al menor de edad como un sujeto sin capacidad de obrar, para reconocerle, desde una perspectiva dinámica, atendiendo a su grado de madurez, una cada vez mayor capacidad para determinarse en el ejercicio de sus derechos³⁷.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor* incorporó en su art. 2 en esta línea un principio general con un enorme potencial exegético: “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* ha matizado este enunciado, bien que manteniendo su esencia: “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”. Se siguió por el Legislador en este punto la atinada sugerencia del Informe del Consejo Fiscal de 11 de julio de 2014³⁸.

A lo largo y ancho de nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar preceptos que habilitan a los menores de edad que han alcanzado condiciones de madurez para ejercitar por sí sus derechos, sin asistencia de sus representantes legales, aunque como se ha expresado “la mayor dificultad a la que todo ordenamiento jurídico se enfrenta en esta materia radica, precisamente, en hallar el punto de equilibrio entre la promoción y la protección de las personas menores de edad”³⁹.

La doctrina de la Fiscalía General del Estado ha recepcionado plenamente esta nueva concepción sobre la capacidad del menor maduro⁴⁰.

³⁶ En este sentido la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, declara que “las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”.

³⁷ La propia Exposición de Motivos continúa diciendo que “la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro”.

³⁸ Consideró el Consejo Fiscal que “en el Anteproyecto se altera sustancialmente una cláusula que ya había arraigado: las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva. En su lugar se dispone ahora que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor. La modificación sitúa en su verdadera dimensión a las limitaciones de capacidad de obrar del menor en tanto sólo tienen sentido en propio interés de los menores y es así como deben interpretarse. Quizás no obstante, pudiera alcanzarse una fórmula mixta que también subraye la necesidad de fomentar la progresiva autonomía del menor, que es una de las bases filosóficas de la LOPJM. Se propone en este sentido la siguiente redacción: las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y en todo caso siempre en interés superior del menor”.

³⁹ GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado* Thomson Aranzadi, 2004 pag. 48

⁴⁰ *Ad exemplum vid.* especialmente la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores* y la Circular 1/2012, de 3 de octubre, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave*

2.5. Derecho matrimonial

En el art. 32 CE se declara que *el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*.

El art. 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE⁴¹ dispone que se “garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. La redacción de este precepto y la Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la comunidad europea⁴² permitían plantear la posibilidad de abrir el matrimonio a personas del mismo sexo, posibilidad que se hizo realidad en España por medio de la Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*.

La STC n° 198/2012, de 6 de noviembre declaró la constitucionalidad de esta reforma⁴³, no encontrando tampoco tacha de inconstitucionalidad en la posibilidad de que los matrimonios homosexuales puedan adoptar en cuanto que “la normativa del Código civil establece que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual”.

Por otra parte, las denominadas uniones libres (o parejas de hecho) ya tienen un régimen jurídico específico en todos los territorios autonómicos⁴⁴, habiendo sentado el TC doctrina al respecto⁴⁵. Sintetizando la misma se ha considerado que “el Tribunal Constitucional [...] ha proporci-

⁴¹ Niza, 7 de diciembre de 2000 (*DOUE* C364 de 18 de diciembre de 2000)

⁴² Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994, *DOCE* 28 de febrero de 1994.

⁴³ Se refiere en la misma que “tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador [...] desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada”.

⁴⁴ Todas las CCAA disponen de Ley propia sobre la materia. La única Comunidad que no tenía la acaba de dictar: Ley 7/2018, de 3 de julio, *de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*.

⁴⁵ Nos parecen especialmente interesantes dos sentencias: en la STC n° 184/1990, de 15 de noviembre que declara que [...] “el vínculo matrimonial genera “ope legis” en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio [...] lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acreedora al mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza”.

Por su parte, la STC n° 222/1992, de 11 de diciembre declara la inconstitucionalidad del art. 58 LAU en la medida en la que excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo

nado una aproximación a la definición del concepto constitucional de familia cuya apertura ofrece protección constitucional a una diversidad de modelos de convivencia. Si, y hasta qué punto, debe otorgarse esa protección deberá determinarse en cada caso concreto con base en un juicio de adecuación [...] sobre la base del artículo 39.1 CE, el Tribunal Constitucional obliga a los poderes públicos a mantener una actitud receptiva hacia las posibles necesidades de tutela que puedan mostrar diversos modelos de convivencia con presencia social⁴⁶.

Queda pues ampliamente desbordada la clásica definición de matrimonio: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*⁴⁷.

VII. PERSPECTIVAS DE FUTURO: REDIMENSIONAR EL ÁMBITO FUNCIONAL DEL FISCAL EN EL ÁREA CIVIL

En cuanto a la reflexión sobre la necesaria presencia del Ministerio Fiscal en algunos procedimientos civiles, -por razones históricas y sobre todo por la propia definición constitucional de la Institución- creemos mantienen toda su vigencia las atinadas observaciones contenidas en la Circular 1/2001, de 5 de abril *relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*⁴⁸.

Sin caer, por supuesto, en ningún tipo de triunfalismo, narcisismo o autocomplacencia, puede decirse que tras la Constitución, la actuación de la Fiscalía, como defensora imparcial de la legalidad y de los intereses sociales en el orden jurisdiccional civil ha sido determinante en la nueva jurisprudencia que, profundizando en los valores superiores del ordenamiento, se ha generado en campos tales como la guarda y custodia compartida, la maternidad subrogada, el nuevo enfoque jurídico de

material y estable con el arrendatario fallecido. La resolución declara que “el sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural [...]”

⁴⁶ RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca *Matrimonio, género y familia en la Constitución Española: Trascendiendo la familia nuclear* Revista Española de Derecho Constitucional núm. 91, enero-abril (2011), págs. 69-102

⁴⁷ Modestino, Digesto, 23.2.1

⁴⁸ “La experiencia indica que la presencia del Fiscal en el proceso civil dista mucho de ser una dedicación marginal y carente de relevancia. No lo es ahora ni lo ha sido en la evolución de la institución. [...] La afirmación de que en el proceso civil únicamente se ventilan derechos inter privados sólo puede considerarse parcialmente cierta, siendo fruto más de una inercia analítica que de una verdadera realidad. El objeto de los procesos relativos a la capacidad, a la filiación y -en fin- aquellos procesos matrimoniales en los que están en juego los intereses de menores de edad o incapaces, son sólo algunos de los ejemplos de controversias jurisdiccionales impregnadas de un claro significado público que [...] reclama una atención por parte de quien, en el ámbito de la administración de justicia, ha de velar por la defensa de los intereses públicos tutelados por la ley. A ello habría que añadir que el significado constitucional de toda actividad jurisdiccional y su incidencia sobre el círculo de derechos fundamentales de la persona, convierte el proceso civil en algo más que el marco de una controversia privada, superando concepciones adjetivas que ya han quedado para la historia. [...] la definición de aquellos casos en que el Fiscal ha de intervenir en el proceso civil no resulte especialmente fácil. La defensa de la legalidad, entendida ésta en un sentido estático, llevaría a una inaceptable omnipresencia del Fiscal en todos los conflictos que surgieran en el orden civil, con independencia de su objeto. Y es que, como se ha dicho con acierto, en toda controversia jurisdiccional la legalidad se halla siempre cuestionada. [...] Sólo al legislador incumbe decidir acerca de cuándo aquella intervención es procedente y necesaria, siendo la definición de su marco jurídico uno de los puntos a los que la ley ha de dar respuesta”.

la discapacidad, el tratamiento de los menores extranjeros no acompañados, el consentimiento de los menores en el tratamiento médico, la definición del interés superior del menor, la interpretación de los Convenios sobre sustracción internacional de menores o la investigación de la paternidad.

Es, sin embargo, innegable una cierta insatisfacción dentro de la propia Fiscalía, por la situación actual en la que la pluralidad de intervenciones asignadas en el ámbito civil al Ministerio Público difícilmente puede cumplirse dignamente con los recursos disponibles⁴⁹.

El Libro Blanco del Ministerio Fiscal hace un diagnóstico de la situación en el sentido apuntado⁵⁰, proponiendo la supresión de las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal en aquellas materias o procedimientos en los que no se observe un interés público y/o social relevante que justifique su intervención de nuestra institución.

Es claro que ha habido una hiperinflación funcional del Fiscal. Es en este punto paradigmática la experiencia en relación con su intervención en los ensayos clínicos sobre menores, intervención que a iniciativa de la propia Fiscalía y por rigurosas razones ha sido suprimida. La fundamentación del informe del Consejo Fiscal era demoledora⁵¹.

En nuestra opinión, la intervención del Ministerio Fiscal ante el orden jurisdiccional civil en ámbitos en los que se detecta un relevante interés social, está plenamente justificada. Ello no obstante, en la línea apuntada por el Libro Blanco de 2013, debiera hacerse una selección rigurosa de los procedimientos civiles en los que intervenir.

⁴⁹ Se ha llegado a concluir por la doctrina que puede existir un “exceso de control” desde los órganos del Estado de los conflictos que son objeto de esos procesos civiles, que posiblemente se pueda provocar una “fuga material del Ministerio Fiscal, que se limitará a dar por buena la acción judicial” GARCÍA VICENTE, José Ramón, *La participación del Ministerio Fiscal*, en *“Las relaciones paterno-filiales. Las acciones de filiación*. Base de datos de Thomson Reuters Aranzadi Familia. DOC 2.012/1299.

⁵⁰ “La heterogeneidad y la aparente falta de criterio sistemático de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal se expresan con toda su crudeza en el orden jurisdiccional civil. En efecto, la variedad y profusión de las tareas encomendadas a la Institución no responde siempre a criterios de representación del interés público o social. La función de mera salvaguarda del cumplimiento de las normas in genere no es criterio de asignación suficiente. Sea como fuere, se considera necesaria una revisión en profundidad del marco funcional propio del Ministerio Fiscal en el orden jurisdiccional civil, caracterizado por su hipertrofia [...] así como una mejor delimitación de la forma de intervención procesal que permita dedicar nuestros recursos a aquellas materias que realmente lo requieran, y, además, hacerlo de forma eficaz, superando así la actual situación en la que se observa, con carácter general, una insuficiente e insatisfactoria labor en esta jurisdicción”. [...]

⁵¹ El Informe del Consejo Fiscal de 17 julio 2013 al proyecto de Real Decreto por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos [...] propuso la supresión de la intervención del Ministerio Fiscal haciendo notar que la autorización de un ensayo clínico es una decisión altamente compleja para cuya fiscalización el Fiscal, ni cuenta con conocimientos propios, ni cuenta con peritos que le puedan auxiliar. Para el informe daba la impresión de que se mantenía al Fiscal en este ámbito “como mera coartada justificativa formal”. Para el informe “los controles y garantías nominales no son sólo inútiles, sino además contraproducentes porque generan la falsa apariencia de seguridad añadida y tal vez, una infundada expectativa, sin ofrecerla realmente” [...] La previsión de intervención del Fiscal en este contexto era un claro atentado a un principio organizativo elemental: *non multiplicanda entia sine necessitate*. Por otra parte, el prestigio y la importancia de las funciones que el art. 124 CE encomienda al Ministerio Fiscal no deben verse comprometidos en un desempeño que por la indefinición legal, por reduplicar competencias ya asignadas a órganos administrativos y por ausencia de recursos científicos propios deviene puramente formal. Parece en definitiva que el Proyecto de Decreto mantiene la intervención del Fiscal por mera inercia y por acrítica aceptación de lo (mal) hecho en los Decretos anteriores”. Desde luego, -continuaba el Informe “no se molesta la Exposición de Motivos del Proyecto, siguiendo el ejemplo de los anteriores textos, en explicar qué se pretende con la inserción del Fiscal en estos expedientes. No se expresa qué tiene que hacer el Fiscal con la comunicación, qué debe comprobar o qué puede hacer si detecta alguna irregularidad”.

Debemos “soltar lastre”, desprendiéndonos de intervenciones no suficientemente justificadas, de modo que el Ministerio Fiscal concentre sus esfuerzos en los procesos realmente relevantes, a fin de poder estudiar en profundidad los nuevos problemas y alcanzar así la máxima calidad técnica en los dictámenes, única vía para revestir el desempeño de *auctoritas* y para generar actuaciones de verdadera utilidad social.

El Ministerio Fiscal y la Constitución en su actuación en materia de protección de las personas con discapacidad

MARÍA ROSA RUBIO RAMOS

Fiscal Delegada de la Especialidad Civil y de Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad para la Comunidad Autónoma de Canarias

SUMARIO

I. La incardinación del Ministerio Fiscal en la Constitución como garante de los derechos de las personas con discapacidad. II. La convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: del concepto médico-rehabilitador al concepto social de la discapacidad. La necesaria adaptación de nuestro derecho positivo. III. La organización y funciones del ministerio fiscal para procurar el interés de las personas con discapacidad con pleno respeto a la autonomía de su voluntad, sus deseos y preferencias. IV. El ingreso no voluntario y la permanencia de las personas con discapacidad en centros psiquiátricos, sociosanitarios y asistenciales. La atención centrada en la persona. El no uso de sujeciones o contenciones físicas o químicas. V. El derecho al sufragio de las personas con discapacidad. VI. A modo de conclusión.

RESUMEN

La encomienda realizada por nuestra Constitución al Ministerio Fiscal en su artículo 124, en orden a promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social, conlleva en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad el desarrollo de la función tuitiva del Ministerio Fiscal, ejercida tanto en el seno de los procedimientos judiciales dirigidos a tal fin como al margen de tales procedimientos, sea como presupuesto previo a aquella actuación judicial sea como labor independiente o autónoma en la que el Ministerio Fiscal atiende de modo efectivo el interés de las personas con discapacidad como auténtica Magistratura de Amparo.

A lo largo de estas líneas se pretende examinar esa función tuitiva del Ministerio Fiscal y la tarea desarrollada de modo intenso por esta Institución tras la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas en materia de protección de las personas con discapacidad a fin de adecuar la aplicación práctica de nuestra normativa interna a los postulados internacionales, de plena aplicación en nuestro país, y conforme con los cuales la discapacidad se concibe como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales) a largo plazo y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones

con las demás. El concepto social de la discapacidad se sitúa así en el reconocimiento de la dignidad y de los derechos humanos que asisten a cualquier persona con discapacidad y que debe permitir a la misma el ejercicio de tales derechos como cualquier otra persona, de suerte que sea la sociedad la que elimine aquellas barreras que pudieran impedir tal ejercicio garantizando las salvaguardas precisas y proporcionando los apoyos que se requieran en cada momento.

I. LA INCARDINACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA CONSTITUCIÓN COMO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Nuestra Norma Fundamental encomienda al Ministerio Fiscal un mandato claro en su artículo 124 en orden a *promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.*

Como ya se apunta en la Instrucción 4/2008 de la Fiscalía General del Estado¹, el desarrollo de las funciones de carácter tuitivo encomendadas a la Institución –en lo que a esta ponencia corresponde, en cuanto a la defensa de las personas con discapacidad- supone no solo el cumplimiento del referido precepto constitucional, sino –lo que es más importante- la contribución decisiva del Ministerio Fiscal al desarrollo del Estado Social que consagra nuestro modelo constitucional.

En tal sentido, el apartado séptimo del artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal² recoge esa función constitucional cuando atribuye al Ministerio Fiscal la intervención en aquellos procesos civiles que determine la Ley en los casos en que *esté comprometido el interés social* o cuando pueda quedar afectado el de las *personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*. Y sucesivas reformas legislativas –como advierte la citada Instrucción 4/2008- han ido desarrollando tales funciones tuitivas a la misma vez que los cambios de las circunstancias económicas y sociales, y del sistema de valores de nuestra sociedad, han relevado al entorno familiar de la responsabilidad tradicionalmente asumida en protección de las personas con discapacidad hacia nuevas formas de solidaridad social, como ocurrió con la reforma operada en el Código Civil por la Ley 13/1983³, por la que se sustituyó el sistema clásico de tutela familiar por el de la autoridad judicial, o con la atribución a la entidad pública de la tutela por Ministerio de la Ley en defecto de cualquier otra persona que pudiera asumir tal función o para el caso de situación de desamparo de la persona con discapacidad, tal y como se previno por la Ley 41/2003⁴.

Como igualmente se recoge en el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018, el compromiso del Ministerio Fiscal con la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad es fácilmente constatable a través del análisis de las Memorias que año tras año publica la Fiscalía General del Estado –en las que se da cuenta de las actuaciones del Ministerio Público en este ámbito de especial sensibilidad- o en la profusa doctrina –sobre todo en los últimos años- de la Fiscalía General del Estado. Así, en el citado informe se trae a colación la

¹ Instrucción 4/2008, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces, de 30 de julio de 2008.

² Ley 59/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

³ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

⁴ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

reseña de las Circulares, Instrucciones y Consultas que, tras la entrada en vigor de la Constitución, se han dedicado específicamente a la protección de las personas con discapacidad: Circular 2/1984, de 8 de junio de 1984, sobre internamiento de presuntos incapaces; Consulta 2/1985, de 25 de abril, sobre la autorización judicial de las particiones con herederos incapaces representados por defensor judicial; Consulta 3/1985, de 30 de abril, en torno a la capacidad de los oligofrénicos para prestar el consentimiento justificante previsto en el artículo 428, párrafo segundo, del Código Penal; Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos; Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad; Consulta 1/1991, de 31 de enero, sobre aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas; Consulta 2/1993, de 15 de octubre, sobre el artículo 211 del Código Civil; Consulta 6/1997 de 15 de julio, sobre el criterio determinante de la competencia territorial en los procesos civiles de incapacitación seguidos contra quienes se hallan internos en un establecimiento psiquiátrico-penitenciario en cumplimiento de una medida de seguridad dictada en un proceso penal; Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas; Consulta 5/1999, de 16 de diciembre, sobre los problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme; Instrucción 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces; Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas; Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas; Circular 2/2016, de 24 de junio sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos; Instrucción 4 /2016, sobre las funciones del Fiscal delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las comunidades autónomas; Circular 2 /2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores y la Instrucción 1/2017, de 27 de marzo, sobre la actuación del Fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual.

II. LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DEL CONCEPTO MÉDICO-REHABILITADOR AL CONCEPTO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD. LA NECESARIA ADAPTACION DE NUESTRO DERECHO POSITIVO

Sin lugar a dudas, cabe afirmar el cambio radical de concepto que en este ámbito de la protección de las personas con discapacidad ha supuesto la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y con vigencia plena en nuestro país como parte de nuestro ordenamiento interno desde el 3 de mayo de 2008⁵ por mor de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución.

La discapacidad se define en el texto internacional como toda aquella deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir a quien la tiene su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás per-

⁵ Nuestro país ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008.

sonas⁶. Por tal razón, el propósito de la Convención no puede ser otro que *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*⁷.

Esto es, la Convención trata, en consecuencia, de dignidad y de derechos humanos; de la dignidad y de los derechos humanos que también corresponden a las personas con discapacidad por el mero hecho de ser personas. Atrás quedan las épocas en que las mismas eran objeto de una visión esencialmente proteccionista guiada por el concepto médico-rehabilitador o meramente asistencial para dar paso al denominado concepto social de la discapacidad, en virtud del cual toda persona con discapacidad es titular de derechos y ha de ser la sociedad la que elimine las barreras y le proporcione las salvaguardas adecuadas para hacer efectivo el ejercicio de cualquiera de esos derechos.

Desaparece así la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, y el sistema pasa a pivotar en torno a los apoyos que pueda precisar la persona con discapacidad para conducirse en la sociedad como lo haría cualquier otra. No se trata, pues, de sustituir o representar a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, sino -antes al contrario- de asistir a la misma en ese proceso, con el absoluto respeto a su autonomía, a su voluntad y a sus deseos, gustos y preferencias. Es por ello que el artículo 12 de la Convención -que trata del *Igual reconocimiento como persona ante la Ley*- sanciona que los Estados Partes reafirman el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica y del ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los ámbitos de su vida. Para ello, los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el apoyo que precisen para el ejercicio efectivo de su capacidad jurídica⁸.

Esta normativa internacional -que, como ya se ha dicho, constituye Derecho interno- confronta de lleno con la actual regulación del Código Civil, lo que ha supuesto una gran actividad por parte del Ministerio Fiscal en pos de la adaptación en la práctica de nuestro Derecho Positivo al sistema de apoyos postulado por la Convención.

⁶ Artículo 1, párrafo segundo.

⁷ Artículo 1, párrafo primero.

⁸ Artículo 12 *Igual reconocimiento como persona ante la ley*

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

De tal actividad se hace eco la Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado, de 29 de noviembre, sobre *la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*, en la que se alude a la curatela como la institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en el proceso de toma de decisiones, toda vez que el curador no suplente la voluntad de la persona con discapacidad sino que complementa sus limitaciones en una clara labor de asistencia y protección respecto de aquellos actos que se precisen en sentencia. Es así que –según la referida Instrucción de la Fiscalía General- la incapacitación total sólo debe adoptarse *cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable*.

En la misma línea, ya el Tribunal Supremo en su sentencia 282/2009, de 29 de abril, aun cuando sancionó la vigencia de la normativa en materia de capacidad del Código Civil, aclaró que los procedimientos de capacidad solo pueden ser entendidos como forma de protección hacia las personas con discapacidad en tanto que las mismas continúan en la plena titularidad de sus derechos fundamentales.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dio al Gobierno en su Disposición adicional séptima el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de aquella Ley para remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley *de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida*. Se añadía en la misma disposición adicional que tal proyecto de Ley habría de establecer *las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*.

Al cumplimiento de tal mandato viene el ya referido Anteproyecto de Ley por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018, con el propósito de proveer los apoyos necesarios para el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad teniendo en cuenta las circunstancias concretas en cada caso y con el máximo respeto a la autonomía de la voluntad, deseos y preferencias de aquellas. Desaparece en el texto la institución de la tutela -cuya aplicación queda reducida al ámbito de los menores de edad no emancipados y no sujetos a la patria potestad- y se establece la curatela como la institución básica para proporcionar el apoyo a las personas con discapacidad que así lo necesiten, a la vez que se introduce un cambio general en la terminología, se regulan e impulsan las medidas de apoyo establecidas voluntariamente antes de la pérdida o disminución de la capacidad –como la autocuratela o los poderes o mandatos preventivos- y se da carta de naturaleza a la figura del guardador de hecho.

III. LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL PARA PROCURAR EL INTERÉS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD CON PLENO RESPETO A LA AUTONOMÍA DE SU VOLUNTAD, SUS DESEOS Y PREFERENCIAS

Como ya se ha referido, tras la entrada en vigor de la Convención, la actividad de la Fiscalía General del Estado ha sido intensa en orden a establecer la organización de las Fiscalías y las funciones de los Fiscales para la adecuada salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad, con especial incidencia de aquellas que se encuentran ingresadas en centros psiquiátricos o residenciales y sociosanitarios.

A estos fines atiende la creación, en un primer momento, de las Secciones de lo Civil y del Régimen Especializado en materia de Protección de Personas con Discapacidad y Tutelas y, posteriormente, del Fiscal Delegado de la Especialidad Civil y de Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad de las Comunidades Autónomas.

Las Secciones especializadas se crean por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 4/2009⁹ con el fin de garantizar el funcionamiento eficaz de la Institución bajo el principio de unidad de actuación y lo hacen con vocación provincial dirigidas por un Fiscal Delegado, que en la actualidad ha de actuar en coordinación con la más reciente figura del Fiscal Delegado autonómico, creada por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 4/2016¹⁰ y cuya labor se desarrolla –en nombre del Fiscal Superior y bajo su dirección inmediata– en todo el territorio autonómico.

La ya mencionada Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado, de 29 de noviembre, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*, recuerda que la aplicación de los principios y derechos reconocidos en la Convención y asumidos como modo de actuación en el marco común europeo a través de la Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 20 de noviembre de 2010, constituye un importante reto para todas las Instituciones y particularmente para el Ministerio Fiscal, toda vez que, en desarrollo de sus funciones constitucionales, el mencionado al comienzo de esta presentación artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal le atribuye la de *intervenir en los procesos civiles que determine la Ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*.

A tal fin, la Instrucción 3/2010 indica una serie de pautas en orden a garantizar la intervención del Ministerio Fiscal con criterios uniformes en la adecuación de la legislación vigente a los indicados principios:

— La actividad impulsora y vigilante del Ministerio Fiscal en los procedimientos sobre la capacidad de las personas habrá de realizarse evitando la utilización de formulas de carácter genérico o de contenido estereotipado, en las que se prescinda del análisis concreto de la situación de la persona cuya capacidad se cuestiona.

— En sus escritos de demanda o de contestación, los Fiscales deberá interesar que las resoluciones judiciales relativas a la determinación de la capacidad de las personas concreten no sólo el alcance de la modificación que proceda, sino también la medida de protección o apoyo que consecuentemente deba adoptarse. Para ello, habrán de tenerse en cuenta todas aquellas circunstancias que constituyen las condiciones básicas para el normal desarrollo de la vida de la persona afectada por el procedimiento e interesar los correspondientes informes médicos y forenses, de modo que pueda llegar a conocerse la capacidad de decisión y de ejercicio de la persona concreta en relación con las distintas habilidades que componen aquella.

⁹ Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las Secciones de lo Civil y del Régimen Especializado en materia de Protección de Personas con Discapacidad y Tutelas

¹⁰ Instrucción 4/2016, sobre las funciones del Fiscal delegado de la Especialidad Civil y de Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad de las Comunidades Autónomas.

— En sus conclusiones finales, los Fiscales harán siempre expresa mención de que lo que se pretende no es limitar la capacidad jurídica de la persona afectada, sino determinar su alcance y extensión con base a las habilidades conservadas, lo que implica, su ineludible concreción en relación con los distintos ámbitos de su vida.

A ello ha de unirse la importante labor desarrollada por el Ministerio Fiscal en el ámbito de las denominadas diligencias preprocesales de discapacidad, que encuentran su fundamento legal en el párrafo último del artículo 5 de su Estatuto Orgánico¹¹, y que suponen el efectivo desarrollo de la labor tuitiva del Ministerio Fiscal en cuanto, a través de una detallada investigación de las circunstancias particulares, puede finalmente incoarse el correspondiente procedimiento judicial de protección o hallar soluciones igualmente efectivas sin acudir a la judicialización de la situación de la persona con discapacidad, ya sea excitando la función de las Administraciones Públicas ya sea encontrando al adecuado guardador de hecho de aquella y fijando los controles de su actuación.

IV. EL INGRESO NO VOLUNTARIO Y LA PERMANENCIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CENTROS PSIQUIÁTRICOS, SOCIOSANITARIOS Y ASISTENCIALES. LA ATENCIÓN CENTRADA EN LA PERSONA. EL NO USO DE SUJECIONES O CONTENCIÓNES FÍSICAS O QUÍMICAS

Como ya se ha dicho, la Convención ha supuesto un auténtico giro en torno a la protección de las personas con discapacidad por cuanto en la actualidad resulta preponderante el concepto social de la discapacidad frente a la vieja visión médico-rehabilitadora que olvidaba la verdadera condición de las personas con discapacidad como tales personas que por el hecho de serlo son titulares de iguales derechos que cualquier otra persona y deben los poderes públicos hacer posible su ejercicio. La discapacidad es así un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales) a largo plazo y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

En atención a ello, no debe olvidarse que las personas ingresadas en centros psiquiátricos o residencias sociosanitarias gozan por tanto de la misma capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de su vida y tienen derecho a la adopción de las medidas pertinentes que aseguren el pleno ejercicio de su capacidad jurídica -art. 12.3 de la Convención- y el respeto de sus derechos, su voluntad y sus preferencias, sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida, así como a que estas medidas sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial -art. 12.4 de la Convención-.

Baste recordar aquí el artículo 19, sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad: *Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:*

¹¹ Cuyo tenor literal reza como sigue: *También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.*

a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;

b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;

c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

Sea como fuere, los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad disfrutarán en igualdad con las demás del derecho a la libertad y a la seguridad de la persona sin que puedan verse privadas de su libertad de modo ilegal o arbitrario, de suerte que cualquier privación de su libertad sea conforme con la Ley, que no podrá apelar a la existencia de su discapacidad (artículo 14 de la Convención).

Íntimamente relacionado con lo expuesto, cabe destacar la especial relevancia de la Circular 2/2017, sobre *el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores*, por afectar directamente al modo o garantía del respeto a los derechos de las personas que precisan de un ingreso en atención a su estado de salud pero que no pueden decidirlo por sí mismas por sufrir un deterioro cognitivo de carácter permanente que les impide o dificulta la toma de decisiones en ese ámbito de la libertad personal.

También en este apartado la actividad del Ministerio Fiscal ha sido y es especialmente intensa, tanto para asegurar que cualquier ingreso no voluntario se realiza con el más absoluto respeto a los derechos de la persona con discapacidad como para asegurar que su estancia en el centro de que se trate respeta escrupulosamente tales derechos.

Así, baste recordar aquí las sentencias del Tribunal Constitucional –dictadas todas ellas en estimación de los recursos de amparo interpuestos por el Ministerio Fiscal por vulneración del derecho fundamental a la libertad- que establecen:

— El comienzo del cómputo de las setenta y dos horas previstas en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ratificación del internamiento involuntario urgente a partir de aquel momento en que dicho ingreso se pone en conocimiento de la autoridad judicial por parte del responsable del establecimiento en el que se ha producido, y ello con independencia de que este sea o no el órgano competente para aquella ratificación o se trate del Decanato del lugar¹².

— El derecho a la representación y asistencia letrada en la fase de la ratificación judicial del ingreso no voluntario urgente cuando el afectado así lo solicite una vez se le informe por la autoridad judicial del contenido de sus derechos¹³.

— El carácter preceptivo del control judicial de cualquier internamiento producido en el ámbito sociosanitario en los casos de personas que carecen de capacidad para entender y decidir sobre el mismo¹⁴.

¹² Sentencia 182/2015, de 7 de septiembre, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

¹³ Sentencia 22/2016, de 15 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

¹⁴ Sentencia 34/2016, de 29 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

Por lo que respecta a la estancia de las personas con discapacidad en centros psiquiátricos o de carácter sociosanitario o asistencial, el Ministerio Fiscal podrá –conforme con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 4 de su Estatuto Orgánico- visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente. Para ello podrá requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase y de sus agentes y dar a cuantos funcionarios constituyen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones procedentes en cada caso (apartados tercero y cuarto del mismo precepto legal). Las autoridades, funcionarios, organismos y particulares que sean requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades indicadas deben atender de modo inexcusable tal requerimiento dentro de los límites legales. Con esos mismos límites establecidos en la Ley habrán de comparecer ante el Fiscal cuando este lo disponga (párrafo último del antedicho artículo 4 del Estatuto Orgánico).

En cumplimiento de tal precepto estatutario, las Secciones de los Civil y Protección de Personas con Discapacidad de las distintas Fiscalías organizan su calendario de visitas ordinarias a los centros y residencias de su territorio de suerte que las mismas sean realizadas por dos Fiscales con una frecuencia determinada (a poder ser, mensual) y se lleve el efectivo control de esas visitas a lo largo del tiempo a fin de determinar si aquellos puntos susceptibles de mejora son efectivamente abordados por los responsables de los centros y de mantener una estrecha relación con ellos con el objeto de garantizar la adecuada protección de sus residentes frente a posibles intromisiones ilegítimas ya sea en su persona o en su patrimonio por guardadores de hecho, familiares o allegados¹⁵.

Los Fiscales Delegados de la Especialidad Civil y de Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad de las Comunidades Autónomas tienen aquí una importante función en orden a establecer los contactos necesarios con las personas físicas o jurídicas titulares o gestoras de estos centros para hacer llegar a las mismas los criterios básicos expuestos, así como a mantener los contactos necesarios con los responsables de los servicios administrativos del registro e inspección de centros para intercambiar información sobre el estado de los distintos centros, sus carencias y exponer, en su caso, la necesidad de incoar los correspondientes procedimientos sancionadores por incumplimiento de la normativa reguladora. Dictada la sanción de cierre de un centro, muy posi-

¹⁵ Apartado IV (57) del Manual de Buenas prácticas de los Servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección de las personas con discapacidad y apoyos, en aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 11 de diciembre de 2006: *“Inspección de residencias, centros y pisos tutelados. Para dar adecuado cumplimiento a la facultad-deber que al Ministerio Fiscal le atribuye el Art. 4.2º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de “Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de nuestro respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información se estime conveniente”, se deberán establecer en cada Fiscalía las pautas de actuación necesarias y encaminadas para que por los Fiscales encargados de la protección de las Personas con Discapacidad se proceda a la inspección periódica de los Centros, Residencias o Pisos Tutelados, actividad que deberá comprender cuanto menos los siguientes extremos: a) El control de la regularidad de la estancia de cada uno de los residentes, al tener auto de autorización de ingreso no voluntario que así lo autorice, o solicitud en su caso, b) El control de las personas con sentencia de determinación de la capacidad, c) El control de los intereses patrimoniales de los ingresados, d) El control del Funcionamiento de la Residencia, Centro o Piso Tutelado, a través de la posesión de la correspondiente autorización administrativa, e) El cumplimiento de los controles periódicos, f) La colocación de cámaras dentro de las habitaciones conectadas a un circuito cerrado de televisión se considera una intromisión en el derecho a la intimidad. Cuestión distinta es la instalación en zonas comunes y de tránsito, g) Se considera necesaria una normativa específica reguladora de los ingresos de personas mayores en Residencias y Centros Psico-Geriátricos. h) Cualesquiera otras que se desprendan de las anteriores”.*

blemente el Fiscal Delegado autonómico deberá participar, junto con el Delegado provincial, en las reuniones que puedan mantenerse de cara al cumplimiento de la sanción impuesta y el control de las consecuencias que de tal cumplimiento pudieran derivarse al respecto de la protección de los derechos de las personas ingresadas en aquellos centros. A saber, y como decisión más trascendental, la del lugar en el que habrá de quedar ingresado, siquiera sea de forma provisional.

Es un dato objetivo e incontrovertido que vivimos más tiempo y que, a la misma vez, se está produciendo un envejecimiento de la población que afecta posiblemente más a España que al resto de los países europeos¹⁶. El envejecimiento de la población –como se destaca en la página web de la Organización Mundial de la Salud- *puede considerarse un éxito de las políticas de salud pública y el desarrollo socioeconómico, pero también constituye un reto para la sociedad, que debe adaptarse a ello para mejorar al máximo la salud y la capacidad funcional de las personas mayores, así como su participación social y su seguridad.*

Por lo que respecta a nuestro país, y aun cuando la edición para 2018 de *España en cifras* del Instituto Nacional de Estadística, recoge que en 2016¹⁷ un 72,4% de la población de 16 o más años consideraba que su estado de salud era bueno o muy bueno¹⁸, el aumento de la esperanza de vida¹⁹ conlleva necesariamente la aparición de enfermedades degenerativas en los últimos estadios de la vida cuyo tratamiento exige, de la sociedad en general y de los Poderes Públicos en particular, una respuesta que en la mayor parte de las ocasiones supone enormes gastos económicos y el sufrimiento de muchas familias. Así, es evidente la fragilidad y vulnerabilidad de la mayor parte de la población que supera los ochenta años de edad. Esa mejora de la esperanza de vida –del que todos deberíamos congratularnos por ser manifestación del avance positivo en nuestras condiciones de salud, alimentación y seguridad- supone ciertamente la aparición de patologías y diagnósticos desconocidos o poco vistos décadas atrás, como el deterioro sensorial, la falta de control de los esfínteres, la imposibilidad o dificultades al caminar, la disminución o anulación de las habilidades propias para afrontar la vida diaria o las alteraciones de conducta, entre otros, y las enfermedades neurodegenerativas cualquiera que sea su denominación. A ello se une el incremento en el consumo de fármacos, la mayor demanda de recursos sanitarios –pero también sociosanitarios- y la cada vez más habitual *institucionalización* de los usuarios de esos servicios, que requieren de atención en establecimientos de carácter sociosanitario, sea en centros de día u ocupacionales y en centros residenciales.

Pues bien, el cuidado que reciban esas personas en los centros de día o residenciales requiere de un especial control y exige la máxima profesionalidad por los responsables de su dirección y por el personal que desempeña su labor en los mismos mediante la implantación de sistemas de gestión eficaces que disminuyan la sobrecarga de los trabajadores a la vez que asegura el máximo respecto a la dignidad y los derechos fundamentales de usuarios y residentes. Y es en este ámbito en el que encaja perfectamente la labor del Ministerio Fiscal, con el objeto de analizar las distintas maneras o formas de cuidado de los usuarios o residentes de centros sociosanitarios y su cobertura jurídica, en su papel como órgano inspector de tales establecimientos.

¹⁶ En las proyecciones llevadas a cabo por la Organización de Naciones Unidas se sitúa a España en el año 2050 como el país más envejecido del mundo. En ese año el 40% de su población se situaría por encima de los 60 años. (Population Ageing and Development 2009: www.unpopulation.org).

¹⁷ Según los datos de la encuesta Condiciones de Vida.

¹⁸ Esta cifra es mayor entre los hombres: un 75,2% frente a 69,8% de las mujeres, y es cinco puntos superior a la media de la UE.

¹⁹ La esperanza de vida al nacimiento se sitúa por encima de los 83 años (80,3 para los hombres y 85,8 para las mujeres).

Dentro del programa *Desatar al anciano y al enfermo de Alzheimer*²⁰, que nació en el año 2003 motivado por las evidencias surgidas en la literatura científica que colocaban a España en el número uno del ranking de países en el uso de las sujeciones o contenciones, se constata la alta prevalencia de las mismas. Es así que en la investigación realizada en el año 2008 en 63 residencias españolas con una muestra total de 4.430 ancianos se detectó una prevalencia en su uso diario del 17,6% y se concluyó que el deterioro cognitivo incrementaba la aplicación de sujeciones, hasta tal punto que en los centros destinados al cuidado de mayores con demencia el porcentaje de prevalencia alcanzaba la injustificable cifra del 48,2%. Y ello sin incluir el uso de las barras laterales de las camas. Los estudios e investigaciones realizados desde la Confederación Española de Organizaciones de Mayores (CEOMA) y otras organizaciones indican que los centros libres de sujeciones que ya existen en la actualidad demuestran que es posible la total erradicación de esa práctica sin que ello lleve consigo ni menor seguridad para los residentes ni aumento de personal. Para ello solo es preciso –de acuerdo con lo que sucede en los países de nuestro alrededor- una filosofía distinta en el modo del cuidado de los usuarios de residencias y centros sociosanitarios.

En pleno siglo XXI surge la necesidad de establecer un nuevo modelo de cuidado que tenga su anclaje en el respeto a la dignidad de la persona cuidada y que supere la concepción proteccionista que coloca en la balanza la seguridad como el paradigma indiscutible con independencia de la opinión o de las querencias, preferencias y gustos de la persona protegida. Ello supone un cambio radical en la cultura de la organización que potencie o fomente la autonomía de la persona, lo que exige un ambicioso abordaje desde una perspectiva absolutamente interdisciplinar dirigida a establecer una atención integral que supone el análisis pormenorizado de las denominadas historias de vida de cada persona para analizar el origen o las causas de su posible conducta disruptiva en el centro, el establecimiento de un programas de caídas o de disminución del consumo excesivo de fármacos, entre otros, para lo que resultará imprescindible la formación y el estímulo del personal que cuida a usuarios y residentes y el contacto permanente con los familiares de estos.

En cualquier caso, sea cual sea el modelo de cuidado que se adopte en cada centro, lo cierto es que habrá de ir dirigido al respeto a la dignidad y derechos fundamentales de la persona afectada. Ello quiere decir que si se opta por el modelo de cuidado con sujeción, su práctica exige del cumplimiento de una serie de requisitos que parten de la necesidad de la existencia del consentimiento informado. En igual sentido, el modelo que opte –como ocurre en la mayor parte de países de nuestro entorno- por la no sujeción deberá también seguir una serie de pautas que combinen la autonomía de la voluntad (ya sea ejercida directamente por el afectado o sus representantes) con la seguridad, pues ambos principios o valores no son incompatibles entre sí y la presencia del primero no excluye la existencia del segundo. Especialmente ejemplificativos son los resultados obtenidos en este sentido, de suerte que cabe afirmar *que no existen datos que avalen que las causas por las que mayoritariamente se sujeta se controlen mejor con sujeciones y se estima que prácticamente en la mayoría de los casos para los que se utilizan podrían evitarse implantando otras intervenciones alternativas menos cruentas y más dignificantes para las personas. Esto es, el modelo de cuidado sin sujeciones ha demostrado ya en un número importante de centros que las caídas, los trastornos de conducta y los problemas posturales se pueden resolver sin necesidad de sujetar*²¹.

²⁰ BURGUEÑO TORIJANO, ANTONIO A. Confederación Española de Organizaciones de Mayores (CEOMA).

²¹ Como expresa la Doctora Dña. Ana Urrutia Beaskoa en su tesis doctoral *Modelo de cuidado centrado en la persona con reducción del uso de sujeciones físicas y químicas: conceptualización e implantación* (página 47). Octubre de 2015.

Ciertamente, el principio médico de la No Maleficencia²² en el actuar hasta la aparición de los nuevos modelos de cuidado sin sujeciones se paraba en la exigencia del uso de la sujeción de una manera correcta, no vejatoria y ajustada a la Ley. En la actualidad, sin embargo, cabe preguntarse si no es maleficente²³ el mero hecho de la sujeción por ser contrario a la dignidad de la persona y resultar probablemente vejatoria para la misma. Los propios efectos secundarios que derivan del uso continuado de la sujeción conducirían precisamente a esa conclusión cuando, además, ese uso no reduce el número de caídas o el riesgo de las mismas, por poner un ejemplo²⁴.

V. EL DERECHO AL SUFRAGIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La tantas veces mencionada Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 3/2010 llama la atención, en este punto, sobre el artículo 29 de la Convención, que, bajo el epígrafe *Participación en la vida política y pública*, establece que los Estados garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán *a asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas*.

Como expone la Instrucción 3/2010, el derecho a participar en los asuntos públicos directamente mediante el derecho de sufragio es uno de los derechos políticos esenciales que establece nuestra Constitución en su artículo 23.1 y los requisitos de ciudadanía y edad, precisos para su ejercicio, se definen en el artículo 2 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, de 19 de junio.

El artículo 3.1 b) de la citada Ley establece, no obstante, que carecen de derecho de sufragio *los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio*, y el número 2 del mismo precepto, que los Jueces y Tribunales que entiendan de los procedimientos de *incapacitación o internamiento* deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del derecho del sufragio.

Ello supone que, toda vez que el del sufragio es un derecho fundamental y su limitación afecta al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución, la privación de tal derecho solo puede realizarse en virtud de sentencia judicial, siendo preciso que en la misma así se declare expresamente. Ello exigirá que en el acto de la Vista Oral se haya desarrollado una actividad probatoria suficiente que lleve a la conclusión de que el estado físico y psíquico del afectado le imposibilita para decidir de forma libre y consciente sobre quién ha de representarle en los asuntos públicos a los que se refiere el derecho de sufragio activo y que en la Sentencia así se haga constar de modo expreso.

Recuerda la Instrucción 3/2010 que el derecho de sufragio es personalísimo e intransmisible, de modo que no se contempla en la legislación vigente otra forma de votación que la personal y

²² El de No Maleficencia constituye, junto con la Beneficencia, la Autonomía y la Justicia, el catálogo de los cuatro principios básicos en la ética médica recogidos en el Informe Belmont, publicado por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos el 18 de abril de 1979.

²³ Así se lo pregunta la Doctora Urrutia en la tesis doctrinal citada.

²⁴ URRUTIA BEASKOA, ANA MARÍA. Modelo de cuidado centrado en la persona con reducción del uso de sujeciones físicas y químicas: conceptualización e implantación (página 46).

directa o por correo, sin que sea posible el voto por sustitución o por poder. Es decir, la manifestación de voluntad ha de ser ejercitada por la persona con discapacidad, sin que pueda ser suplantada por la de otra persona. Cuestión diferente -añade la Instrucción- es que a la persona afectada se le provean todos los medios y apoyos precisos para que su discapacidad no suponga un límite para el ejercicio del derecho de sufragio, lo cual constituye la garantía a la que se refiere el apartado iii) del artículo 29 a) de la Convención, cuando hace referencia a que otra persona de su elección le preste asistencia para votar.

Con todo lo dicho, cabe recordar, asimismo, que la reforma emprendida en materia de procedimiento de la capacidad proscribiera cualquier privación de derechos²⁵ y que a la fecha en que se elabora este artículo se encuentra en el Senado la Proposición de Ley Orgánica *para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad* que postula la supresión de cualquier apartado legal que prive de tal derecho a las personas con discapacidad (así como a las personas internadas en un hospital psiquiátrico con autorización judicial) y reintegra plenamente por ministerio de la Ley a cuantas personas se les hubiera limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El cambio radical que ha supuesto la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en el modo de entender la discapacidad como una cuestión de dignidad de la persona que encaja de lleno en el ámbito de los derechos humanos ha traído consigo una casi frenética actividad del Ministerio Fiscal para la adaptación de la normativa interna en su práctica diaria al nuevo concepto social de la discapacidad que gira en torno a la atribución de los apoyos que sean precisos para el adecuado ejercicio de aquellos derechos. La persona con discapacidad se vale así del auténtico *traje a medida* que habrán de proporcionarle los Poderes Públicos en su vida diaria para afrontar y disfrutar de los distintos avatares de la misma de idéntico modo en que lo pueda hacer cualquier otra persona sin discapacidad.

Es en este campo en el que el Ministerio Fiscal se torna en auténtica Magistratura de Amparo que despliega su *autoritas* en la consecución del fin indicado: el más escrupuloso respeto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la garantía de su ejercicio efectivo.

Al margen de su actuación estricta en el ámbito de los procedimientos judiciales, no debe soslayarse la labor divulgativa que el Ministerio Fiscal realiza fuera de tal ámbito, y no solo en sus contactos institucionales y con profesionales de la materia o en foros de más o menos alcance, sino también en el ejercicio de la propia labor inspectora instruyendo a los responsables de los centros al respecto de la normativa vigente (por ejemplo, en materia de ingresos no voluntarios y la necesidad

²⁵ La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad es clara cuando previene al final de su apartado tercero lo siguiente: *Desde el punto de vista procedimental, cumple señalar que el procedimiento de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean éstos personales, patrimoniales o políticos.*

de su previa autorización o posterior ratificación judicial) o de la conveniencia de adoptar nuevas formas en el cuidado de los residentes en la línea ya comenzada en otros centros del mismo o de otros territorios²⁶. De ninguna manera puede serle ajena al Ministerio Fiscal la labor de impulso en la generalización de los nuevos modos de cuidado y atención de los usuarios de centros y residencias, por resultar más respetuosos con derechos tales como la libertad o la integridad de aquellos y con la consideración de su dignidad humana, teniendo en cuenta sus deseos, gustos y preferencias desde el máximo respeto a la autonomía de la voluntad. Y esta autonomía de la voluntad puede manifestarse directamente por la persona afectada o a través de su curador o guardador, que actúa conjuntamente con ella para ayudarle a formar y manifestar aquella voluntad o que, en caso de que ello ya no sea posible (piénsese en una situación de coma vigil o en la fase avanzada de la enfermedad de Alzheimer), ha de informar de cuál sería esa voluntad conforme con el conocimiento previo que el mismo debe tener de cuáles eran sus valores, sus gustos, sus preferencias y sus deseos²⁷.

²⁶ Justo es reconocer que cada vez son más los centros o residencias de carácter sociosanitario que no sujetan a sus usuarios con independencia del mayor o menor grado de deterioro que padezcan, lo que supone la práctica más respetuosa con sus derechos fundamentales.

²⁷ En el caso de las tutelas, conforme con la normativa vigente, o de la curatela con facultades de representación, prevista en el Anteproyecto de reforma de la normativa en la materia.

Ministerio Fiscal y Derecho penal en la Constitución

ANA TÁRRAGO RUIZ

Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Andalucía

SUMARIO

I. Introducción. II. Legitimación del fiscal por la Constitución Española. III. Actuación del fiscal en el ámbito penal con apoyo en la Constitución. IV. Relación entre Derecho penal y Constitución. V. Derecho penal constitucional. VI. Delitos contra la Constitución

RESUMEN

En este trabajo se aborda, la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito penal con apoyo en la Constitución Española (en adelante CE). Su análisis gira en torno a los principios constitucionales configuradores del Ministerio Fiscal, que sin adentrarnos en su estudio pormenorizado, -al no ser objeto del trabajo que me ocupa- de ellos se deduce la actividad desempeñada por el Ministerio Fiscal en sus competencias desarrolladas en la disciplina del Derecho Penal.

He optado por analizar la función básica del Ministerio Fiscal como órgano constitucional, enfocando su actividad a nuestro Código Penal (en adelante CP). Es obvio que una materia como la que voy a tratar debe estar conectada con el modelo de Derecho Penal y la CE.

Concluyendo el trabajo con una referencia a los delitos contra la Constitución, regulados en el Título XXI del Libro II del CP, con el objetivo de responder a los ataques que afecten a las Instituciones más importantes del Estado.

I. INTRODUCCIÓN

Es honesto comenzar este trabajo con un reconocimiento a la iniciativa de la Fiscalía General del Estado de dedicar un número monográfico a la revista del Ministerio Fiscal titulado “La Constitución Española”, y que con ocasión de su 40º aniversario se publique un libro conmemorativo por parte de la Fiscalía General del Estado.

La **Constitución Española**, constituye parte de la normativa reguladora del Ministerio Fiscal y está contenida en su artículo 124.1 y 2 que establece: “El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en

defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

Resultando relevante significar que, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF), dota de un soporte estable la regulación del Ministerio Fiscal, constituido por el conjunto de garantías y limitaciones de derechos con que la Constitución conforma su posición jurídica y asegura su imparcialidad.

La legislación española configura al **Ministerio Fiscal**, como la Institución encargada de la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley. Por lo tanto el Ministerio Fiscal debe ser objetivo, sujetándose al principio de legalidad, y debiendo ejercitar la acción penal. Esta sujeción del Ministerio Fiscal al principio de legalidad constitucional, es una garantía de certeza y de seguridad jurídica del Derecho Penal.

El **Derecho Penal**, es un conjunto de normas y disposiciones que regulan las infracciones penales, las penas y las medidas con las que aquellas son sancionadas. Siendo el instrumento jurídico del Estado, para defender los intereses fundamentales cuando se vulneran. El Derecho Penal debe ser el último recurso del Estado para el control de una sociedad pacífica, valorándose positivamente que se considere como derecho protector de libertades, más que como derecho represor.

II. LEGITIMACIÓN DEL FISCAL POR LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución no define la institución del Ministerio Fiscal, aunque si señala sus atribuciones como acabamos de recoger en su artículo 124.1, pero se puede entender al Ministerio Fiscal como un órgano autónomo del Estado, constituido para el funcionamiento de la Justicia e integrado autónomamente en el Poder Judicial.

Igualmente se puede definir al Ministerio Fiscal, como un órgano de relevancia constitucional y con personalidad jurídica propia integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial. Y como un órgano del Estado, que tiene constitucionalmente encomendada la promoción de la justicia por medio de órganos propios para cumplir muy diversas funciones.

En los cometidos del Ministerio Fiscal, de deben diferenciar las tareas constitucionales que el artículo 124 de la Constitución de 1978 enumera de forma genérica, recogiendo distintas funciones atribuidas al Ministerio Fiscal, al señalar que promueve la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como de velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Asimismo, establece que las funciones referidas se ejercerán de acuerdo a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción siempre, a los principios de legalidad e imparcialidad.

Los principios constitucionales sobre los que se basa la configuración orgánica y funcional del Ministerio Fiscal, como la unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad, son conceptos asumidos por el legislador constituyente.

El principio de legalidad al que está sujeto el Ministerio Fiscal, que está recogido en el artículo 25,1 de la CE es un principio básico del Derecho Penal ligado a la concepción de un Estado de

Derecho. Por lo tanto, el Ministerio Fiscal, al someterse al principio de legalidad lo que ayuda es a dotar de mayor seguridad jurídica, pidiendo solo responsabilidad a conductas que están recogidas como infracciones penales en el Código Penal. Igualmente el artículo 9,3 de la CE, garantiza el principio de legalidad como aceptación de la supremacía de la ley.

De este modo, la necesidad del ejercicio de la acción penal para el Ministerio Fiscal, responde a exigencias constitucionales: el principio general de legalidad del artículo 9,3, el principio de legalidad de las penas del artículo 25,1, la exigencia constitucional de que el Fiscal debe promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad del artículo 124, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 y la exigencia constitucional de que los jueces y magistrados están sometidos al imperio de la ley conforme al artículo 117,1, todos ellos de la CE.

El principio constitucional de legalidad, supone una irrenunciable garantía de libertad para las personas, al establecer que únicamente una conducta calificada como delictiva en la ley, pueda resultar sancionada. El principio de legalidad determina asimismo, la imposibilidad de imponer judicialmente sanción por hecho no previsto, ni castigado en la ley. Todo delito debe ser efectivamente perseguido y sancionado, dado que al cometerse se pone en peligro el bien jurídico que está considerado de particular reproche y que implica una sanción penal.

El Ministerio Fiscal en su actuación debe recordar que el artículo 25,1 de la CE, establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que según la legislación vigente no constituyan infracciones, con esta regulación enlaza el principio de legalidad al de culpabilidad, que es esencial en nuestro Derecho Penal, ya que cabe recordar que la imposición de una pena requiere la realización de un hecho culpablemente cometido. Siendo la sujeción a la ley por parte del Fiscal, lo que le obliga al ejercicio de la acción penal como algo unido al principio de legalidad.

Según los artículos 124.2 y 2.1 de la CE y del EOMF respectivamente, el Ministerio Fiscal actúa de acuerdo al principio de imparcialidad, es decir, con objetividad y neutralidad en defensa de los intereses que le están encomendados.

En el artículo 25.2 de la CE, obliga también al Ministerio Fiscal a respetar el ideal de resocialización con la referencia que realiza a las sanciones privativas de libertad. Los principios constitucionales y penales son idénticos en la concepción de los delitos y de las penas, y es en este precepto constitucional en el único que se hace referencia a las sanciones privativas de libertad.

La Constitución dispone en su artículo 124.3 que la ley regulará el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, por lo que para desarrollar este precepto se aprobó la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del EOMF, reformada por la Ley 24/2007 de 9 de octubre, para alcanzar una mayor eficacia y eficiencia en el cumplimiento de la misión del Ministerio Público.

La norma básica que orienta el Ministerio Fiscal español es por lo tanto el EOMF, que a partir de la reforma citada de 2007, refuerza su autonomía y moderniza su organización territorial, apostando esta reforma por la imparcialidad del Ministerio Fiscal. En el Estatuto Orgánico comprende la regulación básica de la actuación del Fiscal, sus funciones, organización, estructura, principios, sus relaciones con los poderes públicos, derechos y obligaciones, personal y medios materiales y todas las normas que le afectan a su condición de Fiscal.

El artículo 1 del EOMF, recogiendo el mandato constitucional del artículo 124.1 de la CE, establece que “El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como de velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”, lo que refleja que el artículo 124 de la CE, fue desarrollado por medio del EOMF.

Otro reflejo de la Constitución en el actual EOMF, es la acomodación de la organización territorial del Ministerio Fiscal al modelo constitucional del Estado de las Autonomías, para reforzar su figura en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

Comprobamos con lo expuesto y de la lectura del artículo 2 del EOMF que, la Constitución y el EOMF que la desarrolla, encaja al Ministerio Fiscal en el Poder Judicial, con personalidad jurídica propia y autonomía funcional, deduciéndose como notas características: +

- Ser un órgano constitucional del Estado.
- Con atribución de funciones constitucionales.
- Órgano estatal establecido para el funcionamiento de la justicia.
- Institución integrada, aunque con autonomía, en el Poder Judicial.

III. ACTUACIÓN DEL FISCAL EN EL ÁMBITO PENAL CON APOYO EN LA CONSTITUCIÓN

El texto constitucional, recoge bienes objeto de protección y que lógicamente afectan a distintas ramas del derecho, es decir que no todos los bienes que se protegen en la CE, son objeto de protección y tutela penal. No obstante, aquí sólo trataré la actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito penal.

Como defensor de la legalidad ordinaria, se le encomienda al Fiscal el ejercicio y la tutela de la legislación sustantiva, por lo que debe de ejercitar las acciones penales y civiles que procedan de la comisión de infracciones penales e intervenir en las distintas fases del proceso penal de forma activa, todo ello en defensa de la legalidad y del interés público o social.

En el proceso penal al tener el Fiscal un papel destacado, debe de intervenir obligatoriamente, en cuanto que defiende el principio de legalidad durante todo el proceso penal, salvo en los supuestos de los denominados delitos privados, tal y como establece el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al recoger que “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el CP reserva exclusivamente a la querrela privada.

En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.

La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención”, artículo redactado por el apartado dos de la disposición final segunda de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El Ministerio Fiscal es una pieza fundamental del proceso penal y no debe olvidar que uno de los principios en los que está informado el Derecho Penal, es el de intervención mínima, y que por lo tanto, su actuación debe ser salvaguardando las garantías jurídicas, y constitucionales. Desde la perspectiva constitucional, el Derecho Penal sólo puede limitar la libertad cuando resulte indispensable, porque el bien jurídico protegido sea de tal relevancia que justifique limitar la libertad. En ocasiones se observa como no se agotan otras vías de solución, previamente a acudir al Derecho Penal.

Igualmente, el artículo 773,1 de la LECrim, es fundamental para entender el papel del Fiscal en el proceso penal al establecer que, “El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del

investigado o encausado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.

En este procedimiento corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos, así como instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal”.

Precisamente, en el proceso penal es en el campo que con más nitidez se exige la intervención del Ministerio Fiscal, en defensa del interés público tutelado por las leyes, encontrándose en privilegiada situación para promover la legalidad en el proceso penal, y así solo actuará contra quienes pudiendo actuar conforme a derecho no lo hicieron infringiendo las normas penales, ya que estas contienen prescripciones en contra de quienes atentan contra el sistema. El modelo de nuestra CE, supone la necesidad de promover la igualdad entre las personas, por lo que el Fiscal respetando los derechos constitucionales, puede ejercer esa función constitucional en el campo del Derecho Penal.

Desde este entendimiento, el Ministerio Fiscal y siguiendo el modelo constitucional, debe asumir la protección de los intereses jurídicos más relevantes de la sociedad, como son la libertad, la justicia y la igualdad a que se refiere en su artículo 1 el texto constitucional, sin olvidar que el principio de proporcionalidad precisa de una intervención penal mínima.

El último inciso del párrafo 2º del artículo 24 de la CE, reconoce el derecho de los españoles a la presunción de inocencia, mandato que al estar inserto en la Ley de leyes, el Fiscal no puede esquivar en los supuestos de posibles delitos susceptibles de acusación, y respecto de los cuales no se ha practicado prueba alguna, capaz de constituir la base de una respuesta punitiva. Debiendo observar el Fiscal la constancia en el procedimiento de un mínimo de actividad probatoria, rodeada de garantías procesales y respetuosas con los derechos fundamentales de las personas reconocidos en las leyes, sin proceder a valorar lo que no existe.

Los derechos, principios y valores recogidos en la CE, gozan de gran importancia en la disciplina penal respecto de otras de nuestro ordenamiento jurídico, y las funciones del Ministerio Fiscal aunque exceden del ámbito del proceso penal, sin embargo es en este donde el Fiscal ocupa una posición relevante.

Las actuaciones del Ministerio Fiscal deben estar guiadas igualmente por su mandato constitucional, por lo que si advierte en alguna ley una transgresión del texto constitucional, deberá ejercer las acciones oportunas para tratar de obtener su declaración de inconstitucionalidad, ya que al asumir la función de defensa de la legalidad, se le encomienda la labor de defensor de la Constitución, por lo que debe intervenir en las cuestiones de inconstitucionalidad.

Existen principios con relevancia penal que están consagrados en la CE, como la libertad, igualdad, racionalidad, proporcionalidad y justicia. Estos principios que están recogidos en preceptos constitucionales, afectan directamente al Derecho Penal, legitimándose la intervención del sistema penal y por lo tanto la aplicación del CP. La CE, señala indicadores fáciles de reconocer para que sean objeto de tutela penal, deduciéndose las prescripciones que han de estar sometidas a la legislación penal, con el objeto de proteger a la sociedad ante comportamientos que no respetan las normas del Derecho Penal. Por lo que la inobservancia de las reglas conllevará las consecuencias propias del Derecho Penal.

Será el Ministerio Fiscal el órgano público que formalmente sustenta la acción penal, facilitando el ejercicio de la jurisdicción penal, teniendo la obligación de valorar la suficiencia o no de la actividad probatoria para proceder a dirigir la acusación sobre persona determinada, o de lo contrario solicitar el sobreseimiento provisional o definitivo de la causa. Como se señaló al comienzo del presente apartado, el Fiscal tiene un peso específico en el proceso penal ante los Juzgados y Tribunales, porque aunque no posee por ley el monopolio de la acción penal, puesto que cualquier ciudadano puede sostener la acción penal, en la práctica el ejercicio por particulares se efectúa en pocas ocasiones, y la mayoría de los procesos penales se construyen sobre la única acusación del Ministerio Fiscal.

El art. 3 del EOMF, tutela las funciones del Ministerio Fiscal señalando que para el cumplimiento de las establecidas en el art. 1 del mismo texto legal, le corresponde al Ministerio Fiscal una serie de misiones, centrándonos en las que se relacionan más directamente con el derecho penal, tales como:

— “Velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.

— Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los Jueces y Tribunales.

— Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.

— Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.

— Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas otras que estimen oportunas.

— Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros.

— Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afectan al interés público y social.

— Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.

— Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor”.

En la función de defensa de los derechos de los ciudadanos por parte del Fiscal, la materia relativa a la **responsabilidad penal de los menores** merece un tratamiento expreso aunque breve.

Las distintas leyes, encomiendan al Fiscal la Defensa de los Menores, en los diferentes ámbitos procesales, basándose la función que ejerce el Fiscal sobre los menores en tres ámbitos:

1º En el ejercicio de la acción penal.

2º En el ejercicio de las funciones tuitivas reguladas legalmente.

3º En el ejercicio de las funciones encomendadas por la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

El principio general de primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo, es el que informa la Ley de Protección Jurídica del Menor. Siendo inequívoco el sentido

de la ley, de la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Y el Fiscal debe ejercer las acciones de tutela de los derechos fundamentales de los menores.

La responsabilidad penal de los menores viene recogida en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero “Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, modificada por la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre. En relación a la intervención del Ministerio Fiscal, debo dejar constancia de lo establecido en su artículo 6, “Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento”.

Le corresponde al Ministerio Fiscal ejercer las funciones que en materia de responsabilidad penal de los menores le encomiendan las leyes, fundamentalmente la L.O. 5/00, sobre el proceso penal de menores. La naturaleza de la Ley es formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa, y se debe orientar la actuación del Fiscal a satisfacer el interés superior del menor.

En la franja de edad, de mayores de 14 años y menores de 18 años, la L.O. 5/2000, tiene su ámbito de aplicación principal, para exigir la responsabilidad de las personas en ella comprendida por la comisión de hechos tipificados como infracciones penales.

Para concluir esta breve pero obligada referencia a la responsabilidad penal de los menores, al tratar el tema de la actuación del Fiscal en el ámbito penal, es interesante reseñar en el proceso de menores que, atendiendo a razones educativas y al principio del interés del menor, se recogen distintas manifestaciones del principio de oportunidad perfectamente reguladas y por ende ajustadas a la legalidad.

Igualmente, podría delimitar la actuación del Fiscal en el ámbito penal con apoyo en la Constitución, en otras materias como consecuencia al desarrollo del principio de especialización en las funciones del Ministerio Fiscal, en el que se ha avanzado consolidando y dando respuesta a las necesidades legales. Señalando sólo a título de ejemplo y sin pasar a su análisis, la L.O 1/2004 de “Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” y la Ley 4/2015 del “Estatuto de la víctima del delito”, fieles reflejo, como tantas otras, del relevante papel del Ministerio Fiscal.

IV. RELACIÓN ENTRE DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN

En el artículo 149.1 de la CE al regular las materias sobre las que el Estado tiene competencias con exclusividad, en su número 6º recoge, entre otras, la legislación penal. Las competencias están integradas por materias y por funciones y la CE establece la distribución competencial entre el Estado (artículo 149) y las de las Comunidades Autónomas (artículo 148).

La legislación penal, que es la que nos ocupa, es una de las competencias básicas del Estado de las relacionadas en el artículo 149. 1, 6º, siendo uno de los apartados de mayor contenido por quedar sometidas a las competencias del Estado determinadas legislaciones, entre ellas la penal, quedando reservada en exclusividad a la competencia del Estado la legislación penal.

La CE, reserva un grupo de determinadas competencias en favor del Estado para asegurar parte de la estructura que sostiene el Estado, sin divergencias a lo largo del territorio español, y por lo tanto sin carácter dispositivo, tal como viene establecido en la norma constitucional.

Se recogen en la CE competencias exclusivas, compartidas y residuales. La legislación penal es de exclusividad absoluta apartando cualquier participación por parte de las Comunidades Autó-

nomas o cualquier tipo de transferencia competencial, con un límite infranqueable frente al criterio dispositivo del que en otras materias disponen las Comunidades Autónomas.

Por ello, la legislación penal es de competencia estatal con carácter exclusivo, al tratarse de un tema de interés general, por lo que supone que no puede existir otra norma del ordenamiento que la contradiga, estando justificado su tratamiento de exclusividad en el texto constitucional.

El Derecho Penal es una de las ramas del ordenamiento jurídico que se encuentra más ligada a la Constitución, y que por lo tanto el contenido del texto constitucional ha influido sobre el sistema jurídico penal.

La relación entre la Constitución y el Derecho Penal es evidente, en la primera se recogen los principios que inspiran un ordenamiento jurídico, e informa todas las normas que componen el sistema jurídico. El texto constitucional establece los principios que informan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y el Derecho Penal es la manifestación del ejercicio de la soberanía, sólo encuentra justificación la limitación de la libertad en el Derecho Penal, en la protección de otros valores de relevancia constitucional. Para determinar la intervención penal que sea proporcionada, han de tenerse en cuenta el sistema constitucional de principios y cuando estos se vulneren deberán ser protegidos penalmente.

Los criterios recogidos en la Constitución son el vínculo de unión entre el Derecho Penal y la Constitución, y el Derecho Penal integrará los preceptos constitucionales referidos expresamente en el sistema penal, sin olvidar el principio de intervención mínima que lo aconseja.

El contenido de la Constitución ha desarrollado una gran labor de orientación para quienes aplican el Derecho Penal facilitando la interpretación de las normas penales a los principios constitucionales, aunque es obvio que, la CE no determina los intereses jurídicos que deben regularse en el Derecho Penal, solo existen orientaciones para proceder a su protección penal.

Un reflejo de la relación entre la Constitución y el Derecho Penal queda patente en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre por la que se aprobó el Código Penal, como se puede comprobar con las siguientes afirmaciones:

— El CP ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de Constitución negativa.

— El Código penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social.

— El eje de los criterios en los que se inspira la elaboración del CP, como es lógico, es el de la adaptación positiva del CP a los valores constitucionales.

— Entre los cambios que introduce para adaptar el CP a los valores constitucionales, se pueden destacar: La reforma total del sistema de penas, para permitir alcanzar los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El antagonismo entre el principio de intervención mínima y las nuevas necesidades de tutela, que se intenta superar acogiendo nuevas formas de delincuencia y eliminando algunas figuras que han perdido su razón de ser. Se da un especial relieve a la protección de los derechos fundamentales. Se procura avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que impone la CE a los poderes públicos.

— Tanto el CP como las leyes especiales se hayan jerárquicamente subordinados a la Constitución y obligados a someterse a ella, no sólo por esa jerarquía, sino también por la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad.

— Solamente si todos deseamos tener un CP mejor y contribuimos a conseguirlo, podrá lograrse un objetivo cuya importancia para la convivencia y el pacífico disfrute de los derechos y libertades que la Constitución proclama difícilmente podría exagerarse.

La relevancia de la Constitución para el Derecho Penal se puede apreciar igualmente en los límites al “us puniendi” que se deducen del ordenamiento constitucional, y por ende el CP debe proteger los valores básicos y servir de garantía a los ciudadanos. En el ámbito penal, los límites sobre los valores a proteger, hay que buscarlos en la propia CE para determinar lo que merece ser penalmente protegido, para que el articulado del CP respete el límite de la constitucionalidad.

El CP debe aspirar a asumir exigencias constitucionales, pero son escasas las ocasiones que la Constitución con carácter expreso invita a la regulación de figuras delictivas. No obstante, el Derecho Penal ha ido incorporando bienes jurídicos nuevos y ampliando o reduciendo otros ya protegidos. En la elección de que infracciones penales precisan de intervención penal, el legislador debe analizar qué valores realmente precisan de protección penal.

En razón de ello, se brinda una protección penal mediante penas, a las instituciones más importantes del Estado que están recogidas en la Constitución.

En el artículo 1 de la CE se recogen los principios generales constitucionales con relevancia penal, que son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Igualmente a lo largo de otros preceptos constitucionales se establecen otros principios que directamente están relacionados con el Derecho Penal, entre los que se pueden señalar los derechos fundamentales y las libertades públicas (artículos 15 y ss. de la CE). Siendo el Derecho Penal el instrumento del que dispone el Estado para proteger los intereses de los ciudadanos, cumplimentar sus objetivos y asumir las obligaciones constitucionales. Si bien podemos considerar que en la CE, no se han abordado de forma expresa otros principios de carácter penal, siendo por tanto la lista incompleta de los que se recogen y deben deducirse de preceptos constitucionales, a modo de ejemplo se pueden indicar los principios de proporcionalidad y el de culpabilidad.

El valor de la Constitución y de su contenido obliga a recoger normas concretas para su debida organización y funcionamiento, y que ha de tutelarse con un instrumento penal para el supuesto de que sean atacadas y así proteger a las instituciones y a las personas concretas que las representan.

Como en el Derecho Penal se deben proteger bienes jurídicos dignos de protección penal, su delimitación puede buscarse en la propia CE. La regulación de determinadas conductas delictivas en el Derecho Penal, implica en numerosas ocasiones su ajuste al texto constitucional y su adaptación al Estado de Derecho; así en el Derecho Penal se reflejan reformas legislativas que se van adaptando a la protección de determinados intereses jurídicos, lo que demuestra que el Derecho Penal es la parte del ordenamiento jurídico más sensible a las reformas con el objetivo de proteger los intereses jurídicos necesarios para la convivencia. Con las reformas que se realizan sobre el CP, normalmente se intenta completar el abanico de protección a determinados intereses jurídicos.

Para terminar con el análisis de la vinculación del Derecho Penal y la Constitución, esta se demuestra igualmente, además de por el sometimiento del primero a los criterios constitucionales, por la seguridad que dispensa el acudir al Derecho Penal para salvaguardar la Constitución, quedando demostrado con la regulación dentro del Libro II del CP, en su Título XXI, sobre “Delitos contra la Constitución”, en los artículos 472 a 543. El conjunto de tipos penales comprendidos en este Título, tienen por finalidad la protección del orden constitucional e incluyen delitos que afectan primordialmente a las Instituciones fundamentales del Estado. Asimismo se busca el amparo en el CP para garantizar la seguridad frente a los ataques a las predicciones constitucionales, por lo que podemos afirmar el fuerte vínculo de una de las ramas de nuestro ordenamiento jurídico, como es el Derecho Penal con la CE, y su influencia en el ordenamiento jurídico penal.

V. DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL

El Derecho Penal, en sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas, y en sentido subjetivo, es el derecho del Estado a castigar (*ius puniendi*), a conminar la ejecución de determinados hechos con penas, y en el caso de su comisión, imponerlas y ejecutarlas.

El derecho de castigar, es una forma de control social para regular la convivencia en la sociedad, previendo ante la comisión de infracciones penales, la imposición de una consecuencia jurídica; y como medio de control del Estado, el derecho a castigar tiene funciones preventivas y represivas.

Para garantizar la convivencia y que no se actúe con arbitrariedad, el ordenamiento jurídico penal se apoya en los siguientes principios que lo informan: el principio de legalidad, el de territorialidad, el de irretroactividad, el principio de la existencia de un hecho para que exista delito y se aplique una pena, el principio del bien jurídico protegido, el de culpabilidad, el de proporcionalidad, el de resocialización, el principio de igualdad, el de tipicidad y el de intervención mínima.

Una vez identificado el Derecho Penal propiamente dicho, me ocuparé del Derecho Penal de la Constitución, que es la proyección constitucional en los contenidos del Derecho Penal, así como a la inversa, la proyección del Derecho Penal en la Constitución, es decir, el establecimiento de los límites y objetivos que determinan la acción punitiva del Estado en el marco constitucional.

Los principios aplicados por la CE y con relevancia penal constituirían los principios del Derecho Penal Constitucional y que serían los principios generales siguientes: la libertad, igualdad, pluralismo político, justicia, racionalidad y proporcionalidad.

Además de los principios generales enunciados, integrarían el Derecho Penal Constitucional otros principios más específicos como: el principio de interpretación conforme a las Constitución, inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria y el principio de unidad jurisdiccional.

Igualmente lo integrarían, los preceptos que contienen los derechos fundamentales y los que en la CE tratan de mandatos, prohibiciones y regulaciones que están relacionados directamente con el Derecho Penal, tales como: el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE), el derecho a la libertad y seguridad (artículo 17 de la CE), a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, (artículo 24 de la CE), y a la presunción de inocencia, (artículo 25 de la CE).

Es de interés apuntar el tratamiento del bien jurídico protegido en el Derecho Penal Constitucional, con carácter general se puede decir que el bien jurídico para resultar protegido basta con protegerlo por las normas. El bien jurídico es un interés con reconocimiento jurídico y por lo tanto se convierten en bienes protegidos por el Derecho.

El Derecho Penal protege bienes jurídicos, en su calidad de intereses importantes para la convivencia social, y un interés no se convierte en un bien jurídico hasta que no es tutelado por la ley.

Los bienes jurídicos en el Derecho Penal Constitucional, no son creados por la ley penal, ya que el CP lo que realiza es la acción de sancionar determinadas conductas, y quien crea el bien jurídico es la Constitución. En la CE se fijan los intereses fundamentales y a partir de ahí, quedan delimitados los bienes jurídicos dignos de protección penal, sin que se puedan confundir con el objeto de las acciones.

Como es obvio existen bienes jurídicos que no gozan de protección penal, los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Constitucional, nacen de la necesidad de brindar protección a determinados bienes inherentes a las personas y que están recogidos en nuestra Constitución.

Los denominados bienes jurídicos penales son los que únicamente pueden gozar de tutela penal y para su fijación debe analizarse seriamente, que bienes jurídicos merecen o no esa tutela

por ser de mayor importancia para la sociedad, y que además su protección no esté suficientemente amparada por otras ramas del Derecho.

No todos los bienes jurídicos contemplados en la CE tienen una protección penal, ya que puede tratarse de bienes jurídicos a los q se les dispensa una tutela laboral, civil, administrativa, social...

El Derecho constitucional asume principios penales, y desde esa incorporación quedan dotados con mayor rango que la propia ley penal. Podemos entender por principios constitucionales del derecho penal, al conjunto de garantías y derechos que conducen las actuaciones de quienes intervienen en un proceso penal y que indican los límites al poder sancionador del Estado.

El contenido del Derecho Penal va a condicionar el ejercicio de los derechos constitucionales, siendo así que el primero supone un límite del derecho constitucional, porque no se puede olvidar que un Estado con un poder corrector limitado y controlado por la Constitución y la legislación penal, será un Estado de Derecho donde prevalezcan los derechos y garantías de las personas.

Por todo ello, los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales, delimitan a su vez el “ius puniendi” del Estado, adquiriendo mayor relevancia los distintos derechos fundamentales por constituir bienes jurídicos del sistema penal con limitación de la intervención penal, y por tratarse de conductas delictivas que vulneran derechos fundamentales amparados constitucionalmente.

El Derecho Penal Constitucional, supone la asunción de estrechas relaciones entre el Derecho Penal y la CE, y de principios constitucionales que reflejan el Derecho Penal y que se materializan en este. Los principios constitucionales suponen normas jurídicas con importantes repercusiones en los problemas planteados del derecho, de los delitos y de las penas.

Se puede terminar este apartado con una reflexión concluyente como es que, el Derecho Penal Constitucional, debe respetar por un lado al derecho constitucional cuyo límite es el orden penal, y por otro lado, las decisiones de la Constitución sobre principios sancionadores.

VI. DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN

La Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico y expresión de valores determinados debe de gozar de protección, pero no en el sentido de amparar lo que significa la CE, sino de tutelar a las instituciones y personas que la encarnan. Se castigan los ataques que se consideran más graves contra la CE, sus instituciones más relevantes, los derechos y libertades de los ciudadanos y las ofensas y ultrajes contra símbolos y emblemas de España y de las Comunidades Autónomas.

Los delitos contra la Constitución deben su ubicación en el Título XXI, a la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, por la que se aprobó el CP, que se calificó como acierto por priorizar los bienes jurídicos individuales frente a los bienes jurídicos colectivos.

Bajo la rúbrica “Delitos contra la Constitución” se recogen una serie de infracciones penales que tiene en común el hecho de implicar conductas que acometen a diversas previsiones constitucionales.

Se dispensa una protección penal al funcionamiento de los distintos Poderes del Estado y demás órganos constitucionales, en caso de que sean atacados. Por ello, se establecen normas específicas para proteger a las más importantes instituciones del Estado que tienen su regulación en la CE.

Las modalidades delictivas contempladas en el Título destinado a regular los delitos contra la Constitución, se encuentran organizadas de la forma siguiente:

- Capítulo I. Rebelión
- Capítulo II. Delitos contra La Corona
- Capítulo III. De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes:
 - Sección 1ª. De los delitos contra las Instituciones del Estado
 - Sección 2ª. De la usurpación de atribuciones
- Capítulo IV. De los delitos relativos al ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas:
 - Sección 1ª. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas garantizados por la Constitución.
 - Sección 2ª. De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos
- Capítulo V. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales:
 - Sección 1ª. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual
 - Sección 2ª. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad
 - Sección 3ª. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales.
- Capítulo VI. De los ultrajes a España.

Sin pretender realizar un estudio pormenorizado de cada uno de los delitos regulados en el Título XXI del CP sobre los "Delitos contra la Constitución", sí que conviene efectuar algunas consideraciones acerca de cada uno de los tipos penales, para tener un conocimiento general sobre ellos.

1. Rebelión

La Rebelión está recogida en el Capítulo I en los artículos 472 a 484 del CP, en primer lugar se puede observar un tipo básico y queda definida a efectos penales. El bien jurídico protegido es múltiple dado que busca salvaguardar la institución de la monarquía y además, la estabilidad del país.

El primero de los requisitos es la existencia de un "alzamiento violento y público" y exige que la voluntad de los rebeldes vaya dirigida a alguno o algunos de los siete fines previstos en el artículo 472, el elemento común de las conductas es la acción de alzamiento y la violencia.

El sujeto pasivo es la monarquía, las instituciones políticas del Estado y sus miembros. El sujeto activo debe ser más de una persona, al ser un delito plurisubjetivo, siendo irrelevante el número de personas, ya que lo que importa es la voluntad de los autores del delito en perseguir un único fin. La consumación del delito se produce desde la simple puesta en peligro del bien jurídico, sin necesidad de haber conseguido el propósito.

En el artículo 473 marca la responsabilidad penal a los distintos intervinientes en el hecho punible, recogiendo agravaciones por causar mayor daño a la organización del Estado.

Se recoge una presunción de autoría en el artículo 474, para los supuestos que no sean conocidos los jefes de la rebelión y en el siguiente tipo penal se castiga la seducción o inducción al delito.

En el artículo 476 se regulan dos supuestos, el primero consistente en el deber de sofocar la rebelión y que sólo puede ser cometido por militar que tenga fuerzas a su mando, y el segundo en el deber de denunciarla, igualmente solo puede ser cometido por militares. Se trata de delitos de omisión. El siguiente precepto contempla la penalización de actos preparatorios.

El tipo penal recogido en el artículo 478, regula un supuesto agravado de rebelión por razón del sujeto activo y su condición de autoridad. A continuación el precepto siguiente carece de contenido penal y se refiere a la disolución de los sublevados. El tipo penal del artículo 480 recoge una excusa absolutoria y atenuación de la pena, para el rebelde que delate a los partícipes en el hecho. En el artículo 481 incluye el concurso, y los tres preceptos siguientes están dedicados a las penas para diversos actos de colaboración con los rebeldes.

2. Delitos contra la Corona

Los delitos contra la Corona se recogen en el Capítulo II en los artículos 485 a 491 del CP, este capítulo ha resultado afectada su redacción conforme a la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/ 1995, de 23 de noviembre del CP. Se dedica a la Corona, un capítulo diferenciado del resto de las Instituciones del Estado a efectos de protección penal.

Debemos recordar que la Constitución en su Título II en los artículos 56 a 65, la regula como Institución constitucional.

El bien jurídico protegido es la figura del Rey o Reina o Príncipe o Princesa de Asturias, y su familia, y por ello aunque la particularidad que poseen estos delitos es el sujeto pasivo, su análisis ha de realizarse a través de sus equivalentes tipos comunes.

En el capítulo sobre los delitos contra la Corona, se regulan los delitos contra la vida (artículo 485), los delitos contra la integridad física o la salud (artículo 486), los delitos contra la libertad (artículo 487), la punibilidad de actos preparatorios de los delitos anteriormente descritos (artículo 488), las coacciones (artículo 489), los delitos contra la intimidad (allanamiento de morada, artículo 490,1), las amenazas (artículo 490,2), los delitos contra el honor (calumnias e injurias) distinguiendo los actos que se realizan contra los sujetos pasivos en el ejercicio de sus funciones (artículo 490,3), y los realizados, pero no en el ejercicio de sus funciones (artículo 491,1), y los delitos de utilización de la imagen (artículo 491,2).

3. Delitos contra las Instituciones del Estado

Se trata de proteger a las Cortes Generales que como promulga el artículo 66 de la Constitución representan al pueblo español.

La protección penal de los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes se ubica en el Capítulo III, dedicando la Sección Primera a “Los delitos contra las Instituciones del Estado” (artículos 492 a 505 del CP).

Se pretende proteger el prestigio y el funcionamiento normal de los órganos fundamentales del Estado, con los delitos cometidos contra las Instituciones de representación popular, regulando ataques a las Cortes Generales o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Los delitos que se recogen en esta Sección Primera, son los siguientes:

3.1. Delitos contra las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas

Entre las conductas delictivas se encuentran:

- El delito de impedir nombrar la Regencia a las Cortes Generales (artículo 492)
- La invasión de las sedes de órganos legislativos (artículo 493)
- Promover manifestaciones ante los órganos legislativos (artículo 494)
- Intentar penetrar en las sedes de órganos legislativos para presentar peticiones (art. 495)
- Las injurias graves a órganos legislativos (artículo 496)
- Perturbar el orden de las sesiones de órganos legislativos (artículo 497)
- Quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos por autoridad o funcionario público (artículo 499)
- Obstaculización a la investigación de Comisiones y órganos de investigación de las Cortes o Asambleas, y del Defensor del Pueblo y del Tribunal de Cuentas (artículo 502)

En todos ellos se recoge un fin común, que es la efectiva protección a la función de las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, como órganos representativos de voluntad popular.

3.2. Delitos contra los miembros de la Cortes Generales o Asambleas Legislativas

Gozando de protección las siguientes conductas delictivas:

- Impedir a un órgano legislativo asistir a sus reuniones (artículo 498)
- Detención ilegal de un miembro de los órganos legislativos (artículo 500)
- Inculpación o procesamiento de un miembro de los órganos legislativos (artículo 501)

En estos supuestos se intenta proteger a las Cortes Generales de la actuación ilegal de otros poderes públicos. El bien jurídico protegido es, la inviolabilidad de las Cortes Generales o Asambleas Legislativas y la inmunidad parlamentaria previstas en los artículos 66 y 71 respectivamente de la CE.

3.3. Delitos contra las Corporaciones Locales

Estos tipos penales tratan de otorgarles a la Corporaciones Locales, protección, y hacer frente a determinados comportamientos de ataque, como representantes democráticos que son, castigándose la perturbación grave en los plenos, y la causación de desórdenes (artículo 505).

4. Delitos contra la División de Poderes

La Sección 2ª del Capítulo III sobre “Los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes”, lleva por título “De la usurpación de atribuciones” (artículos 506 a 509 del CP).

En esta sección podemos encontrar las conductas delictivas que se reseñan a continuación:

- Arrogación de atribuciones legislativas (artículo 506)
- Injerencia en atribuciones legislativas (artículo 507)
- Injerencia en atribuciones judiciales (artículo 508)
- Conflicto de competencias (artículo 509).

Se trata de delitos dolosos y de los denominados delitos especiales, porque sólo pueden ser sujetos activos y por lo tanto cometidos por, autoridad o funcionario público, juez o magistrado y funcionario administrativo o militar. Se trata de ilícitos que atentan a la independencia de las diversas potestades del Estado y que por lo tanto protegen la efectiva división de poderes.

5. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas

En el Capítulo IV del Título XXI, se recogen los delitos relativos al ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en los artículos 510 a 526 del CP y comprende dos secciones, la primera ha resultado afectada su redacción conforme a la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/ 1995, de 23 de noviembre del CP, y trata de los **delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución** y comprende las siguientes figuras penales:

a) Racismo, como conducta de provocación a la discriminación, odio o violencia. Tras la reforma de la LO 1/2015, se ha tipificado de forma expresa la comisión de estos delitos por parte de personas jurídicas (artículo 510, 510 bis).

b) Discriminación en servicios públicos, sancionándose dos conductas, la denegación a personas y la denegación a entes jurídicos o sus miembros de prestaciones de un servicio público al que tengan derecho, debiéndose el motivo de la discriminación a alguno de los recogidos en el tipo penal (artículo 511).

c) Discriminación profesional o empresarial, se trata de una prestación a la que tenga derecho el sujeto pasivo, por lo que se extiende la protección penal al ámbito empresarial privado (artículo 512).

d) Reuniones y manifestaciones ilícitas, partimos de la base de que el artículo 21 de la CE, reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, sin autorización previa.

Se regulan dos modalidades delictivas de reuniones ilícitas, la primera las que se celebren con el fin de cometer algún delito, y la segunda cuando concurran las personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso (artículo 513).

En el artículo 514, se distingue la penalidad entre promotores, directores y asistentes y los que realizan actos de violencia.

e) Asociaciones ilícitas, es oportuno señalar que en el artículo 22 de la CE, reconoce la libertad de asociación e indica las asociaciones que son ilegales y prohíbe las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

Se recogen como punibles las asociaciones ilícitas con una determinada consideración. El bien jurídico que se protege es, el derecho de asociación como garantía constitucional y el orden público (artículo 515).

El artículo 517 establece la penalidad para las asociaciones. En el precepto 518, se refiere a los que cooperen económicamente o de otra forma en caso de favorecimiento de fundación, organización o actividad de asociaciones, graduándose la pena en atención a la contribución al hecho y a la función. Se castigan los actos preparatorios para cometer los delitos de asociación ilícita en el artículo 519, y en el artículo 521 prevé una agravación, si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público.

6. Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos

Los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, están recogidos en el Capítulo IV, del Título XXI, dedicado a “Los delitos relativos al ejercicio de los Derechos fundamentales y Libertades públicas”.

Es obligado reseñar que el artículo 16 de la CE garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto y reconoce que nadie será obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias y que ninguna confesión tendrá carácter estatal.

Las figuras delictivas que se establecen son las señaladas a continuación:

a) Proselitismo ilegal, el bien jurídico protegido es la libertad religiosa o sentimiento religioso. El sujeto activo puede ser cualquiera, pero el sujeto pasivo sólo pueden serlo los miembros de una confesión religiosa o sus ministros. La acción será el uso de determinados medios para impedir la práctica de actos de creencias religiosas que se profesen, o el hecho de asistir a dichos actos (artículo 522).

b) Perturbación de actos religiosos, mediante las tres modalidades de actuación que regula el tipo penal del artículo 523: impedir, interrumpir o perturbar, con independencia de que los actos lleguen a celebrarse.

En la comisión delictiva analizada, se protege la libertad de culto.

c) Actos de profanación o escarnio, las conductas penadas consisten en profanar, que se puede entender cómo tratar un objeto religioso sin el debido respeto y el escarnio como la burla tenaz que se realiza con propósito de afrentar (artículos 524 y 525).

La finalidad de las conductas consiste, en ofender los sentimientos religiosos.

d) Violación de sepulturas y profanación de cadáveres, se hace referencia a varias conductas típicas y diferenciadas y varios objetos materiales.

Las conductas se pueden dividir en tres variantes, dos de ellas íntimamente ligadas: la violación de sepulturas o sepulcros y profanación de cadáveres o sus cenizas, realizadas ambas conductas faltando el respeto debido a la memoria de los muertos, y la tercera variante consistente en la destrucción, alteración o daños de otros objetos funerarios (artículo 526).

Tiene que acreditarse una voluntad de ofender la memoria y el respeto que se les debe a la memoria de los muertos, por lo que si no concurre tal propósito, no se dará el delito.

7. Delitos contra las garantías constitucionales

En el Título XXI de la CE su Capítulo V, trata de “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales” comprendiendo tres secciones que tienen en común que, el sujeto activo es autoridad o funcionario público y que todas las conductas atentan contra

garantías constitucionales. La esencia de estos delitos consiste en la lesión de los derechos de la persona, por parte de las autoridades y funcionarios que actúan en representación del poder estatal.

Pasamos a exponer los delitos que vienen recogidos en las tres secciones.

7.1. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual

Estos delitos castigan los excesos de los funcionarios o autoridades que afectan a la libertad individual de los ciudadanos, y que integran la primera de las tres secciones del capítulo V, y sus conductas son:

a) La entrega de causa criminal o de detenido reclamado ilegalmente, esta conducta tiene su acogida en la Constitución en el artículo 17, que indica que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, que nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma prevista en la ley. Asimismo en el artículo 9,3 que garantiza la seguridad jurídica, una de cuyas manifestaciones se encuentra en el artículo 24,1, al reconocer a todos el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (artículo 529).

b) Privación ilegítima de libertad, castiga la detención irregular al acordar, practicar o prolongar la privación de libertad. El tipo penal protege la libertad de movimiento, que toda persona posee, y a su vez el orden constitucional. La ilicitud está determinada por el hecho de incumplirse las garantías institucionales de carácter constitucional y legal (artículo 530).

c) Contra la libertad de comunicación de los privados de libertad, se castiga a la autoridad o funcionario que decretare, practicare o prolongare la incomunicación (artículo 531). Al igual que la conducta anterior, es un delito especial propio, al poder ser su autor únicamente la persona que posee la cualidad indicada en el tipo penal. Desde luego hay que indicar que, en el artículo 509 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se autoriza la incomunicación de detenidos y presos en determinadas situaciones.

d) Por imprudencia grave, se castiga los delitos descritos pero en su vertiente imprudente, pero además la imprudencia debe ser grave (artículo 532).

e) Contra los derechos penitenciarios, la conducta sancionada debe de consistir en imponer sanciones o privaciones indebidas o usar un rigor innecesario. La acción tiene que ser cometida por un funcionario de prisiones o de centros de protección o corrección de menores (artículo 533).

7.2. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad

Los delitos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad integran la Sección 2ª del Capítulo V. Se trata de conductas que constituyen excesos en la actuación de funcionarios públicos, y que son:

a) Contra la inviolabilidad de domicilio, es un delito especial impropio, ya que sólo puede ser sujeto activo la autoridad o funcionario público. Se hace referencia a la entrada de domicilio y registro de papeles, documentos o efectos (artículo 534).

b) Contra la inviolabilidad de las comunicaciones, no se puede olvidar que la Constitución en su artículo 18.3 garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Se trata de actuaciones de funcionarios públicos que cometen violación de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones (artículos 535 y 536).

7.3. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales

Son figuras delictivas que lesionan, las garantías que la CE otorga al ciudadano, cometidas por funcionarios públicos. La esencia de estos delitos consiste en la lesión de estos derechos de la persona, por parte de autoridades y funcionarios cuando actúan en representación del poder del Estado, excediéndose de las facultades que le han sido conferidas, penándose el abuso de dichas facultades.

Los delitos contra otros derechos individuales, se encuentran recogidos en la Sección 3ª del Capítulo V, que dada la variedad de los tipos penales recogidos, en general, tratan de impedir el ejercicio de cualquier derecho cívico, y que tienen en común las características de sus sujetos activos y el hecho de proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos frente a aquéllos; y constituyen las siguientes modalidades delictivas:

a) Vulneración de los derechos del detenido, se castiga la violación de la asistencia letrada y el sujeto pasivo de la acción al que se hace referencia en esta figura delictiva, tiene que coincidir con la persona del detenido o preso (artículo 537).

b) Contra la libertad de información, esta conducta se encuentra ligada con el artículo 20 de la CE, que reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de información, que no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

Las conductas reguladas se refieren a una censura previa en la información, y siempre realizadas fuera de los casos permitidos por la Constitución y las leyes (artículo 538).

c) Contra los derechos de asociación y reunión, derechos que están reconocidos en el texto constitucional en los artículos 22 y 21 respectivamente. La protección penal de los derechos constitucionales de asociación y reunión la encontramos en el artículo 539, castigando la disolución o suspensión de actividades de asociación legal, y en el artículo 540 la prohibición o disolución de reunión pacífica.

d) Contra el derecho de propiedad, al igual que en las conductas anteriores el derecho en este caso a la propiedad lo regula la CE en el artículo 33, reconociendo el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

Nuestro CP en su artículo 541 sanciona la expropiación ilegal, si bien sólo constituyendo delito de expropiación, la realizada al margen de todo procedimiento.

e) Contra el ejercicio de otros derechos cívicos, realmente estamos ante un tipo penal residual ya que ampara los ataques contra los derechos fundamentales que carezcan de protección penal expresa, es decir, en general se refiere a impedir el ejercicio de cualquier derecho cívico, que no tenga una norma penal más específica para su aplicación (artículo 542).

8. De los ultrajes a España

El Título XXI relativo a los “Delitos contra la Constitución” del libro II del CP, concluye con el Capítulo VI que recoge “De los Ultrajes a España”.

Se recoge un sólo artículo el 543 castigándose las ofensas o ultrajes a España, a sus Comunidades Autónomas, sus símbolos o emblemas, constituyendo estos el objeto de protección. Debe

existir publicidad, pues de lo contrario no existe el delito. Debe haber un ánimo de ofender o ánimo de injuriar, ya que es elemento subjetivo del injusto.

Puedo concluir, reconociendo que la tutela de los valores de la convivencia social y la adaptación positiva del CP a los principios constitucionales, justifica plenamente los tipos penales descritos. Asimismo, los delitos contra la Constitución tampoco han perdido en la actualidad su razón de ser, como garantes del obligado respeto a los bienes jurídicos que se protegen.

Ministerio Fiscal y defensa de la legalidad constitucional. Intervención en las cuestiones de inconstitucionalidad

JESÚS JOSÉ TIRADO ESTRADA

Teniente Fiscal ante el Tribunal Constitucional

SUMARIO

I. La misión primaria de defensa de la legalidad constitucional. II. Las cuestiones de inconstitucionalidad. Naturaleza, fases, requisitos y trámites esenciales. III. Intervención del Fiscal. Claves funcionales y operativas en la pieza preliminar y en el proceso constitucional (doctrina de la FGE y observaciones complementarias). 1. El Fiscal en la fase judicial. 2 El Fiscal ante el Tribunal Constitucional. IV. Epílogo: la opción por el Ministerio Fiscal en los recursos de inconstitucionalidad.

RESUMEN

La Constitución asigna en exclusiva al Ministerio Fiscal, como misión primaria, la defensa de la legalidad y ello implica el prístino cometido de asegurar la indemnidad de la legalidad constitucional. Las cuestiones de inconstitucionalidad constituyen un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico que tienen por objetivo garantizar la primacía de la Constitución y enjuiciar la conformidad o no con ella de las normas con rango de Ley. El presente trabajo tiene por objeto exponer y analizar tanto el sentido como las claves prácticas, operativas y funcionales de la intervención del Ministerio Fiscal en estos procesos, distinguiendo la actuación a llevar a cabo en la pieza preliminar judicial y en el proceso constitucional subsiguiente. Finalmente, en su epílogo se formula una propuesta de extensión a los recursos de inconstitucionalidad.

Palabras clave: legalidad constitucional, cuestiones de inconstitucionalidad, misiones del Ministerio Fiscal, intervención del Fiscal, Circulares de la FGE.

I. LA MISIÓN PRIMARIA DE DEFENSA DE LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL

Toda aproximación a la intervención del Ministerio Fiscal en cualquier procedimiento y orden jurisdiccional tiene raíz en las misiones que le otorga la Constitución, cuyo cuadragésimo aniversario motiva el presente artículo en merecido homenaje a la Norma Suprema que ha venido garantizando, con solidez y eficacia, el Estado de Derecho que disfruta la sociedad española desde hace ya cuatro décadas.

El art. 124 CE establece -entre ellas y en primer lugar- la de promover la acción de la justicia “*en defensa de la legalidad*”, junto a la de “los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”, así como las de “velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos

la satisfacción del interés social”. Adicionalmente dicho precepto constitucional se preocupa de explicitar que sus funciones se ejercen “*con sujeción en todo caso a los de legalidad e imparcialidad*”.

Con fundamento en la perspectiva constitucional, puede por ello decirse que, al margen del sometimiento a la legalidad que el art. 9.1 CE impone a los ciudadanos y a todos los poderes públicos, la legalidad constituye *objetivo, medio y fin* para el Ministerio Público, un *aliud* y un *plus* finalístico determinante de su acción, en mi opinión, en la medida en que se trata de *defender la legalidad desde, dentro y de acuerdo con la legalidad*.

La legalidad, por tanto, no es un límite sino una misión primaria que la Constitución asigna en exclusiva al Ministerio Fiscal y erige asimismo en principio rector de su actuación. De este modo, la salvaguarda de la Constitución y las leyes que integran el ordenamiento jurídico y la intervención con sujeción a éstas se constituye en elemento nuclear definitorio del contenido, alcance y despliegue de sus funciones. Es éste un cometido marcadamente característico y propio del Ministerio Fiscal español que, en unión de la tutela activa de los derechos de los ciudadanos, le distingue sin parangón respecto de la práctica totalidad de modelos de Ministerio Público existentes en derecho comparado.

Justamente estas misiones, la defensa de los derechos de los ciudadanos y de la legalidad constitucional -que obviamente conlleva la salvaguarda de la primacía de la Constitución frente a cualquier ley que la contradiga- es la razón de ser tanto de la intervención del Fiscal en los procesos constitucionales relativos a los recursos de amparo y las cuestiones de inconstitucionalidad, como de la previsión orgánica de una Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, lo que no se produce por regla general en el resto del mundo.

Siendo los recursos de amparo objeto de otro trabajo, centraremos el presente en la defensa de la legalidad constitucional que realiza el Ministerio Fiscal a través de todos sus órganos centrales y territoriales, partiendo del papel que le otorga la LOTC, que, autorizada por la ausencia de toda mención al Ministerio Público en el art. 162.1 a) CE y con la habilitación proporcionada por los arts. 162.2, 163 y 165 del texto constitucional, circunscribe la acción del Ministerio Fiscal al exclusivo ámbito de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por Jueces y Tribunales que son objeto de regulación en el Capítulo III del Título II de la LOTC.

II. LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. NATURALEZA, FASES, REQUISITOS Y TRÁMITES ESENCIALES

La previsión constitucional contenida en el art. 163 CE¹, que tiene su antecedente histórico más inmediato en la Constitución de 1931² y su mayor inspiración en los ejemplos de Derecho Comparado de Alemania e Italia, es desarrollada en los arts. 35 a 37 LOTC. A estos preceptos que regulan de modo específico el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad mediante la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad suscitada por un Juez o Tribunal, se suma el art.

¹ “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

² Art. 100 Constitución de 1931: “Cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales”, precepto éste inspirado en la regulación austríaca de entonces y con antecedentes a su vez en el art. 77 del Proyecto de Constitución de la Primera República de 1873 y en el art. 103.4° del Anteproyecto de Constitución de 1929.

5 LOPJ que, tras proclamar el valor como norma suprema de la Constitución y su carácter vinculante para todos los Jueces y Tribunales junto con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, señala que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad procederá cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

Siguiendo la pauta de derecho comparado, a través de esta vía indirecta se articula el examen de constitucionalidad con participación de los órganos judiciales en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada. En nuestro modelo, los Jueces y Tribunales, pueden examinar naturalmente la constitucionalidad de las normas legales postconstitucionales³ que han de aplicar, pero no pueden dejar de aplicarlas sin más, de modo que deben elevar sus dudas al Tribunal Constitucional cuando abriguen dudas al respecto o incluso si están convencidos de la contradicción con preceptos constitucionales, puesto que si así no lo hacen y proceden a su inaplicación, incurrirían en un flagrante “exceso de jurisdicción”.

Tanto la Constitución como la LOTC configuran las cuestiones de inconstitucionalidad como un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico articulado como instrumento de colaboración entre los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional que tiene como fin el escrutinio de la constitucionalidad de las leyes y más específicamente “evitar que la aplicación judicial de una norma con rango de Ley produzca resoluciones judiciales contrarias a la Constitución por serlo la norma aplicada” (STC 127/1987, de 16 de julio, FJ 1). Se trata de una herramienta puesta a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución. Por esta vía indirecta, frente al control abstracto puro propio del recurso directo de constitucionalidad, se ejerce un control concreto⁴ de constitucionalidad sobre una norma con rango de ley aplicable y relevante para resolver el caso sometido a enjuiciamiento (STC 31/2000, de 3 de febrero, FJ 2), bajo el objetivo compartido de asegurar que la actividad del legislador se mantiene dentro de los límites de la Constitución.

El presupuesto forzoso de este proceso constitucional es la previa existencia de un proceso judicial en la jurisdicción ordinaria, en cuyo seno se suscita la cuestión configurándose ésta como una “vía de prejudicialidad constitucional”⁵, en la medida en que sobre el órgano judicial pesa la obligación de suspender la resolución del asunto en tanto el Tribunal Constitucional examina y decide sobre las dudas de constitucionalidad levantadas.

En su desarrollo, el procedimiento presenta dos fases diferenciadas: una preliminar que tiene lugar en el seno del proceso judicial y otra que se desenvuelve ante el Tribunal Constitucional.

³ Como es sabido, los órganos judiciales sí pueden inaplicar directamente las leyes anteriores a la Constitución en virtud de la disposición derogatoria 3ª de la Carta Magna (“quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”), aunque también pueden optar por plantear la cuestión y entonces el TC habrá de conocer de ella (vid. SSTC n° 4/1981, de 2 de febrero, 10/1983, de 21 de febrero, 83/1984, de 24 de julio y 224/2006, de 6 de julio).

⁴ Sobre todo en la fase preliminar (judicial) al procedimiento constitucional y en el trámite de admisión en el proceso constitucional, puesto que en la Sentencia de fondo puede presentar ciertas notas de control concreto impropio o híbrido en la medida en que el Tribunal Constitucional no se sienta sometido a las circunstancias concretas del caso (STC 238/1992 FJ 1 b). Vid. Villaverde Menéndez, I. Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18 (enero-abril, 2003).

⁵ Éste es el término empleado para referirse a la Cuestión de Inconstitucionalidad en el ATC 69/1983 FJ 1, y de ahí que la doctrina mayoritaria se refiera a su naturaleza de “cuestión incidental”, como hacen diversos autores y entre ellos, González Rivas, J.J., *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 92. La expresión “prejudicialidad constitucional” es empleada en numerosas resoluciones posteriores (por todas, AATC 167/1983; 493/1986; y 163/1999).

La **fase judicial** -que se dilucida en un proceso ordinario ante un órgano judicial unipersonal o colegiado de cualquier orden jurisdiccional- se ha de iniciar conforme al art. 35 LOTC. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, ha de plantear la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a los siguientes requisitos:

1º) El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese.

2º) Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal -aunque no sea parte en el proceso judicial en que se suscita- para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta.

3º) Deberá concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

Conforme al art. 27.2 LOTC (norma aplicable también en los recursos directos) pueden ser objeto de este control y de declaración de inconstitucionalidad:

- a) Los Estatutos de autonomía y las demás leyes orgánicas.
- b) Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley.
- c) Los tratados internacionales.
- d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
- e) Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.
- f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

En el caso de los Decretos Legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el art. 82.6 CE y la doctrina constitucional ha establecido el criterio de que el control de los excesos de la delegación legislativa es una tarea a compartir por las jurisdicciones constitucional y ordinaria (por todas STC 47/1984).

Pese a su rango reglamentario conviene reseñar la asimilación que se ha positivado en la LOTC al respecto de las Normas Forales tributarias vascas⁶.

Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades autónomas, el Tribunal debe considerar,

⁶ Hay que tener en cuenta que por LO 1/2010 se introdujo en la LOTC la Disposición Adicional Quinta, conforme a la cual (apartado 1º) corresponde al Tribunal Constitucional resolver también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco. Ello, naturalmente, cuando de tal validez dependa el fallo del litigio principal, debiendo ajustarse el parámetro para ello a lo dispuesto en el artículo 28 LOTC. Dicho apartado también atribuye al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra tales Normas. El apartado 2º prevé que la interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de los recursos y cuestiones referidos en el apartado anterior, se regirá por lo dispuesto en el Título II de la LOTC para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente.

además de los preceptos constitucionales, el llamado bloque de constitucionalidad integrado por las leyes de desarrollo de derechos fundamentales y las dictadas, dentro del marco constitucional, para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas. Asimismo se pueden declarar inconstitucionales por infracción del art. 81 CE los preceptos de un decreto-Ley, decreto legislativo, Ley que no hayan sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que regulen materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido

4º) Transcurrido el trámite de audiencia, seguidamente y sin más, el juez ha de resolver en el plazo de tres días mediante auto, acordando o no el planteamiento según su criterio sin sujeción a lo alegado por las partes⁷. Dicho auto no es susceptible de recurso. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

5º) El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad origina la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta, el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

6º) El órgano judicial ha de elevar al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones de las partes y el Ministerio Fiscal, si las hubiere.

La *fase constitucional* se desarrolla ante el Tribunal Constitucional una vez recibidas las actuaciones, esto es, tras la entrada en su Registro General de la cuestión con los testimonios reseñados. Asignado número entre los procedimientos de su clase, se pueden producir dos situaciones: la apertura de un trámite de inadmisión (art. 37.1, inciso in fine LOTC) o la admisión a trámite y sustanciación (art. 37. 2 y 3 LOTC).

En caso de apertura del trámite del art. 37.1 LOTC, el Tribunal Constitucional puede rechazar, en trámite de admisión, mediante auto motivado y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando falten las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada.

Si, tras dicho trámite o inicialmente, el Tribunal Constitucional opta por la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad, la tramitación se desarrolla conforme a los apartados 2 y 3 del art. 37 LOTC. La admisión a trámite ha de ser publicada en el BOE y quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días. Asimismo, el Tribunal Constitucional debe dar traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma. Todos éstos podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en plazo común improrrogable de quince días. Concluido éste, se ha de dictar sentencia (en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días), en la que podrá ser acordada la inadmisión, la estimación o la desestimación de la cuestión.

⁷ Por tanto, podrá acordar el planteamiento aunque todas las partes y el Ministerio Fiscal lo rechacen o descartarlo aunque todas las partes y el Ministerio Fiscal lo consideren procedente.

La sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad -al igual que en el caso de los recursos directos- tienen valor de cosa juzgada, vinculan a todos los Poderes Públicos y producen efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE. El Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso, que será quien notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal queda vinculado desde que tenga conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. Por demás es importante reseñar que el Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso. En cuanto a su proyección a otros procesos, las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.

Finalmente debemos recordar la posibilidad de que el Pleno, una Sala y hasta una Sección del Tribunal Constitucional suscite una cuestión interna de inconstitucionalidad cuando en el curso de un recurso de amparo entienda que ha de ser estimado porque es la norma legal aplicada la que lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, supuesto en que -ex art. 55.2 LOTC- se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los arts. 35 y siguientes LOTC.

III. INTERVENCIÓN DEL FISCAL. CLAVES FUNCIONALES Y OPERATIVAS EN LA PIEZA PRELIMINAR Y EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL (DOCTRINA DE LA FGE Y OBSERVACIONES COMPLEMENTARIAS)

En correspondencia con la trascendencia de la misión de defensa de la legalidad que la Constitución le asigna, la LOTC atribuye al Ministerio Fiscal una relevante intervención tanto en la fase judicial como en la fase constitucional de las cuestiones de inconstitucionalidad. En ambas, el Fiscal ha de ser oído y formular alegaciones aunque no haya sido parte en el procedimiento judicial en el que se suscita.

Desde antes del inicio mismo de la actividad del Tribunal Constitucional, la Fiscalía General del Estado, a través de la *Circular núm. 3/1980, de 23 de junio, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los recursos atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional*, se ocupó de establecer una serie de pautas de actuación generando una inicial doctrina que fue posteriormente completada por la *Circular 1/1986, de 14 de febrero, sobre la actuación del Ministerio Fiscal en el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad*; la *Circular 2/1999, de 30 de diciembre, sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones de inconstitucionalidad en sede judicial (art. 35.2 LOTC)*; y, ya en el presente siglo, por la *Instrucción 2/2012, de 27 de junio, sobre criterios a seguir en la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad*. Esta Instrucción ha mantenido la vigencia y utilidad de las anteriores

Circulares y muy especialmente de las pautas de la núm. 2/1999, pero, a la vista de la experiencia acumulada en la observación de las resoluciones judiciales y constitucionales dictadas y los dictámenes emitidos, (i) subrayó la necesidad de no omitir bajo ningún concepto el dictamen y motivarlo con el máximo rigor técnico-jurídico; (ii) obligó a la designación en cada Fiscalía de Fiscales encargados de su despacho bajo la directa supervisión del Fiscal Jefe; (iii) efectuó un recordatorio de la doctrina previa de las Circulares citadas; (iv) añadió algunas modulaciones y matizaciones a la misma; y, finalmente, (v) la actualizó en función de las novedades introducidas en la LOTC por la LO 6/2007.

Todas estas producciones de la Fiscalía General se ocupan preferentemente de la intervención del Fiscal en la fase judicial y van dirigidas a establecer una serie de criterios de verificación tanto formal como material a aplicar en el desarrollo de la función de control de la legalidad constitucional, buscando la máxima diligencia y rigor técnico jurídico con objeto de asegurar la unidad de criterio, la coordinación y la excelencia en la cumplimentación del trámite de alegaciones previsto en el art. 35 LOTC.

A nivel estructural, con el propósito de optimizar su actuación en las cuestiones de inconstitucionalidad, el Ministerio Fiscal asigna a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional no sólo el despacho especializado de las autocuestiones y las cuestiones una vez se eleven al máximo intérprete de la Norma Suprema, sino también ha atribuido a dicha Fiscalía prerrogativas de coordinación e impartición de instrucciones a los Fiscales que actúan ante la jurisdicción ordinaria, cuya especialización y perfeccionamiento se ha propiciado mediante la designación en cada Fiscalía de Fiscales encargados de su despacho en la fase judicial bajo la directa supervisión del Fiscal Jefe.

Del contenido de la doctrina de la FGE reseñada pueden extraerse una serie de claves funcionales y operativas sobre la actuación a seguir por el Fiscal que se enfrente a este procedimiento. Para ordenar su exposición y comentario, distinguiremos la intervención del Fiscal en cada una de las fases que tiene el procedimiento.

1. El fiscal en la fase judicial

Tres son las situaciones básicas con que puede enfrentarse un Fiscal en la jurisdicción ordinaria: 1) la de instar, por propia intención, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; 2) la de ser oído y formular alegaciones en el trámite del art. 35.2 LOTC; y 3) la de actuar tras el auto de planteamiento efectivo. Refirámonos ahora a las pautas de acción en cada una de ellas.

1) Iniciativa fiscal en la promoción

Suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, único legitimado para plantear o no las dudas de constitucionalidad (por todas, STC 22/2018, de 5 de marzo, FJ 5), pero su promoción puede hacerse “de oficio o a instancia de parte” (art. 35.1 LOTC).

Desde luego, siendo misión del Ministerio Fiscal asegurar la primacía de la Constitución, el Fiscal puede y hasta debe interesar que se suscite una cuestión de constitucionalidad cuando en el desarrollo de sus funciones se encuentre con una norma con rango de ley que, siendo aplicable y relevante para la resolución del asunto, contraría uno o varios preceptos constitucionales. Sin embargo, un Fiscal no puede decidirlo en cualquier supuesto y según su libre criterio. Dos son los requisitos para ello: (i) esta iniciativa sólo podrá tener lugar en los procesos penales, civiles, contencioso-administrativos y laborales en que esté interviniendo en virtud de habilitación legal para ello

por aplicación de las normas procesales respectivas o del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; y (ii) es indispensable en todo caso recabar la conformidad de la Fiscalía General mediante un informe que incluya los antecedentes, razonamientos y consecuencias de la aplicación o no aplicación de la norma cuestionada, junto con los documentos que avalen el informe⁸.

2) Informe en el trámite del art. 35.2 LOTC

En el supuesto de que, a instancia de una parte o de oficio, un Juez o Tribunal considere, en algún proceso de cualquier orden jurisdiccional, que una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, la primera acción que ha de llevar a cabo es oír a la partes y al Ministerio Fiscal -sea o no sea parte en el proceso- por un plazo común e improrrogable de diez días para que puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión.

2.1. *Actuaciones preliminares*

En la práctica, normalmente, la apertura del trámite se produce por Providencia al efecto, aunque en algunas ocasiones se emplea la forma de Auto. Una vez debidamente notificada, la actuación del Fiscal debe ser, conforme se desprende complementariamente de la Circular 2/1999 y la Instrucción 2/2012, dar inmediata cuenta al Fiscal Jefe respectivo para su cabal conocimiento (art. 25 EOMF) con objeto de que supervise la correcta tramitación del incidente y se ponga en contacto con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional para su constancia y conocimiento, así como para recabar y recibir la colaboración que resulte precisa, e incluso, en su caso, orientaciones e instrucciones sobre el contenido del informe. A dicha Fiscalía central especializada debe remitirse con urgencia la documentación del incidente (resolución de promoción en todo caso, eventuales recursos interpuestos por el Fiscal y las partes, antecedentes del asunto, etc...) para posibilitar que en su seno se consulten y analicen si existen antecedentes idénticos o similares (básicamente si hay cuestiones o recursos de inconstitucionalidad con el mismo objeto y por los mismos motivos) y si ha sido dictada resolución al respecto por el Tribunal Constitucional que oriente o determine el dictamen a emitir o, al menos, informes ya formulados que hayan fijado la posición del Ministerio Fiscal. El objetivo es claro: asegurar la unidad de actuación y criterio. De ahí el carácter preceptivo de la comunicación y consulta previa a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional⁹.

Lógicamente, con carácter previo a la emisión del informe, el Fiscal actuante ha de instruirse suficientemente y proceder a un *estudio previo*. A su ilustración habrá llegado de forma distinta según sea o no sujeto procesal interviniente en el proceso judicial en que se abre el trámite: si no lo ha sido, habrá de reclamar las actuaciones o bien acudir a la sede del órgano judicial donde se encuentre para su examen; si sí lo ha sido, tendrá que consolidar su conocimiento previo.

⁸ Requisito también necesario -como veremos- para ampliar el objeto de la cuestión en un incidente en trámite. En ambos casos, de iniciativa o de ampliación del objeto a instancia del Fiscal, ello halla su sentido en que la LOTC reserva el dictamen de fondo, que entre de lleno en la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto o precepto cuestionados, al Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 37 LOTC.

⁹ Siempre habrá de producirse al abrirse el art. 35 LOTC, incluso aunque antes se hubiera promovido una cuestión idéntica que hubiese motivado ya una consulta a la Fiscalía central.

2.2. Examen de presupuestos y requisitos de los arts. 163 CE y 35 LOTC

La debida apertura y cabal desarrollo del trámite del art. 35.2 LOTC han de ser supervisados con especial rigor puesto que su correcta cumplimentación es esencial para satisfacer de forma adecuada la doble función que le asigna la doctrina constitucional de posibilitar la audiencia de los interesados y el Fiscal, y de poner a disposición del órgano judicial un medio de conocimiento de la opinión de éstos con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura del proceso constitucional mediante el efectivo planteamiento de la cuestión¹⁰.

El primer paso técnico que ha de realizar el Fiscal ante la jurisdicción ordinaria es verificar que la apertura del trámite se realiza en la forma y según los presupuestos y requisitos que establecen tanto la Constitución (art. 163) como la LOTC (art. 35).

La Circular 2/1999 señala que el Fiscal, en el estudio previo a la emisión de su dictamen, ha de tener en consideración los siguientes cinco extremos¹¹:

1º. La determinación de que el momento procesal en que se pretende suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es el procedente.

2º. El cumplimiento por la Providencia de apertura del trámite de audiencia de los requisitos legales de identificación de la ley o normas a cuestionar, normas constitucionales con las que se confrontan, y la concesión de audiencia por plazo de diez días comunes al Fiscal y a las partes, para que se presenten las alegaciones por escrito.

3º. El “juicio de aplicabilidad”, es decir, que la norma que se trata de cuestionar es efectivamente aplicable para la resolución del proceso judicial o del incidente en que se suscita.

4º. El “juicio de relevancia”, esto es, que de la constitucionalidad o no de la norma cuestionada dependa el sentido del fallo ya que si éste no se viese afectado por la declaración de inconstitucionalidad, no puede técnicamente suscitarse la cuestión.

5º. Las razones que, una vez comprobado que se cumplen los requisitos anteriores, determinan la necesidad o no de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. En definitiva, la imposibilidad de llegar a una interpretación de la norma conforme a la Constitución, y la apariencia de contradicción entre aquélla y las correspondientes normas constitucionales. Pero todo ello sin entrar de lleno en el fondo: la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma sobre la que se albergan las dudas¹². Ésta última regla ha sido sin embargo matizada por la Instrucción FGE 2/2012, que admite en esta fase la posibilidad de emitir un dictamen sobre el fondo, pero únicamente -como excepción- en seguimiento de las instrucciones que imparta la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional si ya hay criterio claro fijado con anterioridad.

¹⁰ Por todas, STC 166/1986, de 19 de diciembre y AATC 136/1995, de 9 de mayo, y 102/2003, de 25 de marzo. Aunque tras la reforma operada en el art. 37.2 LOTC por LO 6/2007 se asegura la contradicción mediante las posibilidades de personación y formulación de alegaciones ante el Tribunal Constitucional por las partes en el proceso a quo, ello se produce únicamente en caso de admisión de la cuestión y no en el trámite de inadmisión que puede abrirse conforme al art. 37.1 LOTC, en que sólo se oye al Fiscal General del Estado.

¹¹ Añade la Circular “Por el orden que se indica, sin perjuicio de que sólo se plasmen en aquél los que determinen una oposición del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, o resulten de una entidad que exija su reflejo en dicho dictamen, incluso aunque éste se traduzca en un informe favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad”. No obstante, resulta recomendable que el Fiscal ya en esta fase emita pronunciamientos concretos sobre todos ellos.

¹² Como afirma la Circular FGE 2/1999, dicho dictamen “está reservado, por imperativo legal, al Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el art. 37.2 LOTC.”

2.3. Claves funcionales y operativas

Como se desprende de las anteriores indicaciones, en esta pieza preliminar del proceso constitucional existe una preferente preocupación institucional por poner el foco en los presupuestos y requisitos procesales, lo que tiene razón de ser en evitar el indeseable efecto de una inadmisión por defectos de tal naturaleza, ya que “la función del Fiscal en la fase judicial cumple ciertos fines que no pueden ser suplidos por el escrito de alegaciones del Fiscal ante el Tribunal Constitucional (AATC 136/1995, 42/1998)”.

No obstante, cabe hacer algunas observaciones complementarias tanto sobre estos extremos como sobre otros aspectos procesales que deben ser objeto de una atención preferente por parte del Fiscal en este trámite para asegurar un correcto planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

La doctrina constitucional tiene declarado que la importancia de la audiencia del art. 35.2 LOTC no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde (por todas, STC 224/2006, de 6 de julio, FJ 4).

Las carencias en la observación de las disposiciones del art. 35.2 LOTC en la providencia que concede el trámite de audiencia constituyen omisiones de suficiente entidad como para determinar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, STC 224/2006, de 6 de julio, FEJJ 4 y 5; y AATC 308 a 311/2004, de 20 de julio; y 188/2006, de 6 de junio). Y conforme a la doctrina de la Fiscalía General, *si se detectan incumplimientos* de calado, la actuación del Fiscal no puede limitarse meramente -como en ocasiones se hace indebidamente- a poner en conocimiento del órgano judicial los déficits advertidos para su subsanación (puesto que no resulta infrecuente que el órgano judicial no atienda tal solicitud y se reafirme en su decisión o la entienda firme), sino que ha de oponerse a la misma mediante la *interposición de los recursos procedentes* que, aunque no estén expresamente previstos, ha de entenderse son los de *reposición, reforma o súplica, según el orden jurisdiccional y el tipo de órgano judicial actuante*.

En la praxis, la casuística ofrece numerosas situaciones de *malas prácticas* frente a las que el Fiscal debe reaccionar con rigor y precisión técnico jurídica.

Hay supuestos en los que se abre el trámite con *omisión de audiencia a una de las partes*¹³ o *al propio Ministerio Fiscal*, que ha de ser oído en todo caso -pese a lo que éste tiene conocimiento extraprocesal-, lo que imposibilita la satisfacción de la doble función de la audiencia. En tales situaciones, el Fiscal deberá instar que se le dé inmediato traslado de la Providencia de apertura de la cuestión al sujeto preterido, para evacuar el trámite salvo que ya se haya dictado el auto planteando la cuestión, puesto que éste no es recurrible.

¹³ Hay que tener en cuenta que en puridad no es necesario que se ostente formalmente la condición de parte personada, especialmente en el proceso penal, donde basta ser sujeto investigado. Vid. ATC 112/2017, de 18 de julio, en que se señaló que “la consideración de parte, a efectos del traslado previsto en el artículo 35.2 LOTC, trasciende de la eventual comparecencia y personación del interesado en el momento procesal en que se resuelve plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pues...el interés jurídicamente protegido que se anuda al trámite de audiencia regulado en el artículo 35.2 LOTC, es decir la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, es distinto del perseguido en el proceso subyacente”, siendo lo relevante el “interés legítimo que ostenta ..., de cara a ser oído en relación con el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad” (AATC 137/2015 y 138/2015). Vid. también el ATC 220/2012.

A veces el plazo para alegaciones se otorga por un periodo inferior o superior al legal de los diez días, o bien se prorroga o concede de modo sucesivo¹⁴. En tal caso, la actuación del Fiscal ha de ir dirigida a acomodar este extremo a los estrictos términos legales.

En otras ocasiones una parte duda directamente de la constitucionalidad de una norma y el órgano judicial acuerda una *inmediata audiencia del Fiscal* sobre la *argumentación que fundamenta la petición y dudas de la parte sin seguir el trámite legal*. No es extraño que ello suceda incluso en el curso de una vista, como cuestión previa o en el juicio oral. Frente a este tipo de situaciones hay que subrayar que las dudas sobre las que ha de pronunciarse el Fiscal han de ser las del Juez o Tribunal, no las de la parte-, y que, como indica la Instrucción FGE 2/2012, debe interesarse que el procedimiento incidental se tramite por escrito e instar que el Juez asuma sus propias competencias, de modo que -si comparte las dudas de la parte- las asuma como propias en todo o en parte y abra debidamente el trámite del art. 35.2 LOTC. Resulta particularmente improcedente que el Fiscal se pronuncie provisionalmente sobre un planteamiento no promovido por el órgano jurisdiccional. Únicamente es admisible, si una parte sugiere que se suscite una cuestión de inconstitucionalidad, que el Fiscal limite su dictamen, previa consulta a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, a oponerse o no a la apertura misma del trámite del art. 35.2 LOTC sin pronunciarse sobre el fondo (si acaso sí sobre la oportunidad del momento y la necesidad de dar estricto cumplimiento a los requisitos de dicho precepto).

La *legitimación* para el planteamiento de la cuestión es otro aspecto que debe verificar el Fiscal. Corresponde en exclusiva a todo Juez o Tribunal de cualquier orden, pero siempre que ejerza potestad jurisdiccional en sentido estricto¹⁵. Se trata de una “prerrogativa exclusiva e irrevisable atribuida por el art. 163 CE a los órganos judiciales, que pueden no plantearla si estiman constitucional y, por lo tanto, aplicable la ley cuestionada” (por todas, SSTC 15/2004, de 23 de febrero, FJ 3; y 173/2002, de 9 de octubre, FJ 5). Además, como recuerda la STC 151/2012, de 5 de julio (FJ 2), es condición imprescindible para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad la previa existencia de un ‘proceso’, en cuyo seno la cuestión se configura como la vía prejudicial constitucional. La interpretación sobre este término ha sido, sin embargo, flexible (vid. ATC 508/2005, de 13 de diciembre, FJ 3).

El requisito procesal del art. 163 CE de que la cuestión de inconstitucionalidad ha de plantearse “en algún proceso” y la distinción ex art. 117.3 y 4 CE de las funciones cuyo ejercicio corresponde y puede corresponder a los órganos judiciales, esto es, de un lado, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) y, de otro, las que expresamente les atribuya la ley en garantía de cualquier derecho, motivó que se suscitara el interrogante de si la cuestión de inconstitucionalidad sólo podía suscitarse en el seno de un proceso en sentido estricto o podía también promoverse en el curso de un actuación judicial, aunque no pudiera calificarse en sentido propio como proceso. Pues bien, se ha venido resolviendo en favor de esta última opción.

Pues bien, se ha admitido la legitimación para promover la cuestión del Juez que tramita expedientes de jurisdicción voluntaria (STC n° 129/1999, de 5 de julio) o en expedientes o procedimientos reformadores de menores (SSTC n° 36/1991, de 14 de febrero, n° 60/1995, de 17

¹⁴ Vid, v. gr. el ATC 13/2008, de 16 de enero, FJ 3, recaído en la CI 7945-2007, promovida en relación con el art. 148.1.4 del Código Penal (según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género), por su posible contradicción con el art. 14 CE. En la providencia por la que se acordó oír al Ministerio Fiscal y a las partes sobre la procedencia de plantear la cuestión, el órgano judicial, redujo a tres días, sin justificación alguna, el plazo de diez días previsto legalmente a tal efecto.

¹⁵ Incluso el Juez de Paz.

de marzo); en los procedimientos seguidos para autorizar la entrada en domicilio al efecto de ejecutar resoluciones administrativas (STC n° 76/1992, de 14 de mayo) y en la pieza de responsabilidad civil derivada de la incoación de expedientes a menores a efectos de depurar su eventual responsabilidad penal (ATC n° 275/2005, de 22 de junio). Por el contrario, los árbitros no pueden promover cuestiones de inconstitucionalidad (ATC 508/2005, de 13 de diciembre, FJ 3). El carácter para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional de la función arbitral, o, en otras palabras, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio, es lo que impide que el árbitro pueda “plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE)”. Y lo mismo se afirma de los Jueces encargados del Registro Civil cuando ejerzan meramente funciones administrativas sometidas al control de órganos administrativos.

En cuanto a la procedencia del *momento procesal oportuno*, el art. 35.2 LOTC indica que la cuestión de inconstitucionalidad únicamente puede suscitarse “una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo legal para dictar sentencia o la resolución jurisdiccional que procediese¹⁶”. Este aspecto no ofrecerá grandes problemas cuando se trate de cuestionar una norma aplicable al caso en la sentencia, y que afecte al fondo de la resolución judicial, pero sí podrá ofrecerlo si se trata de normas procesales que afectan a un momento anterior, esencialmente de admisión a trámite de un proceso, conversiones de procedimiento, sistema de recursos, etc. La regla general será que el planteamiento será inidóneo temporalmente hablando –en cuanto prematuro- si se efectúa antes de hallarse concluido el procedimiento para sentencia, pero el Tribunal Constitucional se ha mostrado flexible –por razones de economía procesal y colaboración en la depuración del ordenamiento- con resoluciones definitivas o interlocutorias en el caso de disposiciones procesales y en el supuesto de normas sustantivas únicamente cuando la ulterior tramitación del proceso hasta Sentencia no pudiera aportar ningún elemento adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada ni sobre su efecto determinante del fallo, ni sobre su legitimidad constitucional, o cuando la norma cuestionada tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso¹⁷. Incluso se ha admitido la idoneidad temporal del planteamiento en ejecución de sentencia (STC 81/2003, de 30 de abril, FJ 2). Particularmente, se ha considerado inoportuna la promoción de cuestiones tanto por Jueces de Instrucción¹⁸ en el trámite de admisión de la denuncia, en el trámite de incoación de diligencias previas (STC 234/1997, de 18 de diciembre), en el momento de conclusión de la instrucción (ATC 121/1990), o en el de decidir si las actuaciones se siguen por delito o falta (ATC 298/2005, de 5 de julio), como por órganos enjuiciadores al inicio del juicio oral, sin que éste haya llegado a celebrarse en su integridad (un Juzgado de lo Penal en el caso del ATC 13/2008)¹⁹.

Por lo que se refiere a las operaciones de *verificación sobre la Providencia que abre el trámite de audiencia* del art. 35.2 LOTC, el Fiscal debe examinarla con objeto de comprobar si cumple

¹⁶ También autos, pues “no existe razón alguna para que los autos, en cuanto resoluciones motivadas sobre cuestiones incidentales en el sentido más amplio de la expresión, no puedan dar lugar a una cuestión previa de inconstitucionalidad en orden a la norma aplicable y de cuya validez dependen” (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1; y 81/2003, de 30 de abril, FJ 2).

¹⁷ Vid. casos de los AATC 13/2008 y 338/2002 y SSTC 8/1982, de 4 de marzo, FJ 1; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 2; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 2; y AATC 121/1990, de 13 de marzo, FJ 2; 47/1994, de 8 de febrero, FJ 1; 236/1998, de 10 de noviembre, FFJJ 1 y 2, y 103/2004, de 13 de abril, FJ 2.

¹⁸ Por tanto, órgano que no tenía atribuido en estos casos el conocimiento y fallo de la causa penal.

¹⁹ Basta reparar en que en estos momentos procesales todavía no es posible saber si la norma que se cuestiona es aquella de la que va a depender el fallo, ya que pudiera ocurrir que esta norma no llegara a aplicarse porque no se probaran los hechos denunciados, existiera otra norma penal que desplazara aquélla o, en fin, por cualquier otro motivo que impidiera la aplicación de la norma cuestionada.

con los requisitos legales de: (i) identificación de la ley o normas a cuestionar, (ii) normas constitucionales con las que se confrontan, y (iii) audiencia por diez días comunes al Fiscal y a las partes. Las carencias sobre estos aspectos en la Providencia que concede el trámite de audiencia constituye una omisión de suficiente entidad como para determinar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 224/2006, de 6 de julio, FFJJ 4 y 5; y AATC 102/2003, de 25 de marzo; 226/2003, de 1 de julio; 56/2006, de 15 de febrero; y 188/2006, de 6 de junio).

En lo que atañe a la *identificación de la ley o normas a cuestionar* y los *preceptos constitucionales con que se confrontan*, la comprobación del Fiscal ha de ser particularmente rigurosa pues el órgano judicial no podrá elevar la cuestión de inconstitucionalidad sobre preceptos no sometidos a este trámite de alegaciones (por todos, AATC 96/2004, de 23 de marzo, FJ 2; y 173/2006, de 6 de junio, FJ único). Si lo hace, la discordancia por exceso determinará la inadmisión por parte del Tribunal Constitucional. Su trascendencia es evidente por cuanto tales requisitos van dirigidos a centrar de la manera más específica posible el objeto de la cuestión, que únicamente pueden ser las normas con rango de ley a las que se refiere el art. 27.2 LOTC, en referencia de contrariedad con los preceptos, disposiciones, principios y doctrina constitucionales de contraste que constituyen canon y parámetro de enjuiciamiento de la constitucionalidad a partir de lo dispuesto en el art. 28 LOTC.

La exigencia más estricta de manera inexcusable ha de ejercerse -siguiendo la estela de rigor del propio Tribunal Constitucional- sobre la *precisión en la identificación de la norma cuestionada*, por lo que el Fiscal debe propiciar en este trámite que se concrete con plena exactitud y complitud el artículo, numeral, apartado, letra o inciso de la norma o ley sobre los que específicamente se albergan las dudas de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional no ha considerado suficiente, por ejemplo, una simple remisión al escrito de alegaciones de la parte demandante (ATC 121/1998).

Por lo que respecta a las *normas de contraste integrantes del canon de constitucionalidad*, conforme al art. 28 LOTC, la cuestión de inconstitucionalidad permite confrontar cualquier disposición legal con cualquier precepto de la Constitución, y no necesariamente las que vulneren derechos fundamentales, sin perjuicio del reforzamiento que, respecto de estas leyes, supone la remisión que el art. 53.1 CE hace al 161.1.a) de la misma. La confrontación puede hacerse, por demás, con el llamado “bloque de constitucionalidad”, integrado por el precepto constitucional y los de la ley que lo desarrolla. En este bloque han de incluirse las leyes orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas y las que aprueben los Estatutos de Autonomía. Concretamente la Circular 2/1999 cita, como ejemplos, un Estatuto de Autonomía o una Ley básica estatal, si la cuestión de inconstitucionalidad incide en un problema de distribución de competencias entre el Estado y una Comunidad Autónoma.

Toda falta de precisión en la Providencia de apertura del trámite debe ser reparada por el Fiscal -hay que insistir- mediante los recursos o medios procesales legalmente procedentes. Si bien es especialmente importante la individualización exacta de la norma o normas legales cuya constitucionalidad se pretende controlar, ello no implica, sin embargo, que el Fiscal deba mostrarse menos proactivo y exigente respecto de la precisión del precepto constitucional por más que el Tribunal Constitucional se haya mostrado un poco más flexible en lo que se refiere a su mención precisa, llegando a entender que en ocasiones puede desprenderse concernido -habilitando la satisfacción de la posibilidad de una alegación fundada de los intervinientes en el trámite- en función de referencias al principio o derecho que encarnan o los términos de antecedentes o la argumentación desplegada en el caso.

Como subraya la STC 55/2017, de 11 de mayo (FJ 2), la doctrina del Tribunal Constitucional tiene asentado que resulta inexcusable que en el trámite de audiencia se identifique el precepto o

preceptos que se consideren vulnerados²⁰, así como que el juez queda vinculado, en principio, a elevar la cuestión de inconstitucionalidad únicamente sobre los preceptos sometidos a este trámite de alegaciones, si bien el órgano judicial puede precisar, modificar o ampliar, en función de las observaciones recibidas, el parámetro de constitucionalidad planteado inicialmente al abrir el trámite de audiencia.

Asimismo, es absolutamente necesario asegurar que tanto sobre las normas cuestionadas como sobre los preceptos constitucionales contrariados se produzca, en el *plazo legal (diez días) y modo establecido (común e improrrogable)*, la audiencia del propio Fiscal y todos los interesados. Ello tanto si han sido identificados en la resolución inicial de apertura como en un momento posterior mediante las resoluciones en que ulteriormente se produzca una ampliación del objeto inicial a otras disposiciones o preceptos por instarlo o suscitarlo así las partes, como consecuencia de la acción del Fiscal o por nueva reflexión propia del Juez o Tribunal.

El Fiscal, tanto en el recurso procedente como en sus alegaciones en este trámite, puede promover -como ya se ha anticipado- la ampliación del objeto de la cuestión a otras disposiciones concernidas aplicables y relevantes para la solución del caso, si bien -como impone la Instrucción FGE 2/2012-, ha de tener bien presente que para ello debe recabar y obtener previamente la conformidad de la FGE tras comunicar con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional y remitirle el oportuno informe que lo justifique con los debidos antecedentes, lo que tiene razón de ser en que ex art. 37 LOTC corresponde al Fiscal General la competencia para posicionarse sobre el fondo de la cuestión en el proceso constitucional y es necesario asegurar la unidad de criterio, evitando discrepancias y hasta desautorizaciones de dictámenes previos emitidos en la fase judicial.

También las partes al tiempo de recurrir o formular sus alegaciones en el trámite de audiencia pueden promover la ampliación del objeto. Si el órgano judicial acepta y asume las nuevas dudas debe proceder -y así debe interesarlo el Fiscal en todo caso si no lo hace- a abrir un nuevo trámite de audiencia por plazo común e improrrogable de diez días para todos los sujetos y partes con interés legítimo tengan la oportunidad de ser oídos al respecto. De no hacerse así el Tribunal Constitucional tendrá por no satisfecha la doble función del trámite del art. 35.2 LOTC y acordará la inadmisión.

El Tribunal Constitucional exige congruencia entre las normas identificadas y sometidas al trámite del art. 35.2 LOTC y las finalmente sujetas a cuestionamiento en el auto de planteamiento, de modo que se producirá inadmisión de la cuestión si posteriormente en el Auto de planteamiento se cuestionan incisos, apartados o preceptos no sometidos a este trámite de alegaciones (por todos, AATC 29/2003, de 28 de enero, FJ único; 60/2004, de 24 de febrero, FJ 2; 96/2004, de 23 de marzo, FJ 2; y 173/2006, de 6 de junio, FJ único), e igualmente en lo que respecta a los preceptos constitucionales e integrantes del bloque de constitucionalidad se incorporan preceptos constitucionales no identificados previamente ello porque no se habría satisfecho la doble función que a este trámite se asigna. Existe, por tanto, una *prohibición de exceso* en el auto de planteamiento ulterior. A lo sumo podrá existir un cuestionamiento a la baja, esto es, de menos de los preceptos, apartados o incisos inicialmente mencionados en la resolución de apertura del trámite de audiencia, pero no de más o diferentes disposiciones.

El Fiscal también ha de examinar y adoptar postura sobre *si la norma que se trata de cuestionar es efectivamente aplicable* para la resolución del proceso judicial o del incidente en que se

²⁰ Así, por ejemplo, se acordó la inadmisión en la STC 224/2006, de 6 de julio, FJ 4, sobre un caso en que la Providencia por la que se acordó oír a las partes el órgano promotor de la cuestión tan sólo identificó el párrafo segundo del art. 129 LH, pero sin expresar cuáles serían las normas constitucionales que, a su juicio, éste podría vulnerar.

suscita²¹, puesto que pertenece a la esencia de este procedimiento el ejercicio de un control preferencialmente concreto y no abstracto de constitucionalidad. El vínculo a un proceso y a la cuestión que en él se dilucida es presupuesto de su procedencia por lo que la norma con rango de ley cuestionada ha de ostentar la condición de aplicable. La elección de la norma aplicable a los actos o disposiciones enjuiciados es una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde a los órganos judiciales, los cuales, en el ejercicio de las funciones que, en exclusiva, les atribuye el art. 117.3 CE, deben formular el pertinente juicio de aplicabilidad (por todas, SSTC 90/2018, de 6 de septiembre, FJ 2; y 50/2018, de 10 de mayo, FJ 2).

El Tribunal Constitucional suele ser flexible desde un marcado respeto a la competencia judicial para la selección de la norma aplicable y normalmente ejerce un control meramente externo, pero, aun sin desbordar estas premisas, no ha dejado de exigir un pronunciamiento más detallado y específico cuando presenta un carácter dudoso, discutible o incompleto, a efectos de garantizar que la resolución del litigio depende realmente de la solución que este Tribunal ofrezca sobre la constitucionalidad de la norma [por todas, SSTC 77/2018, de 5 de julio, FJ 2; 234/2015, de 5 de noviembre, FJ 2, y 175/2016, de 17 de octubre, FJ 5]. No faltan tampoco ocasiones en que el precepto ha sido efectivamente aplicado en el proceso y carece de sentido su cuestionamiento posterior, lo que desplaza el déficit a la inoportunidad del momento procesal.

Asimismo el Fiscal ha de examinar ya en esta fase y trámite del art. 35.2 LOTC si la norma sometida a duda, ya evaluada como aplicable, satisface –además– el *requisito de la relevancia*, ya que la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es, en modo alguno, condición suficiente (SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 4, y 156/2014, de 25 de septiembre, FJ 2). Esta exigencia “constituye una de las más esenciales condiciones procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad en garantía de que su planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad de las leyes, por no versar sobre la norma de cuya validez depende el fallo, único objeto posible de este tipo de procedimientos” (STC 201/2011, de 13 de diciembre, FJ 2, entre otras muchas).

Por consiguiente, *al Fiscal le compete analizar si de la constitucionalidad o no de la norma cuestionada depende el sentido del fallo*. Si éste no se viese afectado por la declaración de inconstitucionalidad, no puede técnicamente suscitarse la cuestión, y así ha de hacerse constar en el dictamen²². Como explica la Instrucción FGE 2/2012, la cuestión de inconstitucionalidad, por resultar vía de garantía de un control concreto de la constitucionalidad de la ley, no puede resultar desvirtuada por un uso no ajustado a su verdadera naturaleza y finalidad, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (por todas, SSTC 206/2005, de 10 de mayo, FJ 2; y 360/2006, de 10 de octubre, FJ 2). A diferencia de lo que sucede con el “juicio de aplicabilidad”, respecto del “juicio de relevancia” el Tribunal Constitucional viene exigiendo mayor rigor en lo referente a la calificación de la disposición cuestionada como norma determinante del fallo pues, siendo característica de la cuestión de inconstitucionalidad la función de control concreto de la constitucionalidad de las

²¹ Ello incluso aunque el Juez no explicita el juicio de aplicabilidad hasta el Auto de planteamiento.

²² Posteriormente, será requisito ineludible en el Auto de planteamiento articularlo debidamente en forma de “esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada” (por toda, SSTC 82/2018, de 16 de julio, y 9/2016, de 21 de enero), o, en otras palabras, “del que resulte que el fallo que haya de dictarse en el proceso *a quo* depende de la validez o falta de validez de la norma cuestionada” (SSTC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 3, y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 4), siendo su correcta formulación objeto de específico escrutinio por el Tribunal Constitucional.

normas, se trata de evitar que los órganos judiciales puedan transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades que éste tiene para excluir del Ordenamiento las normas inconstitucionales, ni, menos aún, para buscar a través suyo una depuración abstracta del Ordenamiento (STC n° 55/2010, de 4 de octubre, FJ 2).

Una vez verificada la satisfacción de los presupuestos y requisitos de los arts. 163 y 35.2 LOTC, en el informe fiscal, por regla general, *no debe entrarse de lleno en el fondo de la cuestión*, esto es, *en la constitucionalidad o no de la norma* sometida a las alegaciones en esta fase, circunscribiéndose a lo sumo -como indica la Circular FGE 2/1999- a pronunciarse sobre las *razones que determinan la necesidad o no de plantear la cuestión* en lo que atañe a la apariencia o no de contradicción entre aquélla y los preceptos constitucionales identificados como contrariados y plantear si cabe una posible acomodación interpretativa a la Constitución que, conforme al art. 5 LOPJ, haga innecesario el planteamiento²³. Ello porque -como se viene insistiendo- corresponde al Fiscal General la competencia para formular las alegaciones de fondo definitivas en el trámite de sustanciación de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, lo que se producirá tras un intenso y exhaustivo estudio y debate en junta en el seno de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. La *excepción* o matización que admite la Instrucción FGE 2/2012 a esta regla general es que se emita *un dictamen en la fase judicial por el Fiscal conforme a las pautas e instrucciones impartidas previamente por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional*, especialmente *si hay un criterio claro establecido con anterioridad*²⁴. De ahí que el cumplimiento del deber de comunicación previa con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional se articule en la doctrina de la FGE como una exigencia ineludible.

3. Actuación tras el planteamiento. Comunicación y efectos suspensivos

Una vez dictado y recibido el auto de planteamiento de la cuestión, deberá remitirse copia al Fiscal Jefe de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

En cuanto a los efectos suspensivos, el Fiscal ha de tener en cuenta que el art. 163 CE *in fine* es interpretado en la doctrina de la FGE en el sentido de que deben entenderse referidos, de una parte, a la propia norma cuestionada, que está vigente hasta que, a consecuencia de una eventual y futura declaración de inconstitucionalidad, en su caso resulte expulsada del ordenamiento jurídico -pudiendo, en consecuencia, ser aplicada por otros órganos judiciales que no alberguen dudas sobre su constitucionalidad-, y, si acaso puede referirse también, a la no suspensión del proceso judicial hasta el momento en que proceda la aplicación de la norma cuestionada.

²³ No obstante, hay que significar que la existencia de posibles interpretaciones alternativas y conformes con la Constitución no impide el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ni convierte a ésta en notoriamente infundada a los efectos del artículo 37.1 LOTC. El órgano judicial promotor puede razonar en el Auto de planteamiento sobre esa posible interpretación y no acogerla justificando las razones de su apartamiento y consiguiente planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (vid. por ejemplo, STC 50/2018, de 10 de mayo, FJ 2).

²⁴ Señala esta Instrucción FGE 2/2012, que la conclusión de la Circular 2/1999 debe ser matizada en el sentido de que “En cada caso habrá de ser la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional la que decida el contenido del informe. Si por haberse planteado la cuestión con anterioridad, o por cualquier otro motivo existe ya un criterio claro, podrá esta impartir instrucciones para que en el dictamen a presentar ante la jurisdicción ordinaria se fije la posición de fondo de la Fiscalía. En otro caso el contenido del informe, de acuerdo con las pautas que imparta la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, se limitara a los extremos reseñados en la Circular 2/1999, de 30 de diciembre.”

En cuanto a la suspensión de las actuaciones judiciales en las que la cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada, el ap. 3º del art. 35 LOTC distingue entre una suspensión inicial, desde el planteamiento hasta la decisión del Tribunal Constitucional de admisión a trámite y otra posterior y eventual que perdurará desde la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional hasta el dictado de la sentencia. Tras el dictado de la sentencia, lógicamente, se estará a lo resuelto definitivamente. De ahí que la Instrucción FGE 2/2012 indique que los Fiscales, dentro de su margen competencial, deben impedir la reapertura y continuación del proceso durante la suspensión o bien lo activaran, una vez conocida la resolución del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de recordar que aunque la regla general resultante es la de la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la admisibilidad de la cuestión, “nada impide al órgano judicial promotor de una cuestión adoptar las medidas cautelares que fueran precisas para asegurar los resultados del juicio, e incluso los efectos de la futura Sentencia de este Tribunal resolviendo la cuestión, como tampoco existe obstáculo para que lleve a cabo otros actos de instrucción y de ordenación del proceso que no guarden relación con la validez de la norma cuestionada” (AATC 186/2009, de 18 de junio; y 201/2006, de 20 de junio).

2. El fiscal ante el Tribunal Constitucional

Amén de las actuaciones procedentes en relación con las comunicaciones recibidas de las Fiscalías (búsqueda de antecedentes, resolución de consultas, orientación e instrucciones sobre el sentido de los informes a emitir en la fase preliminar judicial), la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional tiene a su cargo, con carácter exclusivo y excluyente, el estudio y preparación de las alegaciones a formular por la Fiscalía General del Estado en el proceso constitucional con ocasión de los trámites de audiencia que se siguen conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del art. 37 LOTC, esto es: (i) sobre déficits en los presupuestos y requisitos procesales y carácter notoriamente infundado de la cuestión que puedan determinar la inadmisión; y (ii) sobre la constitucionalidad o no de la norma. Asimismo asume la intervención en todas las audiencias de los arts. 35 y 37 LOTC que provoque el planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad del art. 55.2 LOTC, por considerarse por el propio Tribunal Constitucional, con ocasión de un recurso de amparo, que el origen de las lesiones denunciadas se halla no en una actuación administrativa y/o judicial, sino en la ley misma.

1) Alegaciones en trámite de inadmisión (art. 37.1 LOTC requisitos y presupuestos procesales y/o carácter notoriamente infundado)

En el trámite de admisión del art. 35.1 CE, que permite el rechazo *ad limine* de la cuestión por el Tribunal, es oída en exclusiva la Fiscalía General, de modo que la audiencia no se extiende a ninguna parte ni a representaciones del poder legislativo o ejecutivo nacional o autonómico -a diferencia de lo que sucede cuando se produce la audiencia sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada-. Su apertura puede acordarse por el Tribunal cuando, tras un examen preliminar, advierta primariamente la posibilidad de deficiencias u omisiones en las condiciones procesales, la notoriedad de su falta de fundamento en el fondo o ambas cosas a la vez. En este supuesto, el Fiscal designado para el despacho del asunto, tras el oportuno estudio del caso, preparará las alegaciones -con expresión numerada de antecedentes fácticos y procesales, fundamentación jurídica extensa y petición de admisión o inadmisión- sobre la viabilidad de la cuestión, examinando el cumplimiento de todos los presupuestos y requisitos procesales (entre ellos, especialmente: legitimación, rango de

la norma, momento procesal oportuno, desarrollo del trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC en el plazo y modo legal -esto es, con identificación precisa de normas cuestionadas y preceptos constitucionales contrariados junto al traslado a todos los sujetos procesales con interés legítimo sobre el objeto de cuestionamiento inicial o ampliado-, congruencia o concordancia en la identificación del objeto entre la Providencia de apertura de la audiencia y el auto, juicios de aplicabilidad y relevancia, y la satisfacción por el órgano judicial promotor de la carga de alegar suficientemente la inconstitucionalidad del precepto legal mediante un tratamiento pormenorizado de los aspectos suscitados), así como, en su caso, analizando la solidez y consistencia técnico-jurídica de la fundamentación de la supuesta inconstitucionalidad que el órgano judicial haya exteriorizado en el Auto de planteamiento.

2) Alegaciones en trámite de sustanciación (art. 37.3 LOTC).

En el trámite de sustanciación de la cuestión del ap. 3 del art. 37 LOTC -acordado de inicio o luego de determinarse la admisión tras la audiencia del ap. 1-, el Fiscal se pronunciará sobre la admisión²⁵, estimación o desestimación de la cuestión, elaborando al efecto alegaciones detalladamente motivadas que, amén de recoger los antecedentes fácticos y el iter procesal, traten pormenorizadamente en sus fundamentos de derecho tanto la satisfacción de los presupuestos y requisitos procesales establecidos en los arts. 163 CE y 35 LOTC como la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma o normas cuestionadas, analizando las posibilidades de acomodación a la Constitución de su texto e interpretación.

Una similar actuación se sigue en las cuestiones internas de inconstitucionalidad planteadas conforme a lo previsto en el art. 55.2 LOTC, en las que las dos fases se desenvuelven ante el Tribunal Constitucional. Las especialidades se circunscriben a que la fase preliminar de la auto-cuestión se inicia con la apertura del trámite del art. 35.2 LOTC en el seno del proceso constitucional de amparo desarrollándose ante la Sala o el Pleno del Tribunal Constitucional y es el Fiscal que lo despacha quien emitirá las alegaciones procedentes sobre los mismos aspectos que la doctrina de la FGE establece para la pieza preliminar en las cuestiones suscitadas por órganos judiciales. Si finalmente se concreta el planteamiento -que es lógicamente la regla general- se originará un nuevo proceso constitucional en el que se formularán las alegaciones del art. 37.3 LOTC.

A nivel interno, las posiciones y fundamentación del Fiscal ponente sobre las cuestiones y auto-cuestiones que le son asignadas son sometidas en todos los casos al parecer de la Junta de Fiscales que semanalmente tiene lugar en el seno de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. De obtener el respaldo de la Junta, las alegaciones del art. 37.3 LOTC son pasadas a firma del Fiscal General del Estado, mientras que cuando se trata de alegaciones del art. 37.1 LOTC es el Fiscal Jefe quien, por delegación de éste, las firma.

IV. EPÍLOGO: LA OPCIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL EN LOS RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Tras cuatro décadas desde la aprobación de nuestra Constitución, puede concluirse que el Ministerio Fiscal ha demostrado la fortaleza de su compromiso con la alta misión que le ha sido

²⁵ Ello porque la doctrina constitucional (vid. por todas, STC 224/2006, de 6 de julio, FJ 4 y SSTC 133/2004, de 22 de julio, FJ 1) precisa que la tramitación específica del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo y que, por consiguiente, cabe apreciar en Sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión.

encomendada en los procesos constitucionales y cabe certificar que ha contribuido decisivamente a asegurar la defensa y primacía de la Constitución, a todos los niveles, desde todos los planos y en todos los frentes, respecto de cualesquiera normas y actos que la han contrariado o puesto en peligro.

Por ello, no tiene sentido, a mi juicio, que la LOTC, al regular los procedimientos y las condiciones del ejercicio de las acciones constitucionales en virtud de lo habilitado por los arts. 162.1 a) y 2, 163 y 165 CE²⁶, haya precisado la intervención del Fiscal en defensa de la legalidad constitucional con un criterio reduccionista, circunscribiéndola a las cuestiones de inconstitucionalidad.

No se entiende bien como si los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad -que ex. art. 29 LOTC pueden promoverse mediante el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad- comparten, conforme al art. 27.1 LOTC, el propósito de garantizar la primacía de la Constitución y de enjuiciar la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados -que es lo que en esencia constituye defender la legalidad constitucional-, no se haya establecido, cuanto menos, la participación del Ministerio Fiscal en ambos procedimientos, posibilitando así a sus miembros el ejercicio del pleno desarrollo del mandato del art. 124.1 CE en toda su dimensión constitucional.

El alto nivel de aceptación por el Tribunal Constitucional de las tesis sostenidas por la Fiscalía en las cuestiones de inconstitucionalidad²⁷ es muestra tanto de la alta consideración por el Tribunal de su papel en la defensa de la legalidad constitucional como prueba de la entidad de la contribución que el Ministerio Fiscal puede aportar en la misma dirección en el marco de los recursos de inconstitucionalidad. Por consiguiente, no puede dejarse de reivindicar *de lege ferenda*, un incremento competencial que establezca la intervención del Ministerio Fiscal en los recursos de inconstitucionalidad al menos mediante la posibilidad de personación y formulación de alegaciones, ya que el art. 162.1 a) CE no lo menciona entre los legitimados para la interposición, a diferencia del antecedente histórico inmediato del art. 123 de la Constitución de 1931, que le ubicaba en primer lugar entre quienes podían acudir al allí denominado Tribunal de Garantías Constitucionales.

²⁶ De significativa incoherencia entre estos preceptos y el art. 124 CE -que casi alcanza la naturaleza de antinomia interna en nuestra Constitución- cabe calificar la ausencia de toda previsión en el texto constitucional sobre la intervención del Fiscal en los procesos constitucionales cuya finalidad precisamente es la defensa de la legalidad constitucional.

²⁷ Téngase en cuenta que, según datos de la Memoria sobre 2017, se ha llegado a alcanzar un porcentaje de conformidad del 87'5% entre las alegaciones de la Fiscalía y las SSTC.

El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Cuentas

MIGUEL ÁNGEL TORRES MORATO

Fiscal-Jefe del Tribunal de Cuentas

SUMARIO

I. Introducción. II. Fiscalización de las cuentas públicas. III. Jurisdicción contable. 1. Naturaleza y extensión de la jurisdicción contable. 2. Concepto y supuestos de responsabilidad contable. 3. Compatibilidad de la jurisdicción contable con la penal. 4. Malversación penal y responsabilidad contable. IV. Posición y funciones de la fiscalía del tribunal de cuentas. V. Legitimación del fiscal en el proceso contable.

I. INTRODUCCIÓN

La presencia del Ministerio Fiscal en el Tribunal de Cuentas constituye una consecuencia lógica de la creciente intervención del Fiscal en las diferentes áreas donde se aprecia la necesidad de proteger el interés público.

Nos encontramos ante dos instituciones de relevancia constitucional que confluyen en un ámbito de singular importancia, como es la actividad financiera del sector público, en la vertiente del gasto público.

En este sentido, el artículo 31.2 de la CE dispone que *“El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”*.

Como es bien sabido, el fenómeno financiero no se agota en la faceta dedicada a los ingresos públicos, sino que contempla también el empleo correcto de tales ingresos, de acuerdo con los principios constitucionales anteriormente enumerados.

Dada la trascendencia que ha tenido y tiene el gasto público en la economía de las naciones, tradicionalmente se ha encomendado la labor de control de la utilización de los recursos públicos a órganos distintos a los encargados de llevar a cabo el gasto.

En España, el origen histórico de ese control se remonta a las Ordenanzas de Juan II de 1437, que creó la Contaduría Mayor de Cuentas, a fin de completar la labor fiscalizadora de las Cortes, si bien hay precedentes que sitúan los comienzos de esta Institución en el siglo XIII, bajo el reinado de Sancho IV de Castilla ¹.

¹ Ver MENDIZABAL ALLENDE, Rafael. Función y esencia del Tribunal de Cuentas. Revista Española de Control Externo nº 8. 2001. Páginas 163 a 217.

En la actualidad, el artículo 136 de la Constitución regula el Tribunal de Cuentas en los siguientes términos:

“1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.

Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

2. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste.

El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.

3. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.

4. Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas.”

El cometido de dicho órgano es eminentemente técnico y está dirigido a facilitar elementos de juicio a los parlamentarios, que les permitan cumplir con su deber de controlar a los gestores de los entes públicos.

Por tanto, la misión del Tribunal de Cuentas resulta muy relevante, por cuanto la complejidad económico-financiera del mundo moderno exige contar con numerosos datos y explicaciones, a fin de comprender e interpretar adecuadamente la trascendencia de las decisiones adoptadas en la gestión del gasto, permitiendo realizar el correspondiente escrutinio de las Administraciones Públicas, así como aprobar las oportunas recomendaciones, que sirvan para mejorar la gestión de los ingentes recursos manejados por el sector público.

Es evidente que un buen control del gasto dará lugar a que los recursos económicos sean empleados de conformidad con los principios de eficacia y eficiencia, evitando el despilfarro que tanto daño produce a la credibilidad del sistema democrático.

Debe señalarse que, si bien en el ámbito de los ingresos la Administración Tributaria ha logrado un control razonable de las rentas de los contribuyentes, lo que ha contribuido a reducir significativamente la bolsa de fraude, en la faceta del control del gasto público queda una amplia labor por realizar, en especial en lo que afecta a las contrataciones, ayudas públicas, subvenciones, préstamos públicos, avales, garantías, inyecciones de capital, compras de acciones o cualesquiera otras formas de apoyo directo o indirecto a entidades financieras ².

En este contexto, el legislador, con la aprobación de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu) y de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), ha considerado que el Ministerio Fiscal puede y debe, de acuerdo con su naturaleza y fines, desempeñar un destacado papel, en el citado órgano de control externo, en la defensa de la legalidad presupuestaria y del interés público.

Como ocurre en otros ámbitos de actuación, donde se otorga protagonismo al Fiscal (civil, penal, contencioso-administrativo, constitucional, menores y laboral), su intervención en el Tribunal de Cuentas tiene pleno sentido, pues le permite defender objetivamente los derechos económicos de los ciudadanos, que constituyen el pilar sobre el que se asientan los demás derechos (salud, educación, vivienda, entre otros).

² Puede consultarse FERNÁNDEZ LLERA, Roberto. Fines y confines de la fiscalización en el sector público. Auditoría Pública nº 70. 2017. Páginas 17 a 26.

En esta labor de control del gasto público, el Fiscal se implica en la realidad económico-financiera, tanto en el ámbito de la fiscalización como del enjuiciamiento, lo que puede tener incidencia en el cometido desarrollado por otros órganos del Ministerio Fiscal, encargados de la persecución de ilícitos penales.

En efecto, el fenómeno de la corrupción puede ser detectado a través de una correcta y exhaustiva fiscalización, especialmente cuando está orientada a determinadas áreas de riesgo, como es el caso de la contratación y de las subvenciones y ayudas públicas.

La intervención de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas también se extiende a las actuaciones de los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas, que en número de doce concurren, de manera coordinada con el Tribunal de Cuentas, a la realización de dicha actividad fiscalizadora. Tales órganos reciben distintas denominaciones, por lo que la referencia a los mismos de manera conjunta se realizará con el acrónimo OCEX.

Con la pretensión de conseguir la máxima colaboración entre Instituciones que inciden sobre el análisis económico, contable y financiero de los entes públicos, la Fiscalía del Tribunal de Cuentas y determinados OCEX han firmado, en los últimos años, protocolos de actuación que tienen por fin regularizar el procedimiento para promover la exigencia de responsabilidades contables, o de otra naturaleza, derivadas de hechos contenidos en los Informes de Fiscalización aprobados por dichos OCEX.

En este sentido, la Fiscalía ha suscrito protocolos con la Cámara de Comptos de Navarra, la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, el Consejo de Cuentas de Castilla y León, la Cámara de Cuentas de Andalucía, la Audiencia de Cuentas de Canarias y la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana.

Por otra parte, cabe mencionar la función de enjuiciamiento, que corresponde únicamente al Tribunal de Cuentas, cuya exposición se llevará a cabo con cierto detalle por sus especiales características.

Asimismo, hacemos referencia a la facultad consultiva que al Tribunal le atribuye la Disposición Adicional 11ª de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, para los anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones reglamentarias que afectan a su régimen jurídico.

Al respecto, establece la citada Disposición que *“Se someterán a informe del Tribunal de Cuentas los anteproyectos de Ley y los proyectos de disposiciones reglamentarias que versen sobre su régimen jurídico o sobre el ejercicio de sus funciones fiscalizadora o jurisdiccional. El Tribunal emitirá su informe en el plazo improrrogable de treinta días. Excepcionalmente, el órgano remitente podrá conceder una prórroga del plazo, atendiendo a las circunstancias del caso. El Gobierno remitirá dicho informe a las Cortes Generales, en el caso de tratarse de anteproyectos de Ley”*.

El deber de colaboración con el Tribunal de Cuentas se encuentra regulado en los artículos 7 de la LOTCu y 30 de la LFTCu, cuyos preceptos imponen la obligación de suministrar a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuantos datos, estados, documentos, antecedentes o informes solicite dicho Tribunal, siempre que estén relacionados con el ejercicio de sus funciones fiscalizadora o jurisdiccional.

Como señala ALONSO CARBAJO³, el cumplimiento efectivo del referido deber puede conseguirse por las siguientes vías: a) multas coercitivas; b) puesta en conocimiento de las Cortes Generales de la ausencia de colaboración; c) propuesta de adopción de sanciones de carácter disciplinario contra el autor del incumplimiento; y d) exigencia de responsabilidad penal, de acuerdo el artículo 502.2 del CP.

³ ALONSO CARBAJO, Félix. Régimen jurídico y configuración actual del deber de colaboración con las instituciones de control externo. El Consultor de los Ayuntamientos. Octubre de 2018. Páginas 145-158.

Además, si los requerimientos se refieren a la reclamación de justificantes de inversiones o gastos públicos y no son cumplidos en el plazo solicitado, se iniciará de oficio el oportuno expediente de reintegro (artículo 7.3 LOTCu).

II. FISCALIZACIÓN DE LAS CUENTAS PÚBLICAS

La fiscalización se enmarca en los grandes principios de la política económica del país y, en este contexto, debe atender a que el impacto del gasto público no conlleve un déficit excesivo que afecte a la estabilidad presupuestaria y a la sostenibilidad financiera del Estado, comprometiendo su viabilidad económica.

Al Estado, como garante último de las responsabilidades económicas del sector público, le corresponde adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones financieras internacionales, especialmente en relación con la Unión Europea.

La pasada situación económica y financiera, marcada por una profunda y prolongada crisis, ha obligado a la consagración, en el artículo 135 de la Constitución, del principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución.

Dicho precepto, en sus apartados 1 y 2, dispone que:

“1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario”.

Como consecuencia inmediata de la referida reforma constitucional, se aprueba la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que, según su preámbulo, persigue aplicar una política económica basada en la consolidación fiscal, es decir, la eliminación del déficit público estructural y la reducción de la deuda pública, y en acometer las correspondientes reformas estructurales.

El artículo 1 de la citada norma dispone que *“Constituye el objeto de la presente Ley el establecimiento de los principios rectores, que vinculan a todos los poderes públicos, a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público orientada a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, como garantía del crecimiento económico sostenido y la creación de empleo, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Española.*

Asimismo, se establecen los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, en los que se garantiza la participación de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera; el establecimiento de los límites de déficit y deuda, los supuestos excepcionales en que pueden superarse y los mecanismos de corrección de las desviaciones; y los instrumentos para hacer efectiva la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Española y en el marco de la normativa europea”.

Como bien recuerda la STS, Sala 3ª, de 17 de octubre de 2018, el principio de autonomía financiera se delimita dentro del marco legal de la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes, a las que están subordinadas las Comunidades Autónomas, con arreglo a los principios de

coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad. Dicho principio también queda limitado por el de estabilidad presupuestaria.

Debe resaltarse que las Comunidades Autónomas no pueden prever en su legislación presupuestaria una habilitación o autorización para ejecutar un gasto de dinero público, en relación con competencias que no tienen atribuidas o de las que no son titulares (STC 90/2017, de 5 de julio).

De ahí que destinar fondos públicos a celebrar actos inconstitucionales constituye una infracción de la legalidad presupuestaria, lo que, con independencia de otras consecuencias jurídicas, implica la posibilidad de exigir las pertinentes responsabilidades contables a las personas que han aprobado y ordenado tales pagos.

Por todo ello, procede destacar el hecho de que las fiscalizaciones acordadas o encomendadas al Tribunal de Cuentas, en el marco de su programa anual, deben partir del expresado bloque normativo.

De otra parte, conviene precisar el ámbito subjetivo de las entidades sometidas a fiscalización. Este viene delimitado por la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las entidades gestoras de la Seguridad Social, los Organismos autónomos, las Sociedades estatales y demás Empresas públicas (artículo 4.1 de la LOTCu).

Igualmente, al Tribunal de Cuentas le corresponde la fiscalización de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas, y la fiscalización de la actividad económico-financiera de los partidos políticos inscritos en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior, así como de las fundaciones y demás entidades vinculadas o dependientes de ellos (artículo 4.2 y 3 de la LOTCu).

De lo reseñado en el precedente artículo se desprende que la actuación de los particulares, sean personas físicas o jurídicas, también puede ser sometida a control, cuando tales particulares perciben subvenciones, créditos, avales u otras ayudas públicas.

Según PORRAS GÓMEZ⁴, *“El control del gasto público ha constituido históricamente una expresión de la soberanía popular; permitiendo a la sociedad ejercer su control sobre una dimensión central del poder político. De ahí su significación en la historia del Estado constitucional y su configuración como un requisito indispensable para la propia existencia de un Estado de Derecho, adquiriendo una particular relevancia en el Estado social contemporáneo”*.

Al respecto, el artículo 1º de la Declaración de Lima del IX Congreso de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, cuyas siglas en inglés son INTOSAI, establece que la institución del control es inmanente a la economía financiera pública.

El TC, en su sentencia nº 187/88 (FJ 2), define el control externo como *“la comprobación de la actividad económico-financiera del sector público desde el punto de vista de los principios de legalidad, eficacia y economía, cuyo resultado se recoge en los informes anuales remitidos a las Cortes, proponiendo las medidas de mejora de gestión correspondientes y constatando las prácticas irregulares y las infracciones con indicación de la responsabilidad producida y medidas para exigirla”*.

Conforme a las Normas de Fiscalización vigentes del Tribunal de Cuentas, aprobadas por el Pleno el 23 de diciembre de 2013, pueden distinguirse los siguientes tipos de fiscalización:

— Fiscalización de cumplimiento. Su finalidad es verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias a que está sometida la gestión económico-financiera de la entidad, programa o actividad que se fiscaliza.

⁴ PORRAS GOMÉZ, Antonio-Martín. La Gobernanza Multinivel del Gasto Público Europeo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015. Página 27.

— Fiscalización financiera. Tiene por objetivo emitir una opinión sobre la fiabilidad de la información que suministran los estados financieros de una entidad en función de su adecuación a los principios, criterios y normas contables de aplicación a la misma. La opinión puede referirse a los estados financieros considerados en su conjunto, a algún estado concreto o, incluso, a una o varias partidas específicas de los mismos.

— Fiscalización operativa o de gestión. Su finalidad es proporcionar una valoración, total o parcial, de las operaciones y de los sistemas y procedimientos de gestión de la entidad, programa o actividad fiscalizada en cuanto a su racionalidad económico-financiera y su sometimiento a los principios de buena gestión. La valoración puede referirse a la adecuación de los sistemas y procedimientos de gestión con respecto a los objetivos que deben cumplir (fiscalización de sistemas y procedimientos) o al grado de cumplimiento de los principios de economía, eficacia y eficiencia (fiscalización de economía, eficacia y eficiencia).

— La fiscalización puede consistir en una combinación de los diversos tipos de fiscalización.

Por ello, se denominará fiscalización de regularidad la que persiga, conjuntamente, los objetivos referidos a las fiscalizaciones de cumplimiento y financiera. Y será fiscalización integral la que abarque los tipos de fiscalización de cumplimiento, financiera y operativa.

— Además, cabe mencionar la denominada fiscalización horizontal, cuyo ámbito subjetivo abarca una pluralidad de entidades del mismo o de distinto subsector público con características comunes y los mismos objetivos y ámbito temporal para todas ellas. Esta fiscalización puede ser de cumplimiento, financiera u operativa.

— Finalmente, por Acuerdo del Pleno de 22 de marzo de 2018, modificado el 31 de mayo de 2018, se introduce la fiscalización de seguimiento, que tiene como único objetivo comprobar el grado de cumplimiento de las recomendaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas en informes de fiscalización precedentes.

Asimismo, debe indicarse que los informes de fiscalización constituyen un medio probatorio especialmente cualificado para acreditar los daños causados al Tesoro Público y para individualizar a los responsables, aun cuando no signifiquen prueba plena.

Sobre el particular, la Sala de Justicia del TCu, en su sentencia 9/2005, de 17 de junio, señala que *“el valor de esa prueba ya ha sido resuelto por reiterada jurisprudencia de esta Sala de Justicia, que atribuye a los informes de fiscalización en el proceso jurisdiccional un carácter cualificado, como documentos oficiales administrativos, de forma que, aunque se tengan por ciertos, pueden ser desvirtuados por otros medios de prueba, por lo que sus conclusiones pueden ser revisadas en el curso del proceso contable, pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo una apreciación conjunta de la prueba y, de manera debidamente motivada, apartarse, en su caso, del contenido del correspondiente Informe de Fiscalización.*

En suma, el documento en que se plasma la actividad fiscalizadora de este Tribunal participa de las características de la pericia y formalmente debe ser considerado como un documento oficial que únicamente hace prueba plena de su fecha, debiendo valorarse su contenido con arreglo a las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta todas las pruebas aportadas al proceso así como la documentación que sirvió de base para la elaboración del Informe. Por tanto, dicho Informe y las conclusiones que en el mismo se contienen no son, sin más, suficientes para determinar un pronunciamiento de condena de responsabilidad contable, pues es preciso además que, admitida la pretensión, cada uno de los sujetos que integran la relación jurídica procesal contable

y de acuerdo con las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, aleguen y acrediten en el seno del proceso que se dan todos y cada uno de los elementos calificadores de la responsabilidad contable (Sentencias de esta Sala de Justicia de 24 de febrero de 1994, 3 de julio de 1998, y 4 de marzo de 2004, entre otras).

El valor del Informe de Fiscalización es pues, semejante al de cualquier otro documento administrativo no incluido en los números 5º y 6º del artículo 317 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y, al amparo del artículo 319 del citado texto legal, respecto de su contenido, habrán de tenerse por ciertos los hechos que en él se contengan, salvo que otros medios de prueba desvirtúen esa certeza, no constituyendo una presunción de veracidad plena iuris et de iure”.

Dicho medio de prueba también puede utilizarse en el proceso penal.

III. JURISDICCIÓN CONTABLE

1. Naturaleza y extensión de la jurisdicción contable

Además de la función fiscalizadora, la Constitución atribuye al Tribunal de Cuentas el ejercicio de potestades jurisdiccionales en materia contable, cuando en el artículo 136.2, párrafo 2º de su texto, emplea la expresión “*sin perjuicio de su propia jurisdicción*”, de acuerdo con una larga tradición histórica (leyes de 29 de junio de 1934 y 3 de diciembre de 1953).

En el ATC 312/1996, de 29 de octubre, y en la STC 215/2000, de 18 de septiembre, entre otras resoluciones, se afirma que el reconocimiento al Tribunal de Cuentas de una jurisdicción propia, como hace el artículo 136 CE, no contradice lo establecido en el artículo 117.3 CE, al tiempo que hace del mismo el Juez ordinario predeterminado por la Ley para el enjuiciamiento contable. Se mantiene la doctrina establecida en la STC 187/1988, de 17 de octubre.

En definitiva, concluye la STC 215/2000 “*el enjuiciamiento contable que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas constituye el ejercicio de una función jurisdiccional, plena y exclusiva, en un proceso especial por razón de la materia*”.

Como acredita el derecho comparado, si bien no todas las instituciones de control externo desarrollan funciones de enjuiciamiento, lo cierto y verdad es que tal cometido resulta el complemento ideal de las labores de fiscalización, pues una vez detectadas irregularidades en la gestión de los órganos fiscalizados, que conllevan perjuicio a los fondos públicos, el mismo Tribunal, con plena separación de atribuciones, se encarga de exigir las oportunas responsabilidades contables.

Con ello se consigue optimizar la especialización y elevados conocimientos de los funcionarios que prestan su servicio en dicho organismo, reconociendo el ejercicio de una verdadera jurisdicción especializada.

Entendemos que el enjuiciamiento de dichas responsabilidades debe desarrollarse en un marco legislativo y jurisprudencial moderno, dando respuesta a los problemas reales del siglo XXI⁵.

Al respecto, consideramos que la doctrina de la Sala 3ª del TS tiene una misión trascendental en la presente etapa histórica, en cuanto a la concreción de los supuestos de responsabilidad y al procedimiento seguido contra los cuentadantes, pues mediante una interpretación evolucionada y actual de los preceptos sustantivos y procesales de la Ley Orgánica del TCU y de su Ley de Funcio-

⁵ Sobre las dificultades actuales del enjuiciamiento contable y sus posibles soluciones, resultan interesantes las reflexiones de CHAVES GARCÍA, José R. La urgente reconstrucción del enjuiciamiento contable del reintegro por alcance. El Consultor de los Ayuntamientos, nº 6. Quincena del 30 de marzo al 14 de abril de 2017.

namiento, en línea con las recientes reformas legislativas presupuestarias y contables, puede abrir los necesarios cauces para que determinadas conductas, que atentan gravemente al patrimonio público, tengan la consiguiente respuesta.

Los instrumentos jurídicos de respuesta a los efectos derivados del incorrecto manejo de los caudales públicos no pueden permanecer rígidos en posiciones fosilizadas, ancladas en la mentalidad de siglos pasados, sino que forzosamente han de formularse desde una perspectiva dinámica, en plena conexión con las demandas presentes, si es que se quiere combatir eficazmente el fraude y el gasto superfluo.

Enfáticamente queremos poner de manifiesto que la utilización del juicio de cuentas o del procedimiento de reintegro por alcance, en ningún caso, puede constituir obstáculo para la exigencia de las responsabilidades contables, en que hayan incurrido los gestores públicos, o para la aplicación de la prejudicialidad no devolutiva por los órganos judiciales del Tribunal de Cuentas prevista en el artículo 17.2 de la LOTCu, elemento fundamental e imprescindible para el ejercicio de las competencias atribuidas a dicha jurisdicción. Esta cuestión merece un desarrollo que no es posible efectuar en los límites de este trabajo.

En todo caso, debe afirmarse que ambos procesos contables otorgan a la partes comparecidas las máximas garantías, constitucionales y procesales, en la defensa de sus intereses.

La experiencia acredita que si las responsabilidades patrimoniales de los administradores públicos no se exigen en la jurisdicción contable, tampoco serán exigidas en la jurisdicción contencioso-administrativa.

La sociedad plantea que los administradores de los caudales públicos no sólo rindan las cuentas, sino que también reparen en su integridad el daño inferido a tales fondos.

Una simple constatación de irregularidades cometidas en la gestión de esos recursos no es suficiente para el conjunto de contribuyentes, que realiza imperativamente significativas aportaciones, con notable esfuerzo, y luego observa que sus gestores no responden patrimonialmente de su clamorosa e ineficiente administración.

El concepto clave es “eficiencia”, como relación óptima existente entre los medios empleados y los resultados que pueden obtenerse.

La ciudadanía demanda, y así se comprueba en numerosos foros, un nivel de exigencia de responsabilidad contable mayor y ese es el reto al que debe enfrentarse la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en el futuro.

En relación con lo expuesto, puede destacarse la declaración de París⁶, en el marco del grupo de trabajo “*Valores y ventajas de las Entidades Fiscalizadoras Superiores*” de la Organización Internacional que agrupa a dichos organismos (INTOSAI), respecto de las entidades con funciones

⁶ La citada declaración pone de manifiesto dos aspectos importantes, a saber:

El primero consiste en que, a nivel internacional, se valora muy positivamente la presencia de funciones jurisdiccionales en las entidades fiscalizadoras superiores como complemento a su labor auditora. Sin duda alguna, esta circunstancia viene determinada por la sensibilidad que demuestran los países integrantes del Foro con las exigencias actuales de la sociedad.

En efecto, los ciudadanos, cada vez más y mejor formados e informados, demandan, no sólo conocer las irregularidades que perpetran los gestores de los fondos públicos, sino que las instituciones encargadas de ese cometido cuenten con medios o procedimientos que aseguren, de forma inmediata y eficaz, el reintegro de tales perjuicios a costa de los responsables.

El segundo aspecto reside en la relevante posición que se reconoce al Ministerio Fiscal en los citados órganos de control externo, tanto en lo que concierne a la correcta aplicación de la Ley, como a la exigencia de las responsabilidades contables y a la supervisión de los indicados entes.

jurisdiccionales, cuyo encuentro tuvo lugar, en dicha capital, el 13 de noviembre de 2015, para tratar los temas específicos que afectan a este Foro.

No estamos en presencia de una atribución infraconstitucional, como a veces ha sido catalogada la jurisdicción contable, sino que tiene un entronque directo con la normativa constitucional y su contenido se desarrolla en la LOTCu y en la LFTCu.

En nuestro Derecho, el Tribunal de Cuentas tiene atribuidas dos funciones netamente diferenciadas, las cuales, según declara la Sala de Justicia del TCU, en sentencia 11/1998, de 3 de julio, gozan de distinta naturaleza y finalidad. Así, afirma la Sala de Justicia, en la mencionada resolución, *“mientras que en el ejercicio de la función fiscalizadora que compete al Pleno del Tribunal se desarrolla una actividad técnica previa a la función política de las Cortes en la que se informa al órgano parlamentario acerca de la adecuación de la actividad económica financiera de los entes que integran el sector público a los principios que informan en nuestro Ordenamiento la ejecución del gasto público, es decir la legalidad, la eficiencia y la economía, la función de enjuiciamiento contable es una función de naturaleza jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia contable”*.

La extensión y límites de la función enjuiciadora del TCU se recoge en su Ley Orgánica, principalmente en sus artículos 15 a 18, así como en el artículo 49 de la Ley de Funcionamiento, que recoge el concepto de responsabilidad contable.

El artículo 15.1 LOTCu señala que *“el enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos”*.

De ello se desprende que sólo las personas que tengan a su cargo el manejo o custodia de fondos públicos, sean o no funcionarios, personas físicas o jurídicas, pueden incurrir en responsabilidad contable y ser enjuiciados por el Tribunal de Cuentas. Añade el apartado 2 del citado artículo que *“la jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos, así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión”*.

La jurisdicción del TCU se extiende a todo el territorio nacional, es única en su orden (artículo 1.2 LOTCu), y es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena (artículo 17.1 LOTCu).

Es necesaria porque los órganos de enjuiciamiento contable están obligados a actuar para resolver las contiendas que, por reparto, le son encomendadas a través de las pretensiones deducidas por las partes.

Es improrrogable porque su competencia es la determinada por la Ley sin que sea procedente someterla a la voluntad de las partes.

Es exclusiva porque conoce de todas las cuestiones que se susciten respecto de las materias que le están atribuidas sin interferencia de los demás órdenes jurisdiccionales o de potestades ajenas. Dirimir las contiendas sobre responsabilidad contable en vía jurisdiccional es una función estatal atribuida en exclusiva a los órganos de la jurisdicción contable del TCU.

Y es plena porque conoce en su totalidad de las cuestiones de hecho y de derecho, siendo único en su orden y sin perjuicio de los recursos de casación y revisión, en determinados supuestos, ante el Tribunal Supremo.

A través del ejercicio de la acción de responsabilidad contable se formula un juicio de reproche sobre la adecuación a la normativa presupuestaria y contable de la gestión de los fondos públicos, lo que permite obtener el reintegro al Tesoro de los caudales que nunca debieron salir del mismo o de los que no se llegaron a ingresar en él cuando era preceptivo.

Para llevar a cabo dicha actividad jurisdiccional la legislación reguladora del TCU establece dos cauces procesales distintos: el juicio de cuentas, por medio del que se ventilan los supuestos de

responsabilidad contable que no sean constitutivos de alcance, y el procedimiento de reintegro por alcance, a través del que se exige la responsabilidad por alcance, concepto que se viene a identificar con la existencia de un saldo deudor injustificado en las cuentas de cualquier entidad integrante del sector público.

El juicio de cuentas se ajusta, en su tramitación, a los cauces señalados para el recurso contencioso-administrativo, mientras que el proceso de reintegro por alcance se adecua a las normas del procedimiento civil.

Ambos procesos van precedidos de una fase previa, que tiene por objeto concretar el importe de los daños, determinar la identidad de los presuntos responsables y facilitar los medios de prueba que se van a utilizar en la fase propiamente jurisdiccional, que principia con la oportuna demanda. En todo caso, esta fase no limita los medios de prueba ni las personas que pueden ser demandadas por la entidad perjudicada, el Ministerio Fiscal o el actor público.

La tramitación de dicha fase previa es diferente en uno y otro tipo de proceso, pues, mientras que, en el juicio de cuentas, dicha tramitación (denominada pieza separada) es responsabilidad del propio Consejero que realiza la fiscalización, de la que dimanar los indicios generadores de responsabilidad contable, en el procedimiento de reintegro por alcance, las actuaciones previas corren a cargo del Delegado Instructor, designado por la Comisión de Gobierno del TCU a propuesta de la Sección de Enjuiciamiento.

Dicha Sección está integrada por un Presidente y tres Consejeros. A estos últimos, como órganos de primera instancia, corresponde conocer de los procedimientos jurisdiccionales.

La competencia de la Sala de Justicia del TCU se circunscribe a la resolución de los recursos que se pueden interponer, bien contra resoluciones dictadas en las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades contables (Capítulo XI del Título IV de la LFTCu), bien contra las resoluciones recaídas en los procedimientos jurisdiccionales, en los supuestos indicados por la LFTCu. Los primeros carecen de denominación específica y se identifican por el precepto de la ley que los regula, mientras que los segundos son de queja y apelación.

Asimismo, cabe formular ante la Sala de Justicia el recurso previsto en el artículo 41.2 de la LOTCu contra las resoluciones que se dicten por las Administraciones Públicas, en las que se declaren responsabilidades contables distintas del alcance, de conformidad con el procedimiento contemplado en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el título VII de la Ley General Presupuestaria.

De acuerdo con el artículo 52.2 de la LFTCu, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conoce de los recursos de casación y revisión, en los casos y por los motivos determinados en esta Ley.

Especial incidencia tiene el Auto de 31 de mayo de 2017, Sala 3ª del TS, sobre los requisitos de preparación e interposición del recurso de casación contra las resoluciones de la Sala de Apelación del TCU, después de la reforma de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica el recurso de casación en materia contencioso administrativa. El TS considera que resulta de aplicación a la jurisdicción contable el régimen establecido en los artículos 88 y 89 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁷.

⁷ Ver TOLOSA TRIBIÑO, César. Nuevas perspectivas del enjuiciamiento contable: el control casacional. Ponencia presentada en Santander, julio 2017, en el curso *“El Tribunal de Cuentas y la lucha contra la corrupción: actualidad, funcionamiento y reforma”*. Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

2. Concepto y supuestos de responsabilidad contable

La responsabilidad contable es una subespecie de responsabilidad civil que contraen los gestores de caudales públicos frente a la Administración Pública por el menoscabo sufrido en dichos fondos, cuando actúan con dolo o culpa grave e infringen las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a la entidad pública afectada.

Como señala reiteradamente la Sala de Justicia del TCu (sentencias de 18 de abril de 1986, de 10 de julio y 9 de septiembre de 1987, de 29 de julio de 1992, de 28 de febrero de 2001, 14 de septiembre de 2004 y de 30 de septiembre de 2009), la extensión subjetiva de la responsabilidad contable abarca, de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 38.1, 15.1 y 2.b) de la LOTCu, no a cualquier persona, sino, solamente, a “*quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos*”, ya que, de lo contrario, la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencia de otros órganos jurisdiccionales.

Las sentencias de la Sala de Justicia del TCu, de 27 de octubre de 2004, 13 de abril de 2005 y 22 de julio de 2009, establecen que para que determinada acción pueda ser constitutiva de responsabilidad contable debe reunir los siguientes requisitos: a) que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; b) que, además, la referida acción u omisión se desprenda de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos; c) que la mencionada acción suponga una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del sector público de que se trate; d) que la repetida acción esté marcada por una nota de subjetividad, pues su concurrencia no es sino la producción del menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia graves; e) que el menoscabo producido sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente; y f) que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

Constituyen hechos, que pueden generar responsabilidad patrimonial, los previstos en el artículo 177.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, a saber:

- a) Haber incurrido en alcance o malversación en la administración de los fondos públicos.
- b) Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública estatal sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro.
- c) Comprometer gastos, liquidar obligaciones y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable.
- d) Dar lugar a pagos reintegrables, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de esta ley.
- e) No justificar la inversión de los fondos a los que se refieren los artículos 78 y 79 de esta ley y la Ley General de Subvenciones.
- f) Cualquier otro acto o resolución con infracción de esta ley, cuando concurren los supuestos establecidos en el artículo 176 de esta ley.

Según establece el artículo 72.1 de la LFTCu “*se entenderá por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas*”.

En el apartado 2 de dicho precepto se define la malversación contable, en los siguientes términos: “*A los mismos efectos, se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo*”.

En el supuesto de que estemos en presencia de un alcance o malversación contable, la responsabilidad será exigida por el Tribunal de Cuentas, mediante el oportuno procedimiento de reintegro, de conformidad con lo establecido en su legislación específica (artículo 180.1 LGP).

En los supuestos descritos en los párrafos b) a f) del apartado 1 del artículo 177 de la LGP, y sin perjuicio de dar conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas a los efectos prevenidos en el artículo 41.1 de la LOTCu (avocación del procedimiento), la responsabilidad será exigida en expediente administrativo instruido al interesado (artículo 180.2 LGP).

A tal fin, se ha publicado el Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el título VII de la Ley General Presupuestaria.

Este Decreto se aplica, subsidiariamente, en la Administración autonómica y en la local.

Según observa atinadamente CUBILLO RODRÍGUEZ⁸, los supuestos de responsabilidad contable distinta de alcance, indicados anteriormente, se reiteran en el artículo 28 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que añade, como infracciones económico-presupuestarias, diversas vulneraciones de la legalidad reguladora de la sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria.

Al respecto, el artículo 31 de la mencionada Ley 19/2013 dispone que tales hechos se pondrán en conocimiento del Tribunal de Cuentas por si procediese, en su caso, la incoación del oportuno procedimiento de responsabilidad contable.

Cabe entender, por tanto, que el legislador está formulando nuevas responsabilidades contables, a la vista de los perjuicios económicos que se pueden causar al Tesoro Público como consecuencia de la inobservancia de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

En este sentido, el artículo 26.2.b).8º de la Ley 19/2013 determina que las personas comprendidas en el ámbito de su actuación “*gestionarán, protegerán y conservarán adecuadamente los recursos públicos, que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas por la normativa que sea de aplicación*”.

3. Compatibilidad de la jurisdicción contable con la penal

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias de 26 de julio de 1983 y 21 de mayo de 1984) como la doctrina de la Sala de Justicia del TCU (sentencias 11/1993, de 26 de febrero, y 19/1994, de 30 de junio), coinciden en señalar que es legalmente posible el enjuiciamiento de unos mismos hechos por ambas jurisdicciones, con plena autonomía, relativa tanto a la apreciación y valoración de unos determinados hechos probados, como a la concreción de las consecuencias jurídicas que pueden desprenderse de los mismos, pues en una y otra jurisdicción son distintos los criterios de enjuiciamiento y, además, las normas aplicables en sede penal y en sede contable son de estructura finalista distinta y de diferente eficacia jurídica.

⁸ CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos. Consejo General del Poder Judicial. Formación Continua. Encuentro con el Tribunal de Cuentas, 26-28 de septiembre de 2016. “La responsabilidad contable: nuevas perspectivas”. Pág. 21.

En sentencias de la Sala de Justicia del TCU n° 18/1997, de 3 de noviembre; 10/2003, de 23 de julio; y 8/2007, de 6 de junio; se sostiene que las resoluciones que se dictan en la jurisdicción penal no producen efecto de cosa juzgada en los restantes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo que se refiere a los hechos probados o a la inexistencia de los mismos. El principio de cosa juzgada debe interpretarse, en el ámbito de la jurisdicción contable, en consonancia con la compatibilidad de esta función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas con la actuación del orden jurisdiccional penal, cuyos fundamentos legales se encuentran en los artículos 18 de la LOTCu y 49.3 de la LFTCu.⁹

Ambas jurisdicciones examinan los hechos desde la perspectiva de su propia competencia, de forma que en sede penal se decide si se han cometido delitos y las sanciones que corresponde imponer por los mismos, mientras que lo que se dilucida ante el Tribunal de Cuentas es si se ha producido un menoscabo en el patrimonio público que deba ser reparado.

En este sentido, la sentencia n° 11/2016, de 29 de junio, del Departamento 1° de la Sección de Enjuiciamiento del TCU, indica que:

“En lo que a la responsabilidad civil derivada de los delitos se refiere, la Sala de Justicia ha venido manteniendo la competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas para conocer de ella cuando reúne los requisitos de la responsabilidad contable. Así, en la sentencia de la Sala 8/2007, de 6 de junio, que se basa en la fundamentación jurídica de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1991 y 11 de octubre de 1991, se dispone que la jurisdicción contable prevalece sobre la penal en cuanto a la fijación de la responsabilidad civil derivada del delito, en la medida en que ésta sea coincidente con la contable, no correspondiendo a la jurisdicción penal entrar en la cuestión de las consecuencias civiles derivadas del delito, que son competencia del Tribunal de Cuentas. Este mismo criterio se sigue en otras resoluciones de la Sala, como en la sentencia 19/1994, de 30 de junio, en la que se dispone que la jurisdicción contable es la única competente para decidir sobre la responsabilidad contable derivada de los delitos y que, si el órgano jurisdiccional penal fija una cuantía y el órgano de la jurisdicción contable otra, debe prevalecer esta última”.

Dicha resolución ha sido confirmada por la Sala de Justicia del TCU n° 21/2017, de 13 de julio, que afirma que *“debe destacarse que el Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia 262/2016, de 20 de abril, ha declarado respecto a la vinculación de los pronunciamientos penales que: “En suma, como ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 31 de mayo 2011, Rc. 1899/2007 y 11 de enero de 2012, Rc. 2120/2009, entre otras) las sentencias penales absolutorias no crean cosa juzgada vinculante para el proceso civil, salvo que se declare expresamente probado que el hecho no ocurrió en la realidad. Es por ello que, salvo el caso indicado, la absolución o sobreseimiento penal no impide probar y apreciar otras circunstancias relevantes para la acción civil ejercitada”.*

Con el mismo criterio, la sentencia n° 16/2016 de la Sala del TCU de 13 de diciembre de 2016, proclama que *“no existe obstáculo jurídico alguno para que la Jurisdicción Contable condene a un gestor de fondos como responsable contable por unos hechos que hayan sido objeto de sobreseimiento en la vía penal. La inexistencia de responsabilidad sancionatoria no implica que no pueda*

⁹ El artículo 18 de la LOTCu dispone: *“1. La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. 2. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable”.*

Por su parte, el artículo 49.3 de la LFTCu establece que *“Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos”.*

concurrir una responsabilidad resarcitoria por los mismos hechos, dada la naturaleza jurídica de ambas y el diferente régimen jurídico que las regula”.

Igualmente, la sentencia de la Sala de Justicia del TCU n° 9/2017, de 21 de marzo, considera que *“Los pronunciamientos que se emitan en vía penal sobre la adecuación de la conducta de las personas enjuiciadas al tipo penal configurador de cada delito enjuiciado, no tienen “influencia decisiva” en las resoluciones de la Jurisdicción Contable sobre los mismos hechos, que se ciñen a determinar si los mismos suponen una falta de justificación de la aplicación de unos fondos públicos a destinos jurídicamente correctos”.*

Por su parte, la STC 26/2018, de 5 de marzo, señala que *“La jurisdicción penal solo entra a conocer de cuestiones civiles, administrativas o constitucionales a los meros efectos de la represión (artículo 3 de la Ley de enjuiciamiento criminal). Las decisiones de archivo penal que afecten a derechos fundamentales de las partes acusadoras no resuelven por completo sobre los derechos fundamentales sustantivos de quienes ejercen la acusación, sino únicamente desde la perspectiva penal. Ello supone que ni prejuzgan, ni entorpecen la decisión que, en su caso, haya de adoptarse por la jurisdicción competente en el orden no represivo (STC 41/1997, FJ 6, y ATC 175/1997, FJ 4)”.*

4. Malversación penal y responsabilidad contable

La conducta malversadora penal conlleva un perjuicio para el patrimonio público, como se desprende del vigente artículo 432 del Código Penal, que se deriva tanto de la administración desleal como de la apropiación indebida.

Según pone de manifiesto la doctrina¹⁰, el concepto de patrimonio público es un concepto más amplio que el de caudales o fondos públicos, que, sin embargo, es el dominante en el ámbito de la responsabilidad contable (artículo 72 de la LFTCu).

Desde el punto de vista objetivo, los conceptos de malversación penal y de responsabilidad contable no resultan coincidentes, por lo que evidentemente los objetos procesales difieren y comportan que las responsabilidades civiles también puedan ser distintas.

En el ámbito subjetivo, los responsables también pueden diferir, pues los preceptos sustantivos que regulan las obligaciones en que incurren las personas que se relacionan con el patrimonio público o los caudales públicos varían de manera significativa, según estemos en la esfera penal o contable.

Todo ello ha ocasionado pronunciamientos aclaratorios de la Sala 2ª del TS, a fin de acotar convenientemente el ámbito de actuación de cada jurisdicción.

En este sentido, la STS 149/2015, de 11 de marzo, con cita de la STS 784/2012, de 5 de octubre, y la STC 126/2011, de 18 de julio, establecen los siguientes criterios:

1º) Cuando el Tribunal Penal estime que una determinada responsabilidad civil *ex delicto* es separable o diferenciable de la contable, porque no conste aún que el responsable penal tenga la cualidad de responsable contable, porque concurren una pluralidad de responsables del delito, alguno de los cuales no sea necesariamente responsable contable o pueda no concurrir contablemente la

10 MIR PUIG, Carlos. La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español. ADPCP, Vol. LXVIII, 2015. Páginas 215 y 216. Dicho autor indica que “al referirse el texto al patrimonio público y no sólo a los *caudales o efectos públicos*, puede ser objeto del delito no sólo los bienes muebles sino también los *inmuebles*, así como los activos patrimoniales, que también forman parte del patrimonio público.

misma solidaridad entre los responsables que en el ámbito penal, porque concurren partícipes a título lucrativo, porque puedan existir responsabilidades prescritas en el ámbito contable que no lo estén en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, porque existan otros perjudicados por el delito distintos de las entidades del sector público, etcétera, la responsabilidad civil nacida del delito deberá ser precisada en la resolución penal de acuerdo con las normas del Código Penal sobre el particular.

2º) Cuando no se aprecie una causa que justifique en el caso específico la diferenciación entre la responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad contable (lo que corresponde valorar al Tribunal Penal), por concurrir las tres identidades de sujeto responsable, entidad perjudicada y conducta dolosa que constituya la fuente de la responsabilidad, y dado que la determinación de la responsabilidad contable corresponde legalmente al Tribunal de Cuentas, el Tribunal Penal debe respetar la cuantificación de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos que determine dicho Tribunal. Especialmente cuando esta responsabilidad ya haya sido cuantificada por el Tribunal de Cuentas, para evitar duplicidades e incongruencias. Dicho criterio se mantiene en la STS 277/15, de 3 de junio.

Supuesto que merece especial atención es el llamado despilfarro o gasto superfluo efectuado por el gestor de fondos públicos, que actualmente podría ser subsumido en el delito de malversación, según indica la STS, Sala 2ª, 277/2018, de 8 de junio, por la vía de la administración desleal, pero que, con anterioridad a la reforma llevada cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, únicamente tendría acomodo en el ámbito de la responsabilidad contable.

En efecto, la mencionada sentencia señala que la gestión desidiosa o incluso desleal no quedaban ineludiblemente incardinados en la derogada malversación. *“Ese tipo de conductas –constata el Tribunal Supremo– podían hacerse acreedores de un reproche político, y también, muy probablemente, a través del mecanismo de responsabilidad contable merecer una contundente reacción jurídica; pero no el reproche penal que incorporaba entonces el delito de malversación. La falta de justificación del gasto en el ámbito penal (otra cosa es el ámbito de la responsabilidad contable) no conduce necesariamente a afirmar que el gasto no se hizo y que el dinero fue malversado. Puede ser prueba de ello, pero también es imaginable –y la Audiencia en este caso lo considera, por lo menos posible– un gasto realizado efectivamente combinado con la imposibilidad sobrevenida de justificarlo por falta de previsiones o por cualquier otro género de circunstancias, incluida la desidia. Solo si se hubiese acreditado un desvío de cantidades a fines particulares atribuyéndolas falsamente a la inversión en el proyecto podríamos hablar de malversación”.*

Por tanto, la propia Sala 2ª del TS valora que la mala gestión de los fondos públicos, consecuencia de un uso poco diligente de los mismos, puede constituir un supuesto de responsabilidad contable.

La cuestión tiene especial importancia en el campo de la contratación administrativa, por cuanto, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en los expedientes de contratación debe quedar constancia de la necesidad e idoneidad del contrato. Concretamente se dispone en el apartado 1 del citado precepto que *“Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”.*

Por tanto, la habilitación del gasto está supeditada a la realización de fines lícitos, dentro del ámbito de competencia del órgano contratante. De no ser así, el gasto resultará injustificado y conllevará que aquellos que han intervenido en su aprobación y ordenación deban resarcir los perjuicios causados al erario público.

Según la sentencia de la Sala de Justicia del TCU nº 18/2016, de 14 de diciembre, *“puede nacer responsabilidad contable cuanto la prestación que se paga con fondos públicos está comple-*

tamente desconectada de las finalidades públicas a las que legalmente sirva la entidad con cuyos fondos se realiza el pago. Estos gastos en atenciones completamente ajenas a las finalidades públicas son equiparables a los pagos sin contraprestación, dado que el bien o servicio que se retribuye en este caso no redunde en provecho ni sirva a los fines de la entidad pública con cuyos fondos se paga, por lo que ésta, en realidad, nada recibe a cambio del pago que realiza”.

Entendemos que también dentro de la responsabilidad contable debe contemplarse el concepto personal de patrimonio, elaborado en la doctrina penal¹¹, como una unidad personal, donde se atiende al uso de la cosa por parte de la Administración Pública afectada, de modo que existirá perjuicio cuando se frustren los fines perseguidos por dicha Administración en la operación realizada por el gestor, aunque el valor económico no cambie.

La STS, Sala 2ª, de 23 de abril de 1992 (caso colza), toma en consideración la finalidad patrimonial del titular de los bienes.

En consecuencia, en los supuestos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también daño económico.

Como es sabido (STC 229/2003, de 18 de diciembre), en materia penal rige el denominado principio de intervención mínima, conforme al cual la intromisión del Derecho Penal debe quedar reducida al mínimo indispensable para el control social. De modo tal que la sanción punitiva, como mecanismo de satisfacción o respuesta, se presenta como *ultima ratio*, reservada para aquellos casos de mayor gravedad y siempre sometida a las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad.

En cambio, la jurisdicción contable, según se ha indicado anteriormente, no tiene carácter sancionatorio, sino resarcitorio, por lo que no opera con tales criterios restrictivos.

Tampoco se aplica, en la exigencia de la responsabilidad contable, el principio de presunción de inocencia, dado que la cuestión probatoria se atiende al régimen consagrado en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (principio de carga de la prueba).

El TS, Sala 3ª, en Sentencia de 6 de octubre de 2004, afirma que *“la responsabilidad contable surge en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de los fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia: El cargo o entrega de fondos y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca el descargo, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión o bien bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas. Acreditada la entrega de los fondos y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas, lo que denominamos un alcance de fondos”.*

Por otra parte, la responsabilidad contable del cuentadante puede deducirse tanto de su conducta dolosa como de la gravemente negligente, a diferencia de lo que sucede en la malversación penal, que solo es punible cuando concurre dolo.

Asimismo, conviene señalar que en la jurisdicción contable, además de reclamar el importe de los daños causados al erario público, se solicita la cantidad correspondiente a los intereses legales y moratorios.

IV. POSICIÓN Y FUNCIONES DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

La misión del Ministerio Fiscal enunciada, con carácter general, en el artículo 124.1 de la Carta Magna se traslada al ámbito del control externo del sector público, a través de la LOTCu y su

¹¹ Ver MIR PUIG, Carlos. Op. cit. Páginas 212 y 213.

Ley de Funcionamiento, que otorgan al Ministerio Público un papel relevante tanto en el ámbito de la fiscalización como en el de la exigencia de las responsabilidades contables.

El propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, señala en su artículo 12.1 i) que la Fiscalía del Tribunal de Cuentas se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica de dicho Tribunal.

Dentro del Título II de la LOTCu, dedicado a la composición y organización del Tribunal de Cuentas, el artículo 19 apartado g) determina que la Fiscalía es uno de los órganos del Tribunal.

El diseño de la citada Fiscalía, establecido cuidadosa y sabiamente por el legislador poco después de ser aprobada la Constitución, tiene no sólo fundamentos históricos, sino que atiende a la conveniencia de que el Ministerio Público cuente con las oportunas garantías institucionales, incluso dentro del propio Tribunal, para que pueda intervenir eficazmente, con el suficiente grado de independencia y objetividad, en la defensa del interés público, en relación con los caudales manejados por las diferentes Administraciones, pues únicamente el Fiscal está presente en todas las fiscalizaciones, tanto del TCu como de los OCEX, y en todos los procesos contables.

La experiencia evidencia que la doble dependencia de la Fiscalía (orgánicamente, del Tribunal de Cuentas, y funcionalmente, de la Fiscalía General del Estado) no suscita problemas en el devenir constante de sus actuaciones.

El Fiscal forma parte del Pleno (artículo 21.1 de la LOTCu), donde se tratan asuntos de naturaleza gubernativa y fiscalizadora, en ningún caso de carácter jurisdiccional. Con el voto del Fiscal se aprueban los informes de fiscalización, máxima expresión de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas.

El artículo 27 de la LOTCu establece que la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, dependiente funcionalmente del Fiscal General del Estado, quedará integrada por el Fiscal y los Abogados Fiscales.¹²

Como miembro del Pleno, el Fiscal tiene encomendadas las funciones recogidas en el artículo 3º de la LFTCu y debe actuar conforme establecen los artículos 4º y 5º de dicha norma.

Puede considerarse a la Fiscalía del TCu como precursora en la aparición de nuevos órganos, dentro de la estructura del Ministerio Público, encargados de llevar a cabo cometidos especializados.

Así, el artículo 3.14 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que corresponde al Ministerio Fiscal *“Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas”*.

La especialización de las Fiscalías constituye una exigencia de los tiempos modernos, dada la complejidad de los asuntos a investigar y el extraordinario desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal de cada uno de los ámbitos, que es objeto de su respectiva competencia.

En el supuesto del Tribunal de Cuentas, la justificación de dicha especialización, si cabe, es mayor, debido a la complejidad de las materias que se examinan (económicas, financieras y contables).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 16.2 de la LFTCu, son funciones de la Fiscalía del TCu, las siguientes:

a) “Consignar su dictamen escrito en las Cuentas Generales y en las Memorias, Mociones y Notas del Tribunal, en orden a las responsabilidades contables que de ellas puedan resultar.

b) Ser oído en los procedimientos de fiscalización del Tribunal antes de su aprobación definitiva y solicitar la práctica de las diligencias que estime convenientes en orden a la depuración de las responsabilidades contables que de aquéllos puedan resultar.

¹² El Real Decreto 62/2015, de 6 de febrero, dispone que la plantilla de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas se compondrá de un Fiscal Jefe, un Teniente Fiscal y tres Fiscales.

c) Tomar conocimiento de todos los procedimientos fiscalizadores y jurisdiccionales que se sigan en el Tribunal a efectos de esclarecer las posibles responsabilidades contables que de ellos puedan derivarse.

d) Ejercer la acción de responsabilidad contable y deducir las pretensiones de esta naturaleza en los juicios de cuentas y procedimientos de reintegro por alcance”.

En el desempeño de tales cometidos, la Fiscalía actúa “conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad, y en la forma determinada por su legislación orgánica con las particularidades establecidas en la LFTCu” (artículo 16.1 de la Ley 7/1988).

Si de la tramitación de los procedimientos de fiscalización se desprendiese la existencia de responsabilidades contables, el Fiscal solicitará del correspondiente Departamento de Fiscalización que se trasladen los necesarios antecedentes a la Sección de Enjuiciamiento.

Igualmente, si del examen de los referidos procedimientos se acreditase la existencia de indicios de responsabilidad penal, tributaria o administrativa, el Ministerio Fiscal interesará que se deduzca el oportuno testimonio, a fin de remitirlo a la jurisdicción penal o a la autoridad competente.

V. LEGITIMACIÓN DEL FISCAL EN EL PROCESO CONTABLE

Dado que en numerosas ocasiones las entidades públicas perjudicadas, por diferentes razones, no ejercen la acción de responsabilidad contable, resulta necesaria la presencia del Fiscal en el proceso contable, a fin de defender los intereses patrimoniales del Sector Público.

La mencionada legitimación viene reconocida en el artículo 55 de la LFTCu.

El Fiscal puede ser demandante, adherirse total o parcialmente a la demanda de la entidad perjudicada o del actor público o interesar la desestimación de la demanda. No puede ser condenado en costas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 394.4 de la LEC y 139.6 de la LJCA.

Las diferentes actuaciones que tienen lugar en la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal, tanto en la fase declarativa como en la fase de ejecución, se desarrollan con la intervención del Fiscal, de suerte que las resoluciones dictadas por la Sala de Justicia o por los Departamentos de la Sección de Enjuiciamiento van precedidas del correspondiente informe del Ministerio Público, que unas veces se desarrolla por escrito y otras oralmente, como ocurre en las audiencias previas de los juicios o en la propia vista.

Como acertadamente señala LÓPEZ LÓPEZ¹³, el Ministerio Fiscal, por imperativo de la Constitución, de su Estatuto Orgánico y de las Leyes propias del Tribunal de Cuentas, tiene como misión velar por el cumplimiento de la legalidad en cualquier procedimiento jurisdiccional, incluidos los de naturaleza contable.

El hecho de que el Fiscal no formule demanda, o no se adhiera a la presentada por el ente público perjudicado o por el actor público (popular), no le convierte, en ningún caso, en legitimado pasivo en el correspondiente procedimiento jurisdiccional contable, por cuanto su intervención es de carácter institucional, en defensa de la ley y del interés público.

El objeto del proceso, la integridad del erario público, fundamenta la intervención del Fiscal,

¹³ LÓPEZ LÓPEZ, Juan Carlos. El Tribunal de Cuentas: fiscalización y enjuiciamiento. Estudios de Derecho Judicial nº 83. 2005. “La legitimación pasiva en los procedimientos jurisdiccionales de responsabilidad contable”. Págs. 166 a 168.

en los distintos procedimientos que se tramitan, con criterio propio e independiente de la Administración Pública perjudicada, que puede desistir o renunciar a la acción entablada, lo que no supondrá el sobreseimiento de las actuaciones, dado que podrán continuar con las demás partes, o sólo con el Ministerio Fiscal, hasta la resolución definitiva del pleito (artículo 58.3 de la LFTCu).

Por tanto, el Fiscal de ninguna manera puede quedar apartado del proceso, aun cuando se oponga a la pretensión formulada por la parte demandante, pues con su actuación imparcial también satisface el interés público y los derechos de los ciudadanos¹⁴.

¹⁴ Ver SOLA FERNÁNDEZ, Mariano. El Tribunal de Cuentas: fiscalización y enjuiciamiento. Estudios de Derecho Judicial nº 83. 2005. “La legitimación activa en los procedimientos de responsabilidad contable. Especial referencia al Ministerio Fiscal”. Págs. 131 a 135.

Constitución, medio ambiente y la correspondiente especialidad en el seno del Ministerio Fiscal

ANTONIO VERCHER NOGUERA

Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo

SUMARIO

I. Introducción. II. Algunas consideraciones sobre el artículo 45 de la Constitución Española, con especial referencia a su párrafo tercero. a) Párrafo primero. b) Párrafo segundo. c) Párrafo tercero. III. Artículos 46 y 47 de la constitución española. IV. La proyección penal de la materia en la práctica. V. De nuevo la resolución (77) 28 del Consejo de Europa: dos aspectos importantes a tomar en consideración. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978, suprema norma actualmente en vigor en nuestro país, introdujo la protección del medio ambiente en su artículo 45.¹ Al margen de lo que significaba una normativa de esa naturaleza en una nación, como España, que acababa de superar una larga dictadura en la que el medio ambiente no era más que una anécdota,² la norma en cuestión incorporaba aspectos que merece la pena subrayar, y que siguen estando de actualidad. Esa inclusión en nuestra Carta Magna es especialmente significativa por cuanto que la misma “...recoge los principios axio-

¹ Según esta norma:

“1. Todos tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

² “En los últimos veinte años ha crecido de forma significativa el interés que muestra la sociedad española por las noticias relacionadas con el medio ambiente. Si ahora el 76,1% de los ciudadanos declaran estar interesados por la ecología y el medio ambiente, frente a un 23,5% que reconoce abiertamente no estarlo, en 1996 el porcentaje de interesados no llegaba al 60% y el de no interesados ascendía al 40%.” Vide ROMERO, Marta: ¿Concienciados con el Medio Ambiente? En: el diario.es. 4 de enero de 2017.

*lógicos y procedimentales esenciales del Estado.*³ Quizás proceda, pues, para empezar, y a modo de introducción al presente trabajo, hacer algunas breves consideraciones en relación a esa disposición.

En primer lugar, el medio ambiente se incorporó en nuestro sistema legal como un principio rector de la política social y económica, tal como se desprende de la localización del artículo 45 en el articulado de la Constitución.⁴ No sería, por lo tanto, un derecho subjetivo como tal.⁵ Ello implica, en principio, ciertas limitaciones prácticas, tales como la imposibilidad de su alegación ante la jurisdicción ordinaria, si bien, sí cabría alegarse, sin embargo, ante el Tribunal Constitucional, básicamente porque ese contexto regulativo no implica o supone derecho subjetivo alguno, a tenor del contenido del artículo 53.3 de la Norma fundamental.⁶ Lo cierto es, sin embargo, que la tendencia actual es a admitir su carácter como derecho subjetivo. De hecho, la doctrina ha dado pasos interesantes en la materia en pro de “...una interpretación...que evita la inaplicación que, en otro caso, sufriría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española,”⁷ es decir, hacia su consideración como un derecho subjetivo. Lo cual ha llevado a señalar que “...el artículo 45.1 de la Constitución Española reconoce un verdadero derecho (público subjetivo) al libre desarrollo de la persona en un entorno (medio ambiente) adecuado. Y está garantizado mediante acción de defensa: recurso contencioso-administrativo ordinario.”⁸

Por otra parte, el derecho al medio ambiente, dado que no está regulado entre los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en nuestra Magna Carta,⁹ no se le puede considerar

³ BUSTOS GISBERT, R.: Es urgente reformar la constitución. En: Agenda Pública. El Periódico. 22 de octubre de 2018. <http://agendapublica.elperiodico.com/es-urgente-reformar-la-constitucion>.

⁴ Situado en el capítulo tercero de la Constitución Española, con el título “De los principios rectores de la política social y económica”, regulados por el artículo 39 y siguientes.

⁵ Tal como pone de manifiesto Velasco Caballero, “En mi opinión, la negación del derecho subjetivo a un medio ambiente adecuado, inmediatamente garantizado por la Constitución, es el resultado de tres prejuicios: que se trata de un derecho social (frente a los derechos de libertad); que los derechos sociales se garantizan mediante prestaciones (directas o derivadas) del Estado; y que no es posible, por razones técnico-jurídicas, formular derechos de prestación directamente derivadas de la Constitución; porque el derecho de prestación, para ser real, ha de referirse a un objeto preciso; y esta labor de definición de la prestación no es posible en un texto constitucional, sino a través de la ley.” VELASCO CABALLERO, F.: Artículo 45. En Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario. Directores y Coordinadores: María Emilia Casas Baamonde et. Al. Fundación Wolters Kluwer. España. 2009. Pág. 1091.

⁶ Según el artículo 53.3 de la Constitución: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.” Sin embargo, como señala López Ramón “Ciertamente, el artículo 53.3 de la Constitución no permite la directa consideración como derechos subjetivos de los principios económico-sociales recogidos en el capítulo 3º del título I del texto fundamental. Pero no hay ninguna razón concluyente para entender que en esa ubicación constitucional únicamente se contienen principios económico-sociales.” LÓPEZ RAMÓN, F.: Op. cit. Pág. 88.

⁷ Además, “Cada vez parecen existir menos razones para no concordar con quienes propugnan que el artículo 45 de la Constitución, al establecer que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona”, se traduce precisamente en lo que dice y no en otra cosa. La fuerza de las palabras utilizadas en el precepto, por lo que ellas mismas significan, junto con la fuerza de la conciencia social sobre la necesidad de compromisos ambientales en el texto fundamental, son elementos que justifican interpretar que la palabra “derecho” equivale, como es habitual en el lenguaje jurídico, a derecho subjetivo, esto es, a una situación de poder individual susceptible de tutela judicial.” LÓPEZ RAMÓN, F.: Op. cit. Págs. 88-89.

⁸ VELASCO CABALLERO, F.: Op. cit. Pág. 1091.

⁹ Es decir, Capítulo Segundo, Sección Primera y artículos 15 y siguientes,

tampoco como un Derecho fundamental. Es decir, constitucionalmente hablando, el medio ambiente en España no es, en esencia, un Derecho fundamental, si bien hay que reconocer, no obstante, la existencia de una tendencia en nuestro país en pro de su consideración como un Derecho fundamental,¹⁰ aunque fuera del contexto regulativo que tiene en la actualidad, es decir, fuera del artículo 45 de nuestra Constitución.

Para llegar a esa perspectiva es importante referirnos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y a su jurisprudencia, dado que la Constitución Española no es ajena al desarrollo de la jurisprudencia del TEDH. Esa jurisprudencia, partiendo del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) en el que, por lo demás, no está previsto el medio ambiente como un derecho fundamental, ha conseguido su protección como tal por la puerta trasera, o, por decirlo de otro modo, de “rebote”, tal como señala Sudre.¹¹ Lo que se ha venido haciendo por parte del TEDH ha sido proteger el medio ambiente a través de la protección de los derechos individuales garantizados por el CEDH, tales como la intimidad, la integridad física, etc., marcando, de este modo, una nueva ruta de protección ambiental con base en el CEDH, pero sin estar prevista expresamente en el mismo.¹²

Por lo demás, la jurisprudencia del TEDH debe de ser aplicada en sus propios territorios por los Estados miembros.¹³ Todo ello sin perjuicio de la obligación constitucionalmente impuesta en nuestro país¹⁴ de interpretar los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia del TEDH.¹⁵ Todo lo cual atempera, además, la limitación que es consecuencia de su localización dentro de la Constitución Española, como un principio rector de la política social y económica, y a la que aludíamos con anterioridad.

¹⁰ Por ejemplo, según se señala, “...si me preguntan, creo que si alguna vez se abre de verdad el melón de la reforma constitucional, habría que aprovechar para cambiar el artículo 45 de sitio y ponerlo en ese grupo de derechos y libertades fundamentales que vinculan a todos los poderes públicos y que no requieren leyes que los desarrollen. Y, ya puestos, ampliar eso de la “indispensable solidaridad colectiva” para que recoja el concepto de sostenibilidad y sus implicaciones con las generaciones presentes y futuras... avanzar de la protección del medio ambiente y dar un necesario paso hacia la sostenibilidad.” A título de ejemplo, VIZCAINO LÓPEZ, A.: Medio Ambiente en la Constitución Española. En: Productor de la Sostenibilidad. 5 de diciembre de 2016. <https://www.productordesostenibilidad.es/.../medio-ambiente-en-l...>

¹¹ Sudre lo denomina protección “*par ricochet*” o “*de rebote*”. Vide, al efecto, SUDRE, F.: La protection du droit a l’environnement par la Convention Européenne de l’Homme. Colloque d’Angers, dirigido por Jean-Claude Masclat. En: La documentation française. Paris, 1997. Págs. 211 y 212.

¹² Se trata de una forma de activismo judicial iniciada al respecto por el TEDH y que de alguna forma se está extendiendo a otros órganos judiciales como el Tribunal Penal Internacional. Vide VERCHER NOGUERA, A.: Activismo Judicial: del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Tribunal Penal Internacional en materia de medio ambiente. En: La Ley. N° 9065. 20 de octubre de 2017. También, VERCHER NOGUERA, A.: Derechos Humanos y Medio Ambiente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Breves Notas para el Futuro Contexto Internacional. En: Revista Penal. Número 3. Julio 2012. Pág. 146 y ss.

¹³ Recuérdese, a tal efecto, que el artículo 46.1 del CEDH establece que “*Las altas partes contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del TEDH en los litigios en los que son partes.*” A su vez, el párrafo 2 del artículo 46 del CEDH encomienda al Comité de Ministros del Consejo de Europa la función de “*velar*” por la ejecución de las sentencias firmes que le trasmite el TEDH.

¹⁴ Según el artículo 10.2 de la Constitución Española:

“2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*”

¹⁵ Nota 12 *supra*.

Cabría plantearse, acto seguido, cuál es el valor de la incorporación del medio ambiente al marco constitucional español. Pues bien, es sabido que el acceso de la protección del medio ambiente en las diferentes constituciones del mundo es hoy en día una tendencia mayoritaria, aunque, debido es reconocerlo, esa tendencia no es realmente unánime, sino sólo mayoritaria. Se trata, además, de una afirmación basada en estudios elaborados previamente al efecto.¹⁶ De hecho, según Boyd, a partir del año 1970, al menos una nación por año ha incluido o fortalecido, bien al redactar su Constitución, o al revisar la misma, disposiciones normativas relativas a la protección ambiental.¹⁷ Así pues, hoy es lógico admitir que la protección constitucional del medio ambiente no es ni excepcional ni especialmente complicada. Afirmación esta que es fácil de demostrar simplemente recurriendo al examen del Derecho comparado, aunque, tal como se insistía, no se trata de una tendencia del todo unánime en el mundo.¹⁸

Por lo tanto, no es especialmente meritorio el hecho de que nuestro país incorporara la protección del medio ambiente en la Constitución de 1978, concretamente en su artículo 45.¹⁹ Se trata, como decíamos, de un planteamiento bastante generalizado en el mundo, con sus correspondientes excepciones. No obstante, también hay que reconocer, y es ahí donde sí reside un cierto mérito por parte de nuestra Carta Magna, que “...*la Constitución Española de 1978 (artículo 45) fue una de las primeras del mundo en reflejar la preocupación social por la tutela del medio ambiente*”,²⁰ tal como precisa López Ramón. Si bien, siguiendo al mismo autor, se ha seguido un modelo foráneo,²¹ concretamente del artículo 66 de la Constitución Portuguesa.²²

¹⁶ “*Mientras que 148 de 196 Constituciones nacionales manifiestan hoy en día alguna forma de constitucionalismo ambiental, el hecho de que algunos Estados no hayan introducido ese tipo de disposiciones, pone de manifiesto que esa tendencia es mayoritaria pero no unánime.*” Vide O’GORMAN, R.: *Environmental Constitutionalism: A Comparative Study*. Volumen 6, tomo 3, noviembre 2017. Abstract. Pág. 435-462.

¹⁷ BOYD, D.R.: *The Status of Constitutional Protection for the Environment in Other Nations*. Executive Summary. En: David Suzuki Foundation. <https://davidsuzuki.org/.../status-constitutional-protection-environ>. Paper 4.. Pág. 2

¹⁸ Según el autor, si bien es esencial en la aplicación del derecho ambiental la intervención de los Jueces, no le parece que sea tan importante, sin embargo, para ese objetivo, la inclusión de la protección ambiental en el contexto constitucional. En este caso el autor se basa en las Constituciones de los Estados Unidos, India, Sud África y Nigeria. Vide BURNS, K.: *Constitutions and the Environment: Comparative Approaches to Environmental Protection and the Struggle to Translate Rights into Enforcement*. En: *Harvard Environmental Law Review*. 14 de noviembre de 2016. Vide Conclusions.

¹⁹ Vide nota 12 *supra*.

²⁰ LOPEZ RAMÓN, F.: Op. cit. Pág. 86.

²¹ “*Se siguió para ello el modelo de la Constitución portuguesa de 1976 (artículo 66) empleado por las asociaciones ecologistas en las presiones que ejercieron sobre los constituyentes de nuestro país*”. LOPEZ RAMÓN, F.: Op. cit. Pág. 86.

²² Artículo 66. “*Del ambiente y la calidad de vida*

1. *Todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo.*

2. *Corresponde al Estado, mediante órganos propios y la apelación a iniciativas populares:*

a) *prevenir y controlar la contaminación (poluicao) y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión;*

b) *ordenar el espacio territorial de forma tal que resulten paisajes biológicamente equilibrados;*

c) *crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y lugares, de tal modo que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico;*

d) *promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica.*

Quizás lo más interesante, y qué no se ha producido de manera tan generalizada en las diferentes constituciones, ha sido la inclusión de un apartado en la propia Carta Magna dedicado a la protección penal del medio ambiente, de manera específica, tal como se observa de la lectura del apartado 3º del artículo 45.²³ Si bien esa técnica constitucional goza hoy en día de mayor predicamento,²⁴ sin ser tampoco la tónica general en el resto de Constituciones, en su momento, sin embargo, supuso una novedad bastante rupturista. Este aspecto será objeto de desarrollo en el apartado siguiente del presente trabajo.

Así pues, vamos a analizar los aspectos más destacados del tratamiento que nuestra Constitución proporciona al medio ambiente, centrándonos, en primer lugar, en los elementos integrantes del artículo 45, así como en el proceso determinante del recurso al Derecho penal para la protección ambiental, para ver posteriormente el contenido de los artículos 46 y 47, también de la Constitución Española, relativos a la protección del patrimonio histórico y de la vivienda.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, CON ESPECIAL REFERENCIA A SU PÁRRAFO TERCERO

a) Párrafo Primero

De entrada, procede señalar que el medio ambiente que se regula en la Constitución Española tiene una clara perspectiva individual, dado que se empieza hablando de un derecho, aunque no subjetivo tal como ya hemos puesto de manifiesto. Pero, a su vez, esa perspectiva individual contiene una fuerte proyección social. Cuando el párrafo primero del artículo 45 señala que *“Todos tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”*, lo que está haciendo el legislador constitucional es expresar un derecho-deber con dos objetivos. Primero, como derecho, hace posible un adecuado desarrollo de la personalidad de su titular, y ello supone por lo tanto un planteamiento individual. Pero, además, desde el momento en que el derecho al medio ambiente comporta un deber, lo que se pretende con el mismo es asegurar que esa posibilidad de desarrollo de la personalidad, que tiene lugar a través del medio ambiente, pueda reproducirse en todos y cada uno de los ciudadanos, sin excepción, lo cual implica introducir un toque o factor social determinante.

3. *Todo ciudadano perjudicado o amenazado en el derecho a que se refiere el número 1 podrá pedir, con arreglo a lo previsto en la ley, la cesación de las causas de violación del mismo y la correspondiente indemnización*

4. *El Estado deberá promover la mejora progresiva y acelerada de la calidad de vida de todos los portugueses.”*

²³ Vide nota 1 *supra*.

²⁴ *“Se sugiere, asimismo, el despliegue de acciones de “concienciación de la opinión pública sobre la importancia de este tipo de delitos”, algo fundamental para su prevención (Hamburgo, 9), y la apertura de espacios a la participación ciudadana a la hora de la investigación y persecución de estas infracciones en el marco de la Constitución y de los principios fundamentales de cada sistema jurídico nacional (Río, 24), haciendo posible la intervención procesal por parte de ciudadanos, grupos ecologistas y ONGs activas en la protección ambiental (Bucarest, 13-15).”* Vide DE LA CUESTA, J.L.: El Derecho al Ambiente: su Protección por el Derecho Penal. Conferencia impartida en el V Seminario Permanente del Departamento de Derecho. Derecho y Medio Ambiente. Universidad de La Rioja. Pág. 13 del manuscrito.

b) Párrafo Segundo

A su vez, el párrafo segundo del artículo 45 incorpora una forma de tutela que permita garantizar adecuadamente un aspecto esencial del medio ambiente, que es la utilización racional de los recursos naturales que lo integran. Es la Administración, como no podía ser de otra forma, según la disposición legal, quien va a asumir esa tutela y es por ello por lo que se señala que *“Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.”* Es decir, la Administración se convierte en algo así como un *“buen padre de familia”* para algo tan esencial en el concepto de medio ambiente como son los recursos naturales.

Pero la Constitución española no quiere dejar sola a la Administración en tan importante labor de tutela y por eso introduce una referencia a la indispensable solidaridad colectiva, en la que debe apoyarse la Administración en su labor. Se trata, de nuevo, de otra proyección social que tiene una explicación absolutamente lógica. Por una parte, sirve como forma de control de la Administración en el ejercicio de su labor de tutela. Por otra, esa expresión *“solidaridad colectiva”* es la llave que permite la participación ciudadana y con ella el desarrollo de la necesaria conciencia social. En esa línea, según se ha puesto de relieve, *“Si la gente participa en las decisiones que afectan a la naturaleza y a ellos mismos, es más probable que apoyen dichas decisiones y seguramente éstas se aplicarán con éxito. Si se les deja fuera, posiblemente surjan conflictos, injusticia y daño ambiental”*.²⁵ Pero es que, además, la participación de la ciudadanía comporta legitimidad, mejorando la credibilidad y la eficacia del proceso de toma de decisiones.²⁶

El problema reside, como bien señala Naredo, en que nuestra sociedad prima al individuo y no a las *“...relaciones y deberes de solidaridad, de cooperación, de simbiosis hacia su entorno físico y social...”*²⁷ De tal forma que se pone en cuestión *“...la sostenibilidad de la biosfera y de la propia especie humana”*²⁸ en última instancia, ante la ausencia de esa deseable participación ciudadana que implicaría lo contrario y sería lo procedente.

c) Párrafo Tercero

Finalmente, el párrafo tercero de la norma objeto de análisis no deja duda alguna sobre la necesidad de recurrir al Derecho penal para la protección del medio ambiente. A tal efecto, el párrafo en cuestión pone de manifiesto que *“Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”*.

Hay dudas sobre cuáles han sido las razones determinantes de redacción de ese párrafo tercero. Pues bien, aunque no ha sido este un tema objeto de estudio por la doctrina, al menos con un cierto nivel de generalidad,²⁹ posiblemente los pasos determinantes de esa incorporación en el texto constitucional español habrían sido los que a continuación se exponen.

²⁵ RECURSOS MUNDIALES 2004. Washington: World Resources Institute. 2004. Pág.3.

²⁶ RECURSOS MUNDIALES 2004. Op. cit. Pág. 15.

²⁷ NAREDO, J.M.: Naturaleza humana, medio ambiente y derechos humanos. En *Ambienta*. Nº 113. Diciembre 2015. Pág. 16.

²⁸ NAREDO, J.M.: Op. cit. Pág 16.

²⁹ De hecho no hemos encontrado nada publicado específicamente al respecto, lo que tampoco implica que tales publicaciones no existan.

En el análisis de las actividades desarrolladas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa,³⁰ desde el 1º de agosto hasta el 31 de diciembre de 1977, efectuada por Castro-Rial Garrone y plasmado en su crónica de las actividades del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y las de sus Comités de expertos (en el apartado relativo a “*Cuestiones Políticas. Países No Miembros*”), se resaltaba la felicitación por “*la adhesión de España*” como vigésimo Estado Miembro del Consejo de Europa.³¹

Coincidiendo con ese importantísimo evento para nuestro país, y que supuso la incorporación de España al club de los países democráticos, tuvo lugar otro acontecimiento de especial interés. En el apartado VII de las citadas crónicas, que estaba dedicado a “*Medio Ambiente. Administración Local*”, se recogía la aprobación de una muy innovadora resolución en materia de medio ambiente, que era la Resolución (77) 28, adoptada por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977, relativa a la “*contribución del Derecho Penal a la protección del medio ambiente*”,³² en la que se planteaban aspectos ambientales penales muy novedosos para la época,³³ amén de otras iniciativas también ambientales, si bien ajenas al objeto de nuestro estudio.

Hay que insistir, antes de continuar adelante y en la parte casi inicial del presente trabajo, en la ausencia de capacidad conminadora u obligatoria por parte de las resoluciones del Consejo de Europa,³⁴ lo cual en modo alguno les resta importancia, tal y como tendremos ocasión de comprobar, por su influencia en nuestro texto constitucional.

Dicho lo dicho, tras esa breve referencia a los dos citados eventos, hay que señalar, acto seguido, que tampoco parece que haya sido objeto de estudio la conexión entre los dos eventos acabados de referir, es decir, la incorporación de España al Consejo de Europa y la elaboración de la Resolución

³⁰ Conforme al artículo 13 de los Estatutos, el Comité de Ministros es el máximo órgano de representación del Consejo de Europa. Sobre su composición, el mismo está integrado por los Ministros de Asuntos Exteriores de los países que tienen la categoría de originarios, únicamente sustituidos por otro miembro del Gobierno de que se trate cuando, excepcionalmente, no puedan asistir a las reuniones. Cada Estado tiene, en consecuencia, un solo representante en el Comité y cada representante ostenta un voto. El Comité está dirigido por un Presidente, cargo rotatorio con una duración de 6 meses.

³¹ “*La cuestión política primordial contemplada por el Comité de Ministros en su 61 Sesión fue la concerniente a la felicitación por «la adhesión de España» como vigésimo Estado Miembro del Consejo de Europa. El ingreso formal de España en el Consejo tuvo lugar el 24 de noviembre de 1977. Los Instrumentos de adhesión al Estatuto fueron transmitidos por el Ministro de Asuntos Exteriores de España, Marcelino Oreja. El importante acto de integración motivó una breve ceremonia en la que estuvieron presentes 150 representantes y delegados. El señor Oreja firmó, a su vez, en nombre de España, la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de sus Libertades Fundamentales.*”. CASTRO-RIAL GARRONE, F. Crónica de las actividades del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y las de sus Comités de expertos. En: www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.aspx?MAVqs. Pág. 113.

³² RESOLUTION (77) 28 ON THE CONTRIBUTION OF CRIMINAL LAW TO THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT (Adopted by the Committee of Ministers on 28 September 1977, at the 275th meeting of the Ministers’ Deputies)

³³ “*En virtud de la contaminación peligrosa para la colectividad (provocada por el desarrollo industrial), y a fin de proteger la salud de los hombres, animales y plantas, así como la belleza de los espacios, el Comité entiende que el Derecho Penal debe intervenir como último recurso. Esta actitud se debe a las conclusiones adoptadas por la 7.ª Conferencia de Ministros europeos de Justicia (48). El Comité recomienda a los gobiernos de los Estados miembros el reexaminar las medidas contempladas, teniendo presente su constitución y su Derecho Penal. Las medidas a adoptar son las siguientes: 1) Exámenes de nuevos tipos de sanciones penales. 2) Introducir nuevas fórmulas de responsabilidad penal. 3) Penalizar aquellos actos u omisiones culpables que ocasionen daños. 4) Revisión del procedimiento penal en esta materia.*”. CASTRO-RIAL GARRONE, F. Op. cit. Pág. 127.

³⁴ Las Resoluciones expresan los puntos de vista de la Asamblea sobre alguna cuestión de su competencia, y puede ir destinada a los todos o a algunos de los Estados miembros.

(77) 28, en materia de medio penal. Lo cierto es, sin embargo, que esa interesante coincidencia en el tiempo entre los mismos, es decir en el período que va desde el 1º de agosto hasta el 31 de diciembre de 1977, puede haber sido determinante para la incorporación de la protección penal del medio ambiente al artículo 45 de nuestra Norma fundamental, que se promulga apenas un año después.

España acababa de instaurar su joven democracia a través de su nueva Constitución poco después de su incorporación al Consejo de Europa. Pues bien, que mejor manera de confirmar ese compromiso democrático que haciéndose eco de algunas de las novedades más recientes asumidas por el Consejo de Europa, y entre las que cabría destacar la protección penal del medio ambiente, que acababa incluyéndose en la propia Constitución de la manera acabada de exponer. Por lo demás, tal como ha puesto de manifiesto la doctrina, el deseo de ajustarse al máximo a la normativa del Consejo de Europa por parte de las Autoridades españolas, y a la hora de elaborar la Constitución, era más que evidente,³⁵ a pesar de que, como se ha adelantado, las citadas Resoluciones del Consejo de Europa, carezcan de la necesaria capacidad de obligar.

Todo ello sin olvidar, que la Exposición de Motivos de la Resolución (77) 28 insiste en tomar en cuenta la perspectiva constitucional. Así, según la Resolución, el Comité de Ministros, “*Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que examinen todos los problemas planteados en el informe, con objeto de adoptar, en su caso, una u otra de las medidas previstas, teniendo en cuenta su Constitución y su Derecho penal.*”

Si examinamos con detalle la Resolución (77) 28, observaremos, en primer lugar, unos interesantes argumentos en su Exposición de Motivos justificando la redacción de la propia Resolución, y que, si bien actualmente son aspectos perfectamente asumidos, e incluso manidos, en aquel momento y con el poco conocimiento que se tenía de los temas ambientales, resultaban simplemente impactantes. De hecho, se reclamaba, ya en el año 1977, el “...*desarrollo de unas líneas de política comunes con objeto de lograr una protección eficaz del medio ambiente.*”³⁶ Es decir, se planteaba una política unificada en la materia en pro de una mayor eficacia en la práctica, a la vez que una armonización legislativa en lo relativo la protección penal ambiental en Europa.³⁷

Lo que se desprende, por lo tanto, de estos breves argumentos acabado de exponer, es la más que posible relación entre la Resolución (77) 28 y el hecho de completar el artículo 45 con un párrafo como el tercero, en el que se deja clara la posición del Derecho penal en la protección del medio ambiente.

A su vez, el mandato previsto en el párrafo tercero del artículo 45 de la Constitución Española, se ejecutó, en lo que a la norma penal se refiere, con el artículo 347 bis del Código Penal, incorporado

³⁵ “...*el 8 de octubre de 1977 los representantes de los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados (Leopoldo Calvo-Sotelo por UCD, Felipe González por el PSOE, Manuel Fraga por AP, Francisco Ramos Molins por los socialistas catalanes, Miquel Roca por la Minoría Vasco-Catalana, Santiago Carrillo por el PCE y Raúl Morodo por el Grupo Mixto) emiten una declaración formal en que dejan constancia ante el Consejo de Europa de «su firme decisión de garantizar constitucionalmente la preeminencia del Derecho, el respeto de los ideales consagrados en el Estatuto del Consejo de Europa y en especial los derechos humanos y las libertades fundamentales recogidos en la Convención Europea firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950». Con esta decisión esperan que «pueda llegarse cuanto antes a resolver las cuestiones formales que pudiera plantear la inmediata adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa».* Vide LOPÉZ, C.: La Adhesión de España al Consejo de Europa. www.cvce. Eu. Pág. 3.

³⁶ “*Considerando que redundaría en interés de los Estados miembros del Consejo de Europa desarrollar unas líneas de política comunes con objeto de lograr una protección eficaz del medio ambiente.*”

³⁷ En el último apartado B) de la Resolución se planteaba que: “*b) en su caso, en el futuro exista una armonización de todas las legislaciones de los Estados miembros del Consejo de Europa en este ámbito;*

a través de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Se trataba de una norma de protección penal ambiental limitada, en la que las únicas conductas delictivas eran las “*emisiones o vertidos*”.³⁸ Por lo demás, las diferentes normas administrativas ambientales que se han redactado antes y después de la Constitución, han venido aportando sus listas de infracciones, así como las correspondientes sanciones previstas para las mismas. En el presente momento, como es sabido, el Código Penal de 1995 incorpora, tras sucesivas reformas, uno de los sistemas de protección penal ambiental más completos de Europa, tal como se tendrá ocasión de analizar en el apartado siguiente.

Es evidente, por lo tanto, que la vulneración o incumplimiento de los presupuestos incorporados al párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución Española, puede llevar, como el propio artículo 45 establece en su párrafo tercero, a la aplicación de la norma penal. A su vez, esa normativa penal ha ido en aumento, tal como se ha puesto de manifiesto en el párrafo anterior.

Ahora bien, ¿qué ha ocurrido para que llegar a esa situación? ¿Realmente sirve para algo el uso del Derecho penal para la protección del medio ambiente?

A fuerza de simplificar, y aun siendo conscientes de que el tema que ahora se plantea es infinitamente más complejo que lo que en puridad permiten los límites del presente trabajo, procede hacer unas breves reflexiones. Es sabido que el Código Penal es un instrumento de control social. Es sabido también que siendo así que la sociedad no desea ser desestabilizada y quiere que se mantenga la paz en todos sus contextos, la misma acaba recurriendo a la norma criminal. Garantizar la convivencia social ha sido tradicionalmente el objetivo y fundamento del Derecho penal.³⁹ El poder legislativo, pues, elabora la norma sancionadora, el ejecutivo se encarga de garantizar su aplicación y el poder judicial afronta el enjuiciamiento de las infracciones que se produzcan de la misma. Sin embargo, ese proceso, que en principio parece relativamente simple, y que lo estamos viendo con harta frecuencia con cualquier conducta delictiva ordinaria, adquiere matices especiales cuando se trata de delitos contra el medio ambiente.

De entrada, según se indicaba con anterioridad, la Administración es, al menos en España y tal como establece su Constitución, el buen padre de familia del medio ambiente. En la práctica, sin embargo, la Administración se ve en ocasiones involucrada en hechos delictivos contra el medio am-

³⁸ Según el artículo 347 bis:

“Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas, el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones o se hubiera desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.”

³⁹ JESCHECK, H.H.: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Editorial Bosch. Vol. 1. 1981. Págs. 4 y 5.

biente, como si de cualquier delincuente ambiental se tratara.⁴⁰ Además, la solidaridad colectiva, tal como se ha tratado también previamente, tiene como objetivo actuar como un instrumento de colaboración con la Administración en esa labor, e incluso de control. La práctica también demuestra, sin embargo, la poca o, en ocasiones, nula sensibilidad por el medio ambiente que tiene la mayor parte de la sociedad. Si falla, pues, la Administración a la hora de garantizar el respeto al medio ambiente y falla la sociedad a la hora de exigir su cumplimiento, tendremos que recurrir a la norma penal.

El problema puede aparecer si esa misma situación irregular acabada de describir, es decir de absentismo o abandono del poder ejecutivo y de la sociedad, se reproduce a la hora de aplicar la norma penal en la práctica. Es decir, si a la hora de proceder a implementar la misma nos encontramos con que ni la Administración aplica la norma penal, ni la sociedad reclama su aplicación y cumplimiento.

Es evidente, por lo tanto, que los Fiscales, como defensores del principio de legalidad, deben de ser conscientes de ese planteamiento, y exigir con mayor rotundidad, si cabe, la aplicación de la norma penal de protección ambiental. Es evidente, también, que los Jueces, quienes juzgarán la infracción ambiental, deberán de ser igualmente conscientes de ese problema y actuar en consonancia, es decir con rotundidad. Solo de esa manera a la hora de juzgar podrán valorar adecuadamente todos los factores en juego, y no una realidad ficticia. Definitivamente, cómo adelantábamos, los delitos contra el medio ambiente no son delitos ordinarios, al menos desde el momento en que las circunstancias que los rodean no se reproducen, normalmente y por igual, en el resto de tipos penales.

III. ARTÍCULOS 46 Y 47 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Centrándonos en el planteamiento infractor más grave en temas de medio ambiente, que es necesariamente el penal y que precisamente por esa gravedad es el que más problemas suscita, muy pronto la jurisprudencia tuvo que clarificar aspectos esenciales de la primera norma penal ambiental. Uno de esos aspectos esenciales fue su bien jurídico protegido. En un primer momento la jurisprudencia comenzó señalando que el bien jurídico protegido del artículo 347 bis era “*el medio ambiente antropocéntrico*.”⁴¹

Con el tiempo se vio, sin embargo, que esa interpretación era poco acertada, por cuanto que reducía el medio ambiente a la medida estrictamente humana y convertía al ser humano en el único evaluador del mismo. Sin necesidad de abundar ahora en el proceso evolutivo que llevó a la jurisprudencial a abandonar esa primera interpretación antropocéntrica del bien jurídico protegido “*medio ambiente*”, lo cierto es que, poco a poco, y ya de una manera clara con la sentencia de 20 de septiembre de 2003, el Tribunal Supremo ha acabado manteniendo que el bien jurídico protegido del delito contra el medio ambiente es el concepto “*desarrollo sostenible*”.

Se ha producido, por lo tanto, un importante cambio dado que el concepto de desarrollo sostenible incorpora una visión de ajuste del ser humano a las características y peculiaridades de la naturaleza, a la vez humilde y realista, frente a la perspectiva inicial que implicaba medir a la naturaleza según las propias necesidades humanas. Ese cambio supuso, además, una notable ampliación del bien jurídico protegido del delito contra el medio ambiente que ha permitido comprender,

⁴⁰ Precisamente por esa razón, el Código Penal español de 1995, actualmente en vigor, introdujo tres formas de prevaricación especial en medio ambiente, que son los artículos 320, 322 y 329.

⁴¹ La sentencia que comenzó con esa interpretación fue la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990.

dentro del mismo, los ataques contra aspectos que quizás, a primera vista, pudiera parecer que no son ambientales, tales como el patrimonio histórico, la ordenación del territorio, el urbanismo, etc. y que sin embargo integran ese bienestar, tanto actual como de las generaciones venideras, que integra el concepto de desarrollo sostenible. Se trata, por lo tanto de un concepto de medio ambiente, tal como viene reflejado en el Código Penal, según su actual redacción, francamente amplio.

Pero esa perspectiva que tanto ha tardado en visualizar la jurisprudencia penal estaba más que clara en el propio orden numérico del articulado de la Constitución Española.

Ello explica que la perspectiva constitucional ambiental no se haya circunscrito solamente al anteriormente examinado artículo 45, sino que se haya extendido también a los artículos 46, regulador del patrimonio histórico,⁴² y 47, regulador del derecho a la vivienda,⁴³ y que, como se observará, son correlativos. Se ha dicho, por ejemplo, que hubiera sido más lógico situar el actual artículo 46, inmediatamente después del numeral 44, relativo al derecho a la cultura; la respuesta ha sido, sin embargo, que “...*si bien resulta indiscutible la conexión entre la tutela del acceso a la cultura y la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural, no lo es menos que tal patrimonio configura uno de los sectores del medio ambiente, dotado de una singularidad propia, por lo que es correcto situarlo tras el reconocimiento constitucional de aquél.*”⁴⁴ Es precisamente por ese tipo de argumentos, y otros en una línea similar, por lo que en el presente momento su emplazamiento sistemático dentro de la Constitución Española ya no produce un debate excesivo. Además, la interpretación ambiental del concepto de patrimonio histórico debe de ser en sentido amplio, a tenor de su propio contenido.⁴⁵

Es importante reseñar que ese recurso al Derecho penal que hemos observado en el párrafo tercero del artículo 45 de la Magna Carta se vuelve a plantear en la protección constitucional del patrimonio histórico, cuando el artículo 46 de la Constitución señala que “*La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio.*” No hay, por lo tanto, margen de duda alguna en relación al deseo del legislador constitucional del recurrir al Derecho penal para la protección del medio ambiente, versión patrimonio histórico, dado que el poder vinculante del texto constitucional es indiscutible, quedando claro, además, que el valor cultural del bien de patrimonio histórico debe de preponderar sobre cualquier perspectiva económica a la hora de llevar a cabo esa protección penal.⁴⁶ Por su

⁴² Según el artículo 46:

“*Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio.*”

⁴³ A tenor del artículo 47:

“*Todos los españoles tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo al interés general para impedir la especulación.*

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”

⁴⁴ PERÉZ NUÑO, A.E.: Artículo 46: Patrimonio histórico, artístico y cultural. Comentarios a la Constitución Española de 1978. V/Lex España. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/.../46-patrimonio-historico-a...>Pág. 277 et seq.

⁴⁵ “*La mención al patrimonio histórico, artístico y cultural que utiliza en el artículo 46 CE no se emplea en un sentido técnico, sino como referencia genérica con la que se alude al conjunto de bienes que tienen en común poseer un valor cultural objetivo... Su contenido está integrado por bienes que pueden ser de titularidad pública o privada, de naturaleza mueble o inmueble, y cuya protección debe efectuarse con independencia de su régimen jurídico.*” GONZÁLEZ RUS, J.J.: Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Año 1995. Número 1. Pág. 35.

⁴⁶ “*En todo caso, el tratamiento penal debe considerar más relevante el valor cultural de la cosa que el económico.*” GONZÁLEZ RUS, J.J.: Op. cit. Pág. 35.

parte, la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de definirse sobre el reproche criminal del artículo 46, permitiendo la aplicación de la norma penal protectora aun sin catalogación o declaración formal de bien susceptible de protección.⁴⁷

En relación con el artículo 47, respecto al que ya nos hemos referido en un contexto ambiental que va más allá que la simple consideración de la vivienda como propiedad privada⁴⁸ y que hemos relacionado con el urbanismo,⁴⁹ se ha producido, por ende, un planteamiento igualmente expansivo. Prueba de ello es la Comunicación del 11 de febrero de 2004⁵⁰ de la Comisión Europea sobre medio ambiente urbano en la que se abogaba ya por un urbanismo en el que los sistemas de planificación urbanística tuvieran en cuenta los riesgos medioambientales, o por fijar densidades mínimas para las zonas residenciales, que permitieran fomentar una mayor densificación y frenar la expansión urbana, entre otros interesantes aspectos. Es decir, lo que se conoce como un urbanismo sostenible.

Sin embargo, ha sido la corrupción urbanística la que ha hecho correr más ríos de tinta y el que ha tenido un mayor predicamento político-social en la España de los últimos años. Como es fácil de colegir por la naturaleza del urbanismo, los efectos materiales de la construcción llevada a cabo de manera irregular en nuestro país han excedido ampliamente del concepto de infracción administrativa, entrando de lleno en el Derecho penal y, en última instancia, planteándose supuestos de corrupción. Tal como ha señalado la doctrina, *“En realidad este binomio urbanismo-corrupción no es nuevo, puesto que las singulares características de la política urbanística –el inevitable margen de discrecionalidad que lleva aparejada–, así como la importante repercusión económica de las decisiones que se toman, siempre pueden dejar un resquicio para la aparición de fenómenos de*

⁴⁷ Reseñando la sentencia del Tribunal Constitucional 181/1998, de 17 de septiembre, Alegre Ávila recoge el siguiente corolario de la misma : *“No constituye, pues, según la interpretación respaldada por esta línea jurisprudencial, requisito integrante del tipo penal el de que preceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objeto del Patrimonio Histórico Español, conforme éste es configurado por la citada Ley 16/85.”* ALEGRE ÁVILA, J.M.: Artículo 46. En: Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario. Directores y Coordinadores: María Emilia Casas Baamonde et. Al. Fundación Wolters Kluwer. España.2009. Pág. 1099.

⁴⁸ *“La necesidad de precisar minuciosamente el derecho a la vivienda deriva de la superación del concepto de la vivienda únicamente como objeto de la propiedad privada para pasar a ser considerado uno de los elementos básicos para la existencia humana. Ello ha llevado a la necesidad de regular no sólo la vivienda en cuanto edificación (inmueble) sino también la vivienda en cuanto conjunto de bienes que constituyen “el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. El disfrute como objeto directo del derecho incluye la regulación del conjunto de elementos que, junto al inmueble, permiten hacer efectiva la consideración de la vivienda como digna y adecuada (urbanización, servicios, seguridad, condiciones higiénicas, etc.), siendo éste el elemento clave del derecho, con independencia del título en virtud del cual se disfrute la vivienda (propiedad, arrendamiento u otro). La consecuencia es doble. Por una parte, el tratamiento de la vivienda como función pública y no como objeto exclusivo del Derecho privado; por otra, la consideración de que del art. 47 se deriva la necesidad de abordar una política social en materia de vivienda como fórmula para que importantes sectores de la población, con recursos económicos limitados, puedan acceder a una vivienda digna.”* GARCÍA MARTÍNEZ, A.: Sinopsis del artículo 47. www.congreso.es › Inicio › Constitución española. Sinopsis actualizada por Sara Sieira y Alejandro Rastrollo. Letrados de las Cortes Generales.

⁴⁹ *“Por esta razón, el desarrollo normativo del art. 47 puede contemplarse desde la doble óptica que enmarca la materia que integra el Derecho urbanístico, por una parte, y en cuanto objeto de protección específica de las Administraciones Públicas, por otro.”* GARCÍA MARTÍNEZ, A.: Sinopsis del artículo 47. Op. cit.

⁵⁰ Comunicación de la Comisión, de 11 de febrero de 2004 - «Hacia una estrategia temática sobre el medio ambiente urbano» [COM (2004) 60 - Diario Oficial C 98 de 23 de abril de 2004].

*corrupción política. Lo que sí constituye una novedad en estos últimos años ha sido la extensión y la profundidad de este problema.*⁵¹ Los efectos han sido los consabidos, pero destaca, sobre todo, su amplia repercusión social, no sólo por la corrupción en sí misma, sino además porque la corrupción urbanística hace disminuir la construcción de viviendas de protección oficial en beneficio de zonas de urbanización masiva y a precios de mercado, que, como consecuencia de la conocida como burbuja inmobiliaria, acabaron alcanzando valores inasumibles.⁵²

Todo ello sin olvidar los nefastos efectos ambientales del susodicho fenómeno. Según se señalaba ya en el año 2007, *“La destrucción de nuestro medio ambiente es una consecuencia de la corrupción urbanística que quizás no seamos capaces de apreciar de una manera tan evidente como la subida de los precios de la vivienda, sin embargo está ahí y se lo transmitiremos a las generaciones futuras, Deberíamos de preguntarnos entonces, dónde quedó la idea del desarrollo sostenible.”*⁵³

Es por ello por lo que la normativa urbanística más reciente ha tomado en consideración la protección del medio ambiente, especialmente a partir de la Ley Estatal del Suelo 8/2007, actualmente el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.⁵⁴ Esta normativa incluye una regulación que incluye, dentro de un esquema común en que las Comunidades Autónomas ejercen sus competencias, otros aspectos tales como la libertad de empresa, dedicación de suelo para viviendas de protección oficial, preservación y protección del paisaje, así como la protección del medio ambiente, ampliamente considerado, dentro del esquema del conocido como urbanismo sostenible, al que hacíamos alusión con anterioridad.

Es a partir de estos presupuestos, cuando se echa de menos una referencia al Derecho penal en el artículo 47 de nuestra Norma fundamental, al modo de la referencia existente en los artículos 45 y 46, ya examinados. En cualquier caso, y aun faltando esa referencia, la aplicación de la normativa penal en materia de urbanismo y ordenación del territorio, tal como tendremos ocasión de analizar, ha sido numerosa y eficaz en nuestro país.

IV. LA PROYECCIÓN PENAL DE LA MATERIA EN LA PRÁCTICA

El tratamiento constitucional del medio ambiente acabado de mencionar es sin duda el origen de la proyección penal en la materia ambiental, a la que ya nos hemos referido brevemente en apartado II c) del presente trabajo. Todos estos aspectos han determinado una regulación penal inicial breve, que más tarde ha evolucionado notablemente hacia una ampliación de normas penales. De hecho, y como consecuencia de ese proceso evolutivo que arranca con la reforma del Código Penal de 1983,⁵⁵ nos encontramos actualmente, y tras la promulgación del Código Penal

⁵¹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F.: Boom urbanístico y corrupción política en España. En: Colección Mediterráneo Económico: “Modernidad, crisis y globalización: problemas de política y cultura”. Coordinador: Víctor Pérez-Díaz - ISBN: 978-84-95531-41-4 - Depósito Legal: AL-728-2008. Edita: CAJAMAR Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito - Producido por: Fundación Cajamar. Pág. 263.

⁵² DIEZ RIPOLLEZ, J.L. et al.: Prácticas ilícitas en la construcción urbanística. Un estudio en la Costal del Sol. Valencia: Tirant lo Blanc. 2004. Pág. 38.

⁵³ BENITO SÁNCHEZ., C.D.: Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España. En: El Derecho Penal y la Nueva Sociedad. Coord. Nieves Sanz Mulas. Granada: Editorial Comares. 2007. Pág. 51.

⁵⁴ Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana

⁵⁵ Vide nota 38 *supra*.

de 1995 y sus posteriores reformas, con un sistema de protección penal ambiental en España que está integrado por casi una cuarentena de artículos, entre los que se comprende la protección y tratamiento del medio ambiente, la ordenación del territorio, del patrimonio histórico, temas nucleares, estragos que puedan afectar al medio ambiente, incendios forestales y malos tratos a animales domésticos, etc..⁵⁶

Se ha producido, por lo tanto, un notable avance en la materia desde el punto de vista normativo. Lo cual es expresivo de que, en teoría, se vienen proporcionando, con el tiempo, instrumentos que pueden servir para proteger el medio ambiente frente a los ataques que pueden acarrearle una sociedad fuertemente consumista y, por ende, centrada en la explotación de los recursos naturales necesarios para satisfacer ese consumo. En esta ocasión, y para este tipo de normas penales, la perspectiva teórica citada se ve complementada por un interesante marco práctico que demuestra la eficaz aplicación de la normativa penal ambiental, tal como desprende de las Memorias de la Unidad de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía General del Estado.⁵⁷

⁵⁶ Vide, entre otros muchos, QUINTERO OLIVARES, G.: Derecho penal ambiental. Valencia: Edit. Tirant lo Blanc. 2013. MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, A.: Los Delitos relativos a la protección del medio ambiente. Madrid: Edit. Colex. 1998. VERCHER NOGUERA, A.: El Delito ecológico: Breve estudio de Derecho comparado entre España y los Estados Unidos. Madrid. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. 1986. BAUCCELLS LLADÓS, J.: Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental. Barcelona: Edit. Atelier. 2007. MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: Derecho Penal del Medio Ambiente”, 1ª edición. Madrid: Edit. Iustel. 2008. MUÑOZ CONDE, F./VVAA.: Manual de Derecho Penal Medioambiental. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch. 2012. DE LA MATA BARRANCO, N.J.: Protección penal del ambiente y accesoriad administrativa. Madrid. Cedecs Edit. 1996. GORRIZ ROYO, E.M.: Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Valencia. Edit. Tirant lo Blanc. 2015.

⁵⁷ En el apartado de datos estadísticos, la memoria de 2018, correspondiente al año 2017, se exponen, entre otros, los relativos a las sentencias condenatorias y absolutorias, así como las demoliciones llevadas a cabo por vía penal, tanto del 2016 como del 2017:

“III.5. Sentencias Condenatorias.

En 2017 se dictaron 1.187 sentencias condenatorias de las que 155 lo son por delitos contra el medioambiente, 394 corresponden a urbanismo y ordenación del territorio, 23 sobre patrimonio histórico, 316 por delitos contra la flora y fauna, 136 por incendios forestales y 163 por malos tratos a animales domésticos. Por su parte la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo confirmó 7 sentencias condenatorias de las que 4 son por delitos contra el Urbanismo y Ordenación del Territorio y 3 por Incendio Forestal.

Por su parte en el año 2016 recayeron un total de 975 sentencias condenatorias de las que 54 lo son por delitos contra el medioambiente, 394 corresponden a urbanismo y ordenación del territorio, 21 sobre patrimonio histórico, 263 por delitos contra la flora y fauna, 140 por incendios forestales y 103 por malos tratos a animales domésticos. A esas cifras se añaden 10

sentencias condenatorias del Tribunal Supremo en 2016, de las que 6 lo son en Medio Ambiente, 3 en Urbanismo y Ordenación del Territorio y 1 por Incendio Forestal.

III.6. Sentencias Absolutorias.

En 2017 se dictaron 251 sentencias absolutorias de las que 60 lo son por delitos contra el medioambiente, 132 corresponden a urbanismo y ordenación del territorio, 4 sobre patrimonio histórico, 30 por delitos contra la flora y fauna, 30 por incendios forestales y 46 por malos tratos a animales domésticos. El Tribunal Supremo dictó en 2017 una sentencia absolutoria por un delito de incendio forestal.

En 2016 se dictaron 251 sentencias absolutorias de las que 21 lo son por delitos contra el medioambiente, 141 corresponden a urbanismo y ordenación del territorio, 4 sobre patrimonio histórico, 28 por delitos contra la flora y fauna, 29 por incendios forestales y 28 por malos tratos a animales domésticos. El Tribunal Supremo por su parte dictó en 2016 una única sentencia absolutoria por un delito contra la Ordenación del Territorio.

V. DE NUEVO LA RESOLUCIÓN 77/28 DEL CONSEJO DE EUROPA: DOS ASPECTOS IMPORTANTES A TOMAR EN CONSIDERACIÓN

Además de lo destacado anteriormente al hablar de la resolución (77) 28 del Consejo Europeo, en lo relativo a la necesidad de protección penal del medio ambiente en España, hay otros dos aspectos de interés, entre otros muchos, que merece la pena resaltar.

En primer lugar, y al hablar precisamente sobre la conveniencia de proceder de revisar el procedimiento penal en materia de protección del medio ambiente para facilitar esa protección, en el apartado 4 de la Resolución, se interesa de los Estados miembros, concretamente en el punto d) del citado apartado 4, que se considere la conveniencia de eliminar el beneficio de amnistía para las infracciones graves relativas a la protección del medio ambiente.⁵⁸

Evidentemente, y siguiendo el texto, no se habla de la concesión de indulto sino de amnistía. Hay que aclarar que si bien el texto original está en las lenguas del Consejo de Europa, es decir en inglés y en francés,⁵⁹ lo cierto es que las diferencias entre ambos conceptos en estos dos sistemas legales es equivalente a la diferencia que existe entre los mismos en nuestro sistema legal. No se ponen trabas, por ende, en la Resolución (77) 28, a la concesión de indultos por delitos contra el medio ambiente, sino solamente a las amnistías. Lo cual pone de manifiesto el interés del Consejo de Europa en poner trabas a la perpetración de este tipo de delitos, mediante la aplicación eficaz de la norma penal, eliminando para ello las posibles medidas de perdón dictadas con carácter general por parte de las Autoridades procedentes.

El segundo aspecto de interés es la constitución de la especialidad ambiental para el Ministerio Fiscal por la Fiscalía General del Estado en el año 2006. En relación a este tema es interesante reseñar que la Resolución (77) 28 recomendaba también la introducción de la especialidad ambiental en las Fiscalías, igual que en los órganos judiciales, con idéntico objetivo de facilitar la protección del medio ambiente. En este caso la recomendación se llevó a cabo a través de su apartado 4 punto a).⁶⁰ Lo cual demuestra que la decisión de las Autoridades españolas a la hora de crear la especialidad tenía una base ciertamente sólida, más allá del mero oportunismo del momento o de los simples avatares políticos.

Hay bastante documentación disponible en relación al funcionamiento de la especialidad sobre medio ambiente en las Memorias anuales que hace públicas la Fiscalía General del Estado,⁶¹ así como alguna aportación doctrinal al respecto.⁶²

III.7. Demoliciones.

En cuanto al restablecimiento de la legalidad urbanística mediante la demolición de lo ilegalmente construido, se refieren en 2017 un total de 180, siendo 102 de carácter forzoso y 78 voluntarias. Asimismo, un total de 55 constan como pendientes de ejecutar. En 2016 se llevaron a cabo 119 demoliciones efectivamente llevadas a cabo en el ejercicio anterior, de las de las que 31 constan como son forzosas y 64 son voluntarias, del resto, hasta las 119 totales, se desconoce su carácter. Hay que destacar que persisten las dificultades existentes para llevar un control riguroso de las ejecutorias practicadas para la restitución de la legalidad urbanística.”

⁵⁸ “d) la exclusión del beneficio de amnistía para las infracciones graves relativas a la protección del medio ambiente;”

⁵⁹ Hay tres lenguas complementarias, que son el italiano, el ruso y el alemán.

⁶⁰ “a) la creación de secciones especializadas de fiscales o de tribunales, con jueces competentes en materia de protección del medio ambiente;”

⁶¹ Vide nota 57 *supra*.

⁶² Vide VERCHER NOGUERA, A.: La Especialidad del Medio Ambiente en el Seno del Ministerio Público Español. En: Revista Jurídica de Canarias. Número 27. Octubre 2012. Pág. 245 et seq.

VI. CONCLUSIONES

Lo que importa, en última instancia, es que la solidez de la especialidad ambiental en la Fiscalía española está estructurada en torno a unos artículos de nuestra Constitución, previamente analizados, de cuya cohesión y estabilidad nadie duda hoy en día. Se trata, como hemos visto, de tres disposiciones legales bien interrelacionadas, con un común denominador que es el medio ambiente en su concepción amplia y respecto de los cuales se ha definido tanto la doctrina como la jurisprudencia. Todo ello amparado por una Resolución, la (77) 28, del Consejo de Europa, que ya en el año 1977 recomendaba la introducción de la especialidad en las Fiscalías y Juzgados, basándose en el hecho de que “...*diversos aspectos de la vida moderna, en particular el desarrollo industrial, implican un nivel de contaminación particularmente peligroso para la colectividad;*”⁶³ dejando claro, además, que “...*es necesario utilizar todos los medios posibles para proteger la salud de los seres humanos, de los animales y de las plantas, así como la belleza de los lugares de interés;*”⁶⁴ y concluye, partiendo de estas premisas, que “... *el Derecho penal debe intervenir en última instancia en caso de no haberse respetado las restantes medidas, de no haber surtido efecto o de haber resultado inadecuadas;*”⁶⁵

Es evidente que la especialidad no está basada en entelequias, ni en posibilidades o presunciones, sino en la praxis descrita por el Consejo de Europa. Quizás sea esto lo que explique el grado de desarrollo de la materia, tal como ha sido llevado a cabo por parte de la Fiscalía española.

⁶³ Considerando Primero de la Resolución.

⁶⁴ Considerando Segundo de la Resolución.

⁶⁵ Considerando Tercero de la Resolución.



constituc4ón