

# SEGURIDAD Y CIUDADANÍA

Revista del Ministerio del Interior

4

Julio-Diciembre

2010



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DEL INTERIOR



# Seguridad y Ciudadanía

Revista del Ministerio del Interior

4

Julio-Diciembre

2010

# Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior

Semestral

*Las normas para la remisión y la publicación de originales se incluyen al final de la revista.*

*El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores.*

---

## Precios:

Edición en papel: 10 € (número suelto)

Edición electrónica: 7 € (CD-ROM, número suelto)

*También disponible en la WEB (www.mir.es. Solo lectura). Edición gratuita*

---

Catálogo General de Publicaciones Oficiales:

<http://www.060.es>

Edita:



© MINISTERIO DEL INTERIOR

ISSN: 1889-6316 (papel)	Depósito legal: BI 1690-2009 (papel)	NIPO: 126-10-086-X (papel)
ISSN: 1889-6324 (CD-ROM)	Depósito legal: BI 1692-2009 (CD-ROM)	NIPO: 126-10-084-9 (CD-ROM)
ISSN: 1989-6468 (en línea)		NIPO: 126-10-085-4 (en línea)

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de contratación pública.

---

IMPRIME: Composiciones RALI, S.A. Costa, 12-14-7º. 48010 BILBAO

## **SEGURIDAD y CIUDADANÍA**

### **Revista del Ministerio del Interior**

#### **CONSEJO DE DIRECCIÓN**

*D. Antonio Camacho Vizcaíno,  
Secretario de Estado de Seguridad*

*D. Justo Tomás Zambrana Pineda,  
Subsecretario del Interior*

*Dña. María Ángeles González García,  
Secretaria General Técnica*

#### **CONSEJO EDITORIAL**

##### **PRESIDENTA**

*Dña. María Ángeles González García,  
Secretaria General Técnica*

##### **DIRECTORA**

*Dña. Marta María Gutiérrez del Río,  
Subdirectora General de Estudios  
y Relaciones Institucionales*

##### **SECRETARIA**

*Dña. María Rosa Martín de Vega,  
Jefe de Área de Estudios, Documentación  
y Publicaciones*

##### **VICESECRETARÍA DE COORDINACIÓN**

*Dña. Lourdes Madrigal Ibáñez,  
Jefe de Servicio de Documentación*

##### **VOCALES ASESORES**

*D. Bartolomé Sagrera Moreno,  
Consejero Técnico*

Vocales designados por las Direcciones  
Generales del Departamento



## ÍNDICE

### ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

<i>La Directiva de Servicios del Mercado Interior Europeo</i> por D. JOSÉ RAFAEL ROJAS JUÁREZ .....	11
<i>El ADN y las bases de datos de ADN en la investigación policial. Regulación actual y perspectivas de futuro</i> por Dña. INÉS CRESPO RUIZ DE ELVIRA .....	51
<i>La reforma del sistema electoral español en perspectiva comparada: preferencias partidistas y posibles alternativas</i> por D. PEDRO RIERA Y D. JOSÉ RAMÓN MONTERO .....	77
<i>Los sistemas penitenciarios europeos frente al siglo XXI</i> por D. FERNANDO REVIRIEGO Y D. FAUSTINO GUDÍN .....	115

### CONSULTAS E INFORMES

<i>Respuestas de la Secretaría General Técnica a consultas sobre seguridad ciudadana .....</i>	161
<i>Respuestas de la Secretaría General Técnica a consultas sobre materia de inscripción registral de asociaciones .....</i>	171

### LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

<i>Francia: Ley n° 2009-1436 de 24 de noviembre de 2009 en materia penitenciaria .....</i>	177
--	-----

RECENSIONES Y SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

<i>Régimen disciplinario de la Guardia Civil, de María de los Ángeles González Gómez</i> por Dña. VERÓNICA ISABEL GUILLÉN MALAGÓN .....	233
<i>Selección bibliográfica del fondo documental de la Biblioteca Central y del Servicio de Documentación del Ministerio del Interior (Régimen disciplinario de la Guardia Civil)</i> .....	243



**ARTÍCULOS  
Y COLABORACIONES**



# LA DIRECTIVA DE SERVICIOS DEL MERCADO INTERIOR EUROPEO

JOSÉ RAFAEL ROJAS JUÁREZ

Funcionario de la Escala Técnica de Gestión de Organismos Autónomos

1. ANTECEDENTES. 2. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS. 2.1. Principios generales: Objetivos y definiciones. 2.2. Ámbito de aplicación. 3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS. 3.1. Consideraciones generales sobre el proceso de transposición. 3.2. La transposición en España. 4. LOS INSTRUMENTOS DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS. 4.1. La revisión normativa: la Ley 25/2009, de 22 de diciembre. 4.2. La modernización administrativa. 4.3. La calidad de los servicios. 4.4. La cooperación administrativa (IMI). 4.5. La evaluación mutua. 5. EL CAMBIO DE MODELO REGULATORIO: SU PLASMACIÓN EN LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE. 6. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN LAS COMPETENCIAS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR. 6.1. Explosivos. 6.2. Seguridad Privada. 6.3. Tráfico y seguridad vial. 7. CONCLUSIONES.

## RESUMEN

El presente trabajo pretende ofrecer una visión general de la génesis, transposición y efectos de la llamada Directiva de Servicios, la cual ha supuesto un esfuerzo sin precedentes tanto de revisión de nuestro modelo de regulación e intervención como de cooperación y coordinación entre todas las Administraciones Públicas.

Aunque esta norma del derecho comunitario va dirigida a dinamizar el más importante sector económico de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, con el objetivo de alcanzar una Europa económica integrada, su carácter horizontal, vertical y transversal supone que no sólo vaya a producir una profunda modificación sectorial sino también que incida en aspectos como la cooperación administrativa, la administración electrónica o el procedimiento administrativo común.

En definitiva, estas líneas se orientan a analizar el objetivo último de la Directiva de Servicios, que no es otro que crear un entorno más favorable y transparente para el desarrollo de las actividades de servicios a escala comunitaria, para lo cual propo-

ne la supresión de procedimientos, la simplificación de trámites, el impulso de la tramitación electrónica, la mejora en la supervisión de los prestadores o el refuerzo de los derechos de los consumidores.

## ABSTRACT

This document is aimed at providing a general view of the origins, transposition and effects of the so-called Services Directive, which has meant unprecedented efforts of revision of our regulation and intervention model, as well as of cooperation and coordination among all Public Administrations.

Although this rule of Community Law pursues the fostering of the most important economic sector of each Member State of the European Union, with a view at achieving a more integrated Economic European Union, its horizontal, vertical and cross-cutting characteristics involve not only a deep reform of the sector's regulation, but also an important impact on relevant aspects relating to administrative cooperation, e-administration and common administrative procedure.

In one word, these lines are aimed at analysing the final objective of the Services Directive, that is the creation a more favourable and coherent environment for the development of services activities across the Union. To this end, it promotes the removal of procedures, the simplification of steps, the promotion of administrative procedures by electronic means, the enhancement of supervision on service providers, as well as the reinforcement of consumers' rights.

*Palabras clave:* Servicio, Establecimiento, Prestador, Destinatario, Requisito, Regulación.

*Keywords:* Service, Establishment, Provider, Recipient, Requirements, Regulation.

\* \* \*

## 1. ANTECEDENTES

A pesar de que en la Europa de los Quince el sector servicios era el motor del crecimiento económico y de que representaba casi el 70% del PIB y de los puestos de trabajo de la mayoría de los Estados miembros, la Comisión Europea, dos años después de aprobarse la Estrategia de Lisboa, emitió un informe muy crítico respecto de la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios. A estos efectos, en su informe de 2002 *«El estado del mercado interior de servicios»*<sup>1</sup>, la Comisión llegó a la conclusión de que *«diez años después de lo que debería haber sido la realización del mercado interior, es preciso constatar que existe todavía un gran desfase entre la visión de una Europa económica integrada y la realidad tal y como la viven y experimentan los ciudadanos europeos y los prestadores de servicios»*. De hecho, aquellas

elevadas cifras de PIB y empleo contrastaban con el escaso 20% del comercio intracomunitario que representaban los servicios en la Unión Europea.

A partir de dicho informe, la Comisión elaboró una propuesta de Directiva orientada, desde un enfoque global, a asentar de manera definitiva un auténtico mercado interior de servicios. Este proyecto normativo fue revisado con posterioridad por el Parlamento y el Consejo europeos y formó parte esencial del relanzamiento de la Estrategia de Lisboa en 2005. De igual forma, el proyecto fue sometido a consulta de los agentes afectados. Finalmente, una vez solventados los aspectos que habían suscitado más reticencias y aclarada la relación de la nueva norma con otros instrumentos comunitarios específicos y su compatibilidad con el modelo social europeo, se aprobó la *Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior*<sup>2</sup>, conocida como Directiva de Servicios (en adelante DS).

La DS constituye un enorme paso adelante para garantizar dos de las libertades fundamentales consagradas en la actualidad en los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>3</sup>, las ya indicadas libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios a través de las fronteras. Para ello, la DS pretende simplificar procedimientos, eliminar obstáculos a las actividades de servicios y promover tanto la confianza recíproca entre los Estados miembros<sup>4</sup> como la confianza de los prestadores y los consumidores, al tiempo que avanza hacia la formulación de una política de calidad de los servicios en toda Europa.

La DS consolida la aplicación de los principios de buena regulación, supone un decidido impulso a la modernización de las Administraciones Públicas y crea un entorno favorable para la dinamización de la actividad económica, de la que se derivarán ganancias de eficiencia y productividad en los sectores afectados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos.

## **2. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS**

### **2.1. PRINCIPIOS GENERALES: OBJETIVOS Y DEFINICIONES**

La DS no recoge una relación de «principios generales», sin embargo, del conjunto de la norma se pueden extraer los principios o líneas básicas que

rigen la misma, los cuales, a su vez, se concretan en una serie de objetivos esenciales.

De este modo, se puede decir que la DS persigue: a) alcanzar un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea a través de la eliminación de las barreras legales y administrativas que actualmente limitan el desarrollo de las actividades de servicios; b) otorgar una mayor seguridad jurídica a aquellas personas que deseen prestar un servicio, mediante un establecimiento permanente (libertad de establecimiento) o sin recurrir a dicho establecimiento (libertad de prestación de servicios); y c) simplificar los procedimientos administrativos e implantar un sistema de ventanilla única para el acceso a la información y la tramitación electrónica. Igualmente, la DS dispone obligaciones jurídicamente vinculantes para que todas las autoridades competentes de los Estados miembros cooperen entre sí a efectos de garantizar la supervisión de los prestadores y sus servicios.

A diferencia de lo anterior, la DS sí ofrece una lista de definiciones que contribuye a la mejor comprensión del texto. Las principales definiciones son las siguientes:

- «servicio»: cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración;
- «establecimiento»: ejercicio efectivo de una actividad económica, por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable;
- «prestador»: cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 54 TFUE y establecida en un Estado miembro, que ofrezca o preste un servicio;
- «destinatario»: cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 54 TFUE y establecida en un Estado miembro, que utilice un servicio con fines profesionales o de otro tipo;
- «régimen de autorización»: cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador está obligado a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener una decisión expresa o tácita sobre el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio;
- «requisito»: cualquier obligación, prohibición, condición o límite al ejercicio de una actividad de servicios, previstos en la normativa de los Estados miembros, o derivados de la jurisprudencia o de las prácticas administrativas;

- «comunicación comercial: cualquier forma de comunicación destinada a promocionar bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial o artesanal, o que ejerza una profesión regulada.

## 2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La DS se aplica a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro de la Unión Europea, si bien con las excepciones que la propia norma relaciona.

### 2.2.1. Servicios incluidos

Como decimos, la DS se aplica a los servicios prestados por prestadores establecidos en cualquier Estado miembro y, por tanto, a una amplia gama de actividades de servicios.

De acuerdo con el TFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la DS distingue entre las normas aplicables al establecimiento y las aplicables a la prestación transfronteriza de servicios, es decir, aquella en que el prestador no se encuentra establecido en el Estado miembro en el que presta sus servicios. El «establecimiento» conlleva la realización de una actividad económica a través de un establecimiento fijo y por una duración indeterminada. Por el contrario, la libertad de prestación de «servicios» se caracteriza por la ausencia de una participación estable y continua en la vida económica del Estado miembro anfitrión. Como sostiene el TJUE, la distinción entre establecimiento y prestación de servicios ha de efectuarse caso por caso teniendo en cuenta no sólo la duración, sino también la regularidad, periodicidad y continuidad de la prestación de servicios<sup>5</sup>.

#### 2.2.1.1. Libertad de establecimiento

La libertad de establecimiento consiste en la realización de una actividad de servicios a partir de una infraestructura estable en el territorio de un Estado miembro y por una duración indefinida.

Tradicionalmente, la apertura de un establecimiento ha estado vinculada a la obtención de una autorización administrativa previa, siendo uno de los

trámites más comunes aplicados a los prestadores. Desde la perspectiva comunitaria, las autorizaciones se han identificado como una restricción a la libertad de establecimiento<sup>6</sup>, por lo que la DS exige la revisión de todos los procedimientos de autorización vigentes y la adaptación de los mismos a sus artículos 9 a 13.

En concreto, la DS establece que únicamente podrán mantenerse regímenes de autorización que no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados, es decir, que el objetivo de protección del interés general no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva. Además, la DS recoge dos importantes criterios generales: a) la vigencia de la autorización por tiempo indefinido; y b) la vigencia de la autorización para la totalidad del territorio nacional, incluido el ejercicio de la actividad mediante la creación de agencias, sucursales, filiales u oficinas.

Otro aspecto importante de la DS es la relación de requisitos prohibidos, los cuales, por considerarse discriminatorios o particularmente restrictivos, no pueden mantenerse ni reintroducirse en el futuro por los Estados miembros. Son requisitos prohibidos aquellos basados directa o indirectamente en la nacionalidad, los que limiten el establecimiento de prestadores a un único Estado, los que limiten la capacidad de elección del prestador entre un establecimiento principal y otro secundario, las obligaciones de obtener avales financieros o contratar seguros de operadores establecidos en el mismo Estado miembro, las obligaciones de haber estado inscrito previamente en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un periodo de tiempo determinado en dicho territorio, así como también quedan prohibidas las condiciones de reciprocidad, la realización de pruebas económicas o la intervención de competidores en la toma de decisiones por las autoridades competentes.

En definitiva, el objetivo que se persigue es que los Estados miembros evalúen sus regímenes de autorización para suprimir o modificar todos aquellos procedimientos que no estén plenamente justificados.

Por su parte, todos aquellos procedimientos de autorización que se mantengan deben basarse en criterios que reúnan características tales como no ser discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a dicho objetivo de interés general, ser claros e inequívocos, ser objetivos, ser hechos públicos con antelación, ser transparentes y accesibles, y todo ello a los efectos de que tales criterios delimiten el



ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria.

Por último, el artículo 15 DS incorpora los que llama «requisitos a evaluar», es decir, aquellos que, en principio, suponen obstáculos graves a la libertad de establecimiento pero que según el TJUE pueden estar justificados en determinadas circunstancias y en sectores concretos. Por ello, la DS no dispone su prohibición total sino que obliga a los Estados a su evaluación con arreglo a los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad y, al final de este proceso, a comunicar, en el marco de la evaluación recíproca, aquellos requisitos que se hayan mantenido, así como los que se hayan suprimido o simplificado. Estos requisitos hacen referencia a límites cuantitativos o territoriales, a la obligación de que el prestador adopte una forma jurídica particular, a la posesión de capital de una sociedad, a requisitos que dan lugar a la reserva de la prestación de ciertos servicios a determinados prestadores, a la prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional, a la obligación de disponer de un número mínimo de empleados, a la obligación de aplicar tarifas mínimas o máximas fijas o a la obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

### *2.2.1.2. Libre prestación de servicios*

La libre prestación supone la realización de una actividad de servicios desde el Estado miembro en el que el prestador se encuentra establecido hacia unos destinatarios (ciudadanos o empresas) situados en el territorio de otro Estado miembro (prestación transfronteriza). En estos casos, la prestación se podrá realizar enteramente desde el país de establecimiento o bien puede requerir desplazamientos temporales al país de destino.

En este sentido, el artículo 16 DS establece el principio general de libertad de prestación transfronteriza de servicios sin restricciones no justificadas, o lo que es lo mismo, que los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos.

También en este ámbito la DS utiliza idénticos criterios que los ya señalados, de forma que prohíbe a los Estados miembros supeditar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, en sus respectivos territorios, a requisitos que no respeten los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

Por su mayor importancia cabe centrarse en el criterio de «necesidad», que alude al hecho de que la imposición de cualquier requisito debe estar justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente. Esta relación tasada impide a los Estados invocar otros objetivos de interés general y, además, aquellas razones deben ser interpretadas en sentido restrictivo y conforme a la jurisprudencia del TJUE. El orden público, la seguridad pública y la salud pública son conceptos del derecho comunitario que requieren la existencia de una amenaza real y grave para un interés fundamental de la sociedad. Por su parte, teniendo en cuenta las características específicas del lugar en el que se desarrolla la actividad, los Estados miembros pueden adoptar medidas para evitar que los servicios repercutan negativamente en el medio ambiente.

Al igual que en la libertad de establecimiento, la DS también recoge una serie de requisitos prohibidos, lo que se concreta en que los Estados no pueden restringir la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado mediante la imposición de requisitos tales como la obligación de disponer de establecimiento en el territorio en el que presta el servicio, la obligación de obtener una autorización o de inscribirse en un registro, la obligación de poseer un documento de identidad específico u otros requisitos sobre el uso de equipos y material o sobre la aplicación de regímenes contractuales particulares entre el prestador y el destinatario que restrinjan la prestación de servicios por trabajadores por cuenta ajena.

Por último, como adelanto y complemento del siguiente apartado, la DS enumera una serie de excepciones adicionales a la libre prestación de servicios, las cuales, sin embargo, quedan sometidas al artículo 56 TFUE. La relación, algo extensa, comprende los servicios de interés económico general que se prestan en otro Estado miembro (entre otros, los servicios postales, los servicios de los sectores eléctrico y del gas, la distribución y suministro de agua y el tratamiento de residuos), las materias que abarca la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores, las materias a que se refiere la Directiva 95/46/CE relativa al tratamiento de datos personales, las materias a que se refiere la Directiva 77/249/CEE, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, la actividad de cobro de deudas por vía judicial, las materias a que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, las materias a que se refiere el Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la coordinación de regímenes de la seguridad social, las materias a que se refie-

re la Directiva 2004/38/CE relativa a los trámites administrativos que conciernen a la libre circulación de personas y a su residencia, los requisitos de visado o de permiso de residencia impuestos a ciudadanos de terceros países, a las materias a que se refiere el Reglamento (CEE) n° 259/03 relativo al traslado de residuos, a los derechos de propiedad intelectual, a los actos para los que se exige por ley la intervención de un notario, a las materias que abarca la Directiva 2006/43/CE sobre auditorías legales, a la matriculación de vehículos objeto de un arrendamiento financiero (leasing) en otro Estado miembro y a las disposiciones aplicables a las obligaciones contractuales y extracontractuales determinadas de conformidad con las normas del derecho internacional privado.

### **2.2.2. Servicios y ámbitos excluidos**

La propia DS relaciona una serie de servicios excluidos de su ámbito de aplicación, y ello como consecuencia, por un lado, del propio proceso de negociación de la norma y, por otro, de la necesidad de alcanzar el adecuado equilibrio entre la apertura de mercados y la preservación de los servicios públicos, los derechos sociales y los derechos de los consumidores.

Tales servicios excluidos son los servicios no económicos de interés general, los servicios financieros, los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, los servicios de las empresas de trabajo temporal, los servicios sanitarios, los servicios audiovisuales, las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, los servicios sociales relativos a la vivienda social o atención a niños y familias, los servicios de seguridad privados, los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración y la fiscalidad.

En cualquier caso, tales exclusiones son opcionales, en el sentido de que los Estados miembros pueden aplicar a todos o parte de estos servicios excluidos los principios generales y mecanismos recogidos en la DS.

Por otro lado, cabe señalar que la DS no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales, al derecho laboral, a la legislación en materia de seguridad social, a los monopolios prestadores de servicios ni a las medidas que se adopten para fomentar la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación.

### 3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

La directiva, en general, es un acto del derecho comunitario derivado por el que el Consejo, o el Consejo y el Parlamento Europeo, o la Comisión, establecen, con efecto obligatorio, un objetivo a uno o varios Estados miembros. La directiva es un medio normativo indirecto, dado que no produce normas de eficacia directa respecto a los sujetos de los ordenamientos internos. En definitiva, la directiva se limita a indicar a los Estados miembros determinados objetivos que no pueden alcanzarse sin recurrir a medidas legislativas, reglamentarias o administrativas nacionales, las cuales deben adoptarse en un determinado plazo.

La DS establece que los Estados miembros disponen de un plazo de tres años para poner en vigor las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma, a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009.

#### 3.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN

Dada su complejidad, el Consejo Europeo destacó desde un primer momento la necesidad de abordar una transposición completa, correcta y coherente de la DS, al tiempo que señaló el esfuerzo decidido que se exigía a los Estados miembros. Por su parte, la Comisión se comprometió a mantener una estrecha colaboración con aquéllos y a prestar la ayuda necesaria. Como manifestación de lo anterior, la Comisión puso en marcha dos importantes instrumentos de coordinación y orientación:

##### a) Grupo de expertos en Bruselas

Bajo la presidencia de la Comisión, ésta decidió instaurar un Grupo de Expertos en la Transposición, donde estarían representados 30 Estados (los 27 Estados de la UE y los tres del EEE).

Desde el principio los objetivos de este grupo fueron los de fijar criterios similares de interpretación de la DS, determinar la forma de informar sobre los resultados de la transposición y las vías de notificación posterior, poner en común la forma de aplicación de determinados artículos, analizar determinados aspectos técnicos relacionados con la implantación de la ventanilla única y diseñar el sistema de cooperación administrativa.

## b) Manual de transposición

En 2007 la Comisión aprobó, como una concreta medida de acompañamiento del proceso de transposición, el «Manual de transposición». Este Manual presentaba el objetivo de ofrecer a los Estados miembros la adecuada asistencia técnica, describiendo vías de transposición adecuadas, llamando la atención sobre las cuestiones más relevantes y dando respuesta a las numerosas preguntas planteadas. El Manual, que no era exhaustivo ni legalmente vinculante, formaba parte asimismo de la respuesta de la Comisión a la solicitud que le dirigió el Consejo, en su reunión del 29 y 30 de mayo de 2006, pidiendo su asistencia a los Estados miembros<sup>7</sup>.

El Manual entra a analizar, con cierto grado de detalle, cuestiones como el ámbito de aplicación de la DS, su relación con otras disposiciones del derecho comunitario, los conceptos de libertad de establecimiento y libre circulación de servicios, la cooperación administrativa, la calidad de los servicios o el proceso de evaluación recíproca, y sin duda ha sido un muy útil elemento de guía e interpretación.

## 3.2. LA TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA

En España, el proceso de transposición, liderado por el Ministerio de Economía y Hacienda, ha supuesto un gran esfuerzo de evaluación de la normativa vigente y de coordinación administrativa dado el marcado carácter horizontal y vertical de la DS, pues abarca competencias de todos los ministerios y afecta a los tres niveles de la Administración (estatal, autonómico y local).

En concreto, teniendo en cuenta la complejidad e implicaciones de la DS, en marzo de 2007 la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos creó un Grupo de Trabajo compuesto por el Ministerio de Economía y Hacienda (responsable) y todos los demás Ministerios (competentes), al que se le encomendó la tarea de preparar un programa de trabajo, así como la de identificar las principales actuaciones que los distintos Ministerios debían desarrollar, incluyendo, dentro de su respectiva esfera de competencias, la oportuna cooperación con las Administraciones autonómicas y locales.

El programa de trabajo señaló cuatro grandes líneas de actuación: la cooperación y coordinación entre Administraciones; la incorporación al derecho interno de la DS, la implantación de la ventanilla única y el establecimiento del sistema de información del mercado interior.

Por lo que se refiere a la cooperación institucional, desde el principio quedó claro que, aunque las distintas Administraciones eran responsables de asegurar el cumplimiento de la DS en el marco de sus competencias, era necesario establecer un esquema de colaboración para dar un impulso adicional al proceso y asegurar la debida coherencia de los cambios normativos que se llevarían a cabo, especialmente en aquellos ámbitos que exigían adaptaciones en la normativa de las tres Administraciones. A estos efectos, la coordinación se apoyó tanto en las conferencias sectoriales como en otros órganos de mayor agilidad, al tiempo que cada Ministerio, cada Comunidad Autónoma y la Federación Española de Municipios y Provincias designó un interlocutor único encargado de impulsar el proceso de transposición en su respectivo ámbito.

Debido a su especificidad, el Ministerio de Economía y Hacienda también creó un Grupo de Trabajo con los Colegios Profesionales.

En cuanto a la incorporación al derecho interno de la DS, el proceso de transposición incluía un ejercicio novedoso de evaluación de la normativa existente en numerosos sectores de actividad y, en su caso, su posterior modificación para adaptarla a los principios de la DS. Sin embargo, este planteamiento no agotaría las modificaciones jurídicas necesarias para dar por transpuesta la DS, y no aseguraría que se introdujeran nuevas restricciones en el futuro, por lo que el esquema sectorial debía completarse con una ley general de carácter horizontal que incorporara los principios de la DS y configurara un marco de referencia más allá del plazo de transposición.

Por todo ello, el programa de trabajo adoptó en este punto un doble enfoque:

- a) Aprobar una ley de carácter horizontal, que recogiera los principios generales de la DS y aportara un marco jurídico de referencia sobre la regulación presente y futura de las actividades de servicios;
- b) Aprobar una ley de carácter sectorial, previo seguimiento de tres fases claramente diferenciadas: identificación de la normativa española potencialmente afectada por la DS; evaluación de compatibilidad de dicha normativa con la DS; y modificación de las normas sectoriales correspondientes.

Este doble enfoque se concretó en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (la llamada «ley paraguas»)<sup>8</sup>, y en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (la llamada «ley ómnibus»)<sup>9</sup>.

En cuanto a la tercera y cuarta líneas de actuación, los Ministerios de la Presidencia y de Política Territorial, con el apoyo técnico necesario, han dirigido la puesta en marcha de los mecanismos de la ventanilla única y la cooperación administrativa.

Al margen del citado programa de trabajo, otro aspecto destacable ha sido, a diferencia del resto de directivas, el deber de los Estados miembros de presentar a la Comisión un informe que resumiera lo realizado en cuanto al artículo 9.2 de la DS, sobre los regímenes de autorización, al artículo 15.5, sobre los requisitos supeditados a evaluación y al artículo 25.3, sobre las actividades multidisciplinares. De igual modo, se hubo de presentar un informe sobre los requisitos nacionales cuya aplicación quedara cubierta por determinados apartados del artículo 16, sobre la libre prestación de servicios. Estos informes venían exigidos en los apartados 1 y 5 del artículo 39, respectivamente.

Finalmente, el 28 de diciembre de 2009, con la aprobación de la Ley 17/2009 y de la Ley 25/2009, la implantación de la ventanilla única y del sistema de cooperación administrativa, y la presentación de los citados informes, España cumplió con el compromiso de transponer la DS dentro del plazo establecido, y todo ello sin perjuicio de los cometidos que a nivel normativo y de despliegue de los instrumentos prácticos aún quedaban por desarrollar, y que se analizarán más adelante.

Como dijimos al principio, el Ministerio de Economía y Hacienda ha dirigido y coordinado todo este proceso de transposición y sus conclusiones se han plasmado en un completo dossier disponible en la página [www.meh.es](http://www.meh.es).

### **3.2.1. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**

#### *3.2.1.1. El contenido de la Ley 17/2009*

La aprobación de una ley marco de carácter horizontal, como la Ley 17/2009, vino aconsejada por distintos motivos: a) por la necesidad de establecer los principios que deben guiar la regulación de las actividades de servicios por parte de las Administraciones públicas en el momento actual y en el futuro; b) por la conveniencia de dictar reglas con vocación de permanencia para la coordinación de las distintas Administraciones y autoridades competentes; c)

por la necesidad de facilitar la derogación o modificación de normas contrarias a la DS ya que, al disponer de un instrumento jurídico interno, éste permitiría invalidar directamente cualquier norma incompatible con la DS; y d) para dotar de mayor visibilidad y efectividad a las disposiciones de la DS.

La Ley 17/2009 se estructura en seis capítulos, en los que reproduce el ámbito de aplicación de la DS e incorpora con algunos matices las definiciones de la misma, así como, lógicamente, regula la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, la libre prestación de servicios para prestadores de otro Estado miembro, la simplificación administrativa, la política de calidad de los servicios y la cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores.

A pesar de que la Ley 17/2009 ha transpuesto fielmente el contenido de la DS y de que incorpora una completa regulación, la misma se puede calificar de ambiciosa pues potencia los principios básicos de la DS para maximizar sus efectos dinamizadores. De esta forma, por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, y a diferencia de la DS, la ley introduce alternativas de regulación coherentes con el principio de proporcionalidad, es decir, alternativas a la autorización como pueden ser las comunicaciones previas y las declaraciones responsables, y limita en mayor medida algunas restricciones contempladas en la DS en materia de aplicación del silencio administrativo. En cuanto a la libre prestación de servicios, la ley no contempla excepciones a la prohibición de determinados requisitos que restringirían enormemente la libre prestación, como la obligación de estar establecido en territorio español o la obligación de obtener una autorización concedida por las autoridades españolas, y limita las excepciones a este principio a aquellos sectores concretos en los que se ha detectado que podrían surgir problemas para la aplicación del mismo. Finalmente, sobre la simplificación administrativa, la ley propone un ámbito de aplicación ampliado, de forma que sectores excluidos puedan beneficiarse de las ventajas de la ventanilla única.

Habría que destacar, además, tres novedades dirigidas a garantizar el cumplimiento de la ley. En primer lugar, la creación del Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios, que presenta la naturaleza de comité de cooperación multilateral, y del que forman parte la Administración General del Estado, las Comunidades y Ciudades Autónomas y representantes de la Administración Local. Su objeto es facilitar la cooperación para la mejora de la regulación de las actividades de servicios y, en particular, el seguimiento y coordinación de las actuaciones que se lleven a cabo por las distintas administraciones para la correcta transposición de la DS. En segundo término, y tratando de evitar la posible duplicidad de sanciones administrativas, la ley señala que en



caso de incumplimiento de las obligaciones de información y en materia de reclamaciones por los prestadores, cuando los destinatarios sean consumidores y usuarios, se aplicará el régimen sancionador previsto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Por último, la tercera novedad ha sido explicitar el régimen de responsabilidades derivado del incumplimiento de la DS, de tal manera que si las Administraciones públicas competentes vulneran lo dispuesto en la ley, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades correspondientes.

### *3.2.1.2. El carácter horizontal y básico de la Ley 17/2009: normativa de desarrollo*

La Ley 17/2009 declara expresamente que incorpora «parcialmente» al derecho español la DS. Este término parcial puede entenderse en un doble sentido. Con referencia a las competencias del Estado, la ley ofrece una regulación general y horizontal necesitada, como ya hemos señalado, de un complemento sectorial. Con referencia a las competencias de las Comunidades Autónomas, la ley se configura como «norma básica», dictada al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.1<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup> y 18<sup>a</sup> de la Constitución Española y, por tanto, necesitada también de desarrollo normativo por aquéllas.

Coherentemente con lo anterior, la Ley 17/2009 indica que corresponde a las Administraciones públicas competentes, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta ley.

En el ámbito estatal, ya la propia Ley 17/2009 encomendó al Gobierno someter a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación de las disposiciones vigentes con rango de ley a lo dispuesto en dicha ley. Tal mandato culminó con la aprobación de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, la cual, en efecto, llega a modificar hasta 48 leyes. A nivel reglamentario, se puede decir que a partir del 28 de diciembre de 2009 se inició o se impulsó, según los casos, la tramitación de numerosas normas reglamentarias para adaptar la regulación de las distintas materias al nuevo contenido de aquellas 48 leyes<sup>10</sup>. Cabe señalar, no obstante, que esta adaptación normativa no sólo deriva de la aprobación de la Ley 25/2009, sino que también está referida a aquellas leyes que no ha sido necesario modificar por ser conformes con la Ley 17/2009, pero cuyo actual desarrollo reglamentario incumple sus disposiciones. Todo ello ha dado lugar a un intenso proceso de producción normativa que se extenderá a lo largo de 2010 y que determinará la adecuación de alrededor de 130

reglamentos entre reales decretos y órdenes ministeriales, siendo las áreas más afectadas las de industria, energía, salud y medio ambiente.

A nivel autonómico hay que tener en cuenta el esquema normativo «bases más desarrollo». Como tiene declarado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, lo que persigue la Constitución al conferir al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una determinada materia es que esas bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación, lo cual asegura, en aras de intereses superiores, un común denominador normativo a partir del cual las Comunidades Autónomas podrán establecer las peculiaridades que tengan por conveniente. Además, la regulación nacional no puede ser completa ni agotar la normación sino que, antes al contrario, debe permitir distintas opciones, ya que la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario. A todo esto habría que añadir, volviendo a destacar el marcado carácter vertical y transversal de la DS, que las materias contenidas en ésta afectan tanto a las competencias del Estado como de las Comunidades Autónomas, por lo que en todo aquello que afecte a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas serán éstas las responsables de la transposición. Recuérdese en este punto que también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene declarado que las Comunidades Autónomas pueden desarrollar legislativa y reglamentariamente el Derecho comunitario si la materia necesitada de desarrollo les corresponde según sus respectivos Estatutos de Autonomía. Esta última consideración viene a reforzar el carácter «parcial» de la Ley 17/2009. En definitiva, teniendo en cuenta todo lo anterior, las Comunidades Autónomas también se encuentran inmersas en un proceso de producción normativa que alcanzará la modificación de alrededor de 200 leyes y de más de 600 normas reglamentarias, con especial incidencia en las áreas de comercio, turismo, economía y hacienda, medio ambiente, agricultura, consumo o asuntos sociales.

A nivel local debe destacarse el gran número de ordenanzas que regulan el acceso y ejercicio de actividades de servicios, las cuales, en la medida que son desarrollo de la legislación estatal y autonómica, tendrán también que ajustarse a los nuevos criterios que dicha legislación adopte como consecuencia de la transposición de la DS. La mayor parte de tales ordenanzas se concentran en los ámbitos de comercio, sanidad, transportes, medio ambiente, energía, deportes, espectáculos públicos y sociedad de la información, y puesto que las mismas traen causa principalmente de la legislación sectorial autonómica, cualquier cambio en la normativa local deberá coordinarse pre-

viamente con las reformas que haya efectuado la Comunidad Autónoma en su propia legislación. Por todo ello, los cambios normativos a nivel local no se esperan a tan corto plazo.

### **3.2.2. La incorporación al derecho interno de la Directiva de Servicios en los Colegios Profesionales**

Un estudio detallado de los colegios profesionales excede del objeto de este trabajo, por lo que simplemente se ofrecen unas líneas básicas sobre la transposición en este ámbito.

La importancia de este sector se pone de manifiesto si se tiene en cuenta que en España existen 87 profesiones con colegio profesional (incluyendo los colegios de creación estatal y autonómica), alrededor de 140 profesiones reguladas y en torno a un millón de profesionales colegiados, a los que habría que añadir las más de cuatrocientas mil personas con un empleo asalariado vinculado a alguna profesión colegiada<sup>11</sup>.

La reforma en este ámbito se ha orientado en el mismo sentido marcado para la transposición de la DS y, por tanto, fortaleciendo el criterio de libre acceso a las profesiones, suprimiendo restricciones injustificadas a la competencia, reforzando la protección de los consumidores y usuarios e impulsando la modernización de los colegios.

De entre el total de leyes modificadas por la Ley 25/2009, se encuentran, en efecto, dos que implican a los colegios profesionales: la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales y la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. Las principales modificaciones hacen referencia a lo siguiente: a) supresión de restricciones y trabas a la actividad profesional (se estará a lo que disponga la ley y no en las normas colegiales respecto del régimen de incompatibilidades, publicidad y ejercicio de la profesión en forma societaria, y se suprime la obligación de comunicar el ejercicio fuera del territorio del colegio de inscripción); b) protección de los destinatarios de los servicios (se establece que los colegios cuenten con un servicio de atención a los usuarios y colegiados con el deber de resolver o tramitar sus quejas y la obligación de implantar y usar medios telemáticos, incluida la ventanilla única); c) previsión de eliminar obligaciones de visado; y d) prohibición de elaborar baremos orientativos.

A estas modificaciones habría que añadir otra, quizás la más importante, que consiste en el establecimiento de criterios para regular las obligaciones de colegiación, que sólo se impondrán cuando esté justificado y resulte pro-

porcionado. En este sentido, la Disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009 establece que en el plazo máximo de doce meses desde su entrada en vigor, el Gobierno, previa consulta con las Comunidades Autónomas, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación. Dicho proyecto deberá prever la continuidad de la obligación de la colegiación siempre que la misma esté plenamente justificada, bien porque se constituya en un instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios, bien para aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público como la protección de la salud y de la integridad física, o la seguridad personal o jurídica de las personas.

#### **4. LOS INSTRUMENTOS DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS**

Como toda Directiva, la DS obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para incorporar al derecho interno sus disposiciones pero, además, como novedad, también obliga a adoptar medidas de índole práctica, como son la revisión de toda la legislación nacional afectada, la modernización administrativa, la calidad de los servicios, la cooperación administrativa y el proceso de evaluación recíproca.

##### **4.1. LA REVISIÓN NORMATIVA: LA LEY 25/2009, DE 22 DE DICIEMBRE**

Ya se ha señalado con anterioridad que, desde un principio, el método de transposición comprendía la adopción de medidas legislativas generales y horizontales y medidas legislativas específicas y sectoriales. El primer enfoque se materializó en la Ley 17/2009, ya examinada, mientras que el segundo enfoque permitió establecer un procedimiento concreto dividido en tres fases: identificación de la normativa potencialmente afectada por la DS, evaluación de compatibilidad con la DS y modificación de la normativa sectorial.

La primera fase se realizó desde una perspectiva amplia con la finalidad de evitar que quedara fuera de estudio normativa que *a priori* no estaba afectada por la DS. La información suministrada por la Administración General del Estado y por las Comunidades Autónomas se estructuró en base al concepto de «procedimiento sectorial» y su correspondiente normativa. Una vez descartados aquellos procedimientos no incluidos en el ámbito de aplicación

de la DS, se identificaron 7.000 procedimientos o casos, que a su vez se clasificaron en 22 áreas sectoriales de actividad.

En la segunda fase, la de evaluación, y sobre la base de los criterios de ámbito de aplicación, necesidad, proporcionalidad, requisitos prohibidos o requisitos evaluables, se procedió al examen de la normativa identificada a los efectos de determinar cual debía ser modificada. El resultado de dicho ejercicio determinó la necesidad de acometer la modificación de más de 3.000 del total de los casos identificados.

La tercera fase, la de modificación normativa, se ha materializado en la Administración General del Estado en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que se aprueba con el fin de crear un entorno regulatorio más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, en definitiva, un entorno más favorable para el desarrollo de la actividad económica. Todo ello se acomete mediante las siguientes medidas, entre otras: a) se generaliza la introducción de nuevas formas de control de la actividad a través de la sustitución de la autorización previa que rige el acceso a numerosas actividades por comunicaciones previas o declaraciones responsables; b) se eliminan obstáculos que restringen innecesaria y desproporcionadamente la puesta en marcha de actividades de servicios; c) se declara la validez en todo el territorio nacional de la habilitación para el ejercicio de la actividad; d) se simplifican los procedimientos administrativos (tramitación electrónica, supresión de autorizaciones provisionales, unificación de trámites de apertura y funcionamiento); e) se impone el silencio administrativo como regla general; y f) se introducen principios de buena regulación en la concesión de autorizaciones cuando su número es limitado.

La Ley 25/2009 se estructura en seis títulos y modifica 48 leyes. Su título primero concreta diversos aspectos que afectan de forma genérica a las actividades de servicios, modificando la Ley de Bases de Régimen Local, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley sobre Colegios Profesionales, la Ley de Sociedades Profesionales, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El resto de títulos abordan la modificación, entre otras, de la Ley de Patentes, la Ley de Industria, la Ley de Ordenación de la Edificación, la Ley de Minas, la Ley del Sector Eléctrico, la Ley del Sector de Hidrocarburos, la Ley sobre Navegación Aérea, la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la Ley del

Sector Ferroviario, la Ley del Servicio Postal Universal, la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley de Costas, la Ley de Residuos, el Texto Refundido de la Ley de Aguas, la Ley de Montes, la Ley de Red de Parques Nacionales, la Ley de Pesca Marítima del Estado, la Ley General de Sanidad, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias y la Ley sobre acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. También, en lo que compete al Ministerio del Interior, han sido objeto de reforma la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada y el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

Fuera de la Ley 25/2009, la DS también alcanza la modificación de la Ley del comercio minorista y la Ley de evaluación de impacto ambiental.

En cuanto a la modificación de la normativa sectorial de las Comunidades Autónomas y la adaptación de las ordenanzas de las Entidades Locales, damos por reproducido lo señalado en el apartado 3.2.1.2.

Por todo lo expuesto, se puede decir que la singularidad del método seguido es que, a diferencia de la transposición ordinaria de las Directivas, que normalmente requieren un único instrumento (ley o reglamento) para su incorporación al derecho interno, el caso de la DS ha impuesto la necesidad de aprobar una primera ley, la Ley 17/2009, que con acierto se llamó «ley paraguas», por su vocación generalista y de cobertura del ejercicio de evaluación, y una segunda ley en el ámbito estatal, la Ley 25/2009, así como numerosas leyes en el ámbito autonómico, que van a determinar conjuntamente un profundo proceso de modificación de la normativa sectorial.

## 4.2. LA MODERNIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La DS incluye un ambicioso programa de modernización administrativa. Así, se insta a los Estados a simplificar los procedimientos administrativos, a establecer «ventanillas únicas» que actúen como interlocutores de los prestadores de servicios y a ofrecer la posibilidad de realizar los procedimientos a distancia y por medios electrónicos.

Esta modernización contribuirá a promover la competitividad de la economía europea<sup>12</sup>, por lo que los Estados miembros pueden considerar la aplicación de la totalidad o parte de estas medidas, en particular, las ventanillas únicas y la tramitación electrónica, a aquellos ámbitos no abordados por la DS.

### 4.2.1. La simplificación administrativa

La DS impone a los Estados miembros un ejercicio de simplificación de procedimientos y trámites desde la perspectiva del prestador, al tiempo que señala que tal ejercicio, a su vez, atenuará la carga administrativa de la propia Administración.

El concepto de procedimientos y trámites es amplio y comprende toda medida administrativa que los prestadores de servicios estén obligados a adoptar. En este sentido, se incide en la necesidad de evitar la duplicidad de procedimientos o trámites o en la de evitar que aquéllos tengan la obligación de presentar determinados documentos o datos que ya se encuentran en poder de la propia Administración o disponibles en otras fuentes como, por ejemplo, otras autoridades competentes.

En la práctica, la adecuada aplicación de esta medida va a suponer que en España se eliminen casi 600 requisitos de un gran número de procedimientos. Tales requisitos se suprimen por constituir trabas u obstáculos que se han valorado como desproporcionados en relación con el acceso y ejercicio de las actividades de servicios.

Al margen de estos aspectos, la DS presenta como novedad el que los Estados miembros deberán aceptar los documentos de otros Estados que tengan una función equivalente, es decir, que a los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el acceso a una actividad de servicios, las autoridades competentes aceptarán los documentos procedentes de otro Estado miembro de los que se desprenda que se cumplen tales requisitos. Esto obligará a las Administraciones públicas españolas a realizar un esfuerzo para evaluar no sólo la forma sino también el fondo de los documentos expedidos por otros Estados miembros.

### 4.2.2. La Ventanilla Única de la Directiva de Servicios

#### 4.2.2.1. Aspectos generales

Bajo este apartado nos estamos refiriendo a una típica obligación de resultado, propia de la técnica indirecta de la Directiva. En efecto, un elemento clave, y quizás el más visible de la DS, es la obligación de los Estados miembros de garantizar que los prestadores puedan llevar a cabo los procedimientos y trámites necesarios para el acceso de su actividad mediante el llamado

Point of Single Contact (PSC). En España PSC se ha traducido como «ventanilla única», teniendo en cuenta que «única» indica el punto de vista del prestador, es decir, un único punto al que dirigirse pero sin que tenga incidencia en la distribución interna de competencias. La DS deja claro que las ventanillas no interfieren en el reparto de competencias de las autoridades competentes dentro cada sistema nacional.

Como decimos, tales ventanillas se conciben como interlocutores institucionales únicos desde la perspectiva del prestador, de forma que éste no tenga que ponerse en contacto con varios órganos administrativos para recabar toda la información pertinente y completar lo necesario para el efectivo ejercicio de la actividad. En cuanto a su implantación, los Estados miembros, por un lado, no están obligados a establecer un único órgano centralizado en su territorio y, por otro, podrán determinar que las ventanillas sólo desempeñen un papel coordinador, reservándose las decisiones finales a las autoridades competentes.

Los Estados se han visto obligados a realizar un gran esfuerzo para organizar la información de una manera clara (por sectores de actividad y diferenciando los requisitos que han de cumplir los que deseen establecerse y los que sólo pretendan prestar servicios de manera transfronteriza), para velar por que se ofrezca en un lenguaje sencillo y para que se presente de modo coherente, comprensible y estructurada. Además, la apertura de la ventanilla obligará a los Estados a realizar un ejercicio periódico de revisión y actualización de los contenidos.

De lo que no se ocupa la DS es de determinar el esquema de responsabilidades derivadas de las acciones u omisiones de la ventanilla, por ejemplo, en caso de información incorrecta, por lo que habrá de estarse a la respectiva legislación nacional.

#### *4.2.2.2. La Ventanilla Única en España*

Como hemos señalado, la idea esencial de la ventanilla única virtual es que a través de la misma los prestadores podrán llevar a cabo en un único punto, por vía electrónica y a distancia, todos los procedimientos y trámites necesarios para el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En España la ventanilla única ha optado por un modelo de integración en beneficio del ciudadano, se regula en los artículos 18 y 19 de la Ley 17/2009 y es accesible a través de la página web [www.eugo.es](http://www.eugo.es)



Es un modelo de integración porque implica en la gestión del sistema a todas las Administraciones públicas. Aunque la construcción de la ventanilla fue un proceso dirigido por un grupo técnico del Ministerio de la Presidencia, según encargo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en junio de 2008, su puesta en funcionamiento se apoya en un esquema de gestión compartida. Esto supone que cada autoridad competente es responsable tanto de la información ofrecida sobre los trámites como sobre los requisitos para realizarlos y, por tanto, responsable de la calidad de la información suministrada. Este modelo de gestión compartida y de corresponsabilidad permite, además, que los contenidos del portal no queden obsoletos.

Los artículos 18 y 19 de la Ley 17/2009 regulan la ventanilla única, señalando desde el principio que los «prestadores» podrán acceder, electrónicamente y a distancia a través de una ventanilla única, tanto a la información sobre los procedimientos necesarios para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, como a la realización de los trámites preceptivos para ello, incluyendo las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para obtener una autorización, así como las solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, asociaciones, colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales. Pero también son beneficiarios de la ventanilla los «destinatarios», que a través de la misma pueden conocer los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, los datos de las autoridades competentes, los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos, los datos de asociaciones de prestadores y organizaciones de consumidores, y las vías de reclamación y los recursos que podrán interponerse en caso de litigio. Debe quedar claro que esto último (reclamaciones y recursos) sólo se circunscribe a la información, por lo que quedan fuera de la actuación de la ventanilla única los procedimientos de recurso, ya sea por vía judicial o administrativa, la presentación de reclamaciones o la interposición de demandas.

El portal [www.eugo.es](http://www.eugo.es) es, en realidad, un doble portal: un portal de información y un portal de tramitación:

- a) Portal de Información: el portal contiene información sobre los pasos a seguir para establecer un negocio, la autoridad competente, las formas de prestación, las formas jurídicas, las vías de reclamación y otra información complementaria.

También está disponible una Guía de Asistencia Base y 51 Guías de Asistencia Específicas agrupadas por sectores (Comercio, Construc-

ción, Actividades sociales, Energía, Servicios empresariales, Actividades mobiliarias y de alquiler, Transporte, almacenamiento y comunicaciones, Hostelería, Actividades sanitarias y veterinarias y Educación). Debe indicarse en este punto que, en efecto, la DS obliga a ofrecer asistencia a los prestadores en forma de guías fácilmente comprensibles, en las cuales éstos puedan encontrar los criterios necesarios para la más correcta interpretación de los requisitos exigibles. Este deber, no obstante, no alcanza a la prestación de asesoramiento jurídico en casos particulares por parte de las autoridades competentes.

Otras informaciones adicionales son la red de oficinas presenciales (la red de Ventanillas Únicas Empresariales y la red PAIT de Puntos de Tramitación Empresarial) y las direcciones de los portales de cada Comunidad Autónoma que están especializados en empresas o son de interés para los inversores.

Además, incorpora un link que enlaza con las ventanillas únicas de otros Estados miembros;

- b) Portal de Tramitación: el sistema permite hacer los trámites administrativos electrónicamente, distribuyendo éstos entre las autoridades competentes responsables de los mismos o bien permite utilizar los elementos de tramitación electrónica de las Comunidades Autónomas. En todo caso, el trámite propiamente dicho será realizado siempre por la respectiva autoridad competente.

Por último, debería destacarse que la Ley 17/2009 habilita la puesta en marcha de la ventanilla única y, al tiempo, ya permite el alcance futuro de la misma. Así, su Disposición adicional segunda señala que la ventanilla única podrá incorporar trámites no incluidos en el ámbito de aplicación de la ley, entre ellos, los que se realizan ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, y aquellos otros que se consideren necesarios.

### **4.2.3. Los procedimientos electrónicos**

Los medios electrónicos utilizables a través de las fronteras constituyen una herramienta básica para reducir la carga que los procedimientos administrativos representan tanto para los prestadores como para las autoridades públicas. En efecto, los mismos revisten una especial importancia para los

prestadores de otros Estados miembros y contribuyen a la modernización de las Administraciones públicas al mejorar su eficacia.

Para garantizar que los medios electrónicos resulten fácilmente accesibles para los prestadores, deberán ofrecerse a través de redes de comunicación de acceso público como Internet. Además, debe ofrecerse a los prestadores la posibilidad de realizar por medios electrónicos todos los trámites del proceso administrativo, desde la solicitud inicial y presentación de documentos hasta la recepción de la resolución final por parte de la autoridad competente. La DS, no obstante, recoge tres excepciones lógicas a la obligación de dotación de medios electrónicos: a) las inspecciones del lugar en que se presta el servicio; b) las inspecciones del equipo utilizado por el prestador; y c) el examen físico de la capacidad o la integridad del prestador o del personal responsable. La Ley 17/2009 también proclama el principio general de que todos los procedimientos y trámites que supeditan el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio se podrán realizar electrónicamente y a distancia, si bien descarta como excepción a este principio la tercera de las señaladas por la DS.

De acuerdo con la DS los Estados miembros deberán implantar medios electrónicos tanto para las transacciones que se realicen a través de la ventanilla única como para las transacciones directas con las autoridades competentes. En términos prácticos esto significa, por un lado, que deberán ofrecerse medios electrónicos para todos los procedimientos administrativos que los prestadores puedan realizar a través de la ventanilla única y, por otro, que deberán ofrecerse tales medios para comunicarse directamente con el órgano competente, por ejemplo, en aquellos casos en que intervenga una única autoridad.

En este sentido, se señala que, durante el plazo de transposición de la DS, se aprobó la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que es la norma que en España regula la administración electrónica. Esta ley ya contemplaba los procedimientos electrónicos directos ante los órganos competentes. Por su parte, la Ley 25/2009 modificó su artículo 6.3 para recoger el derecho de los ciudadanos a la tramitación y a la obtención de la información a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia.

#### 4.3. LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS

La DS establece un conjunto de medidas encaminadas a promover una elevada calidad de los servicios y a fomentar la información y la transparen-

cia sobre los prestadores y sus servicios. Todo esto redundará en la mejora de la competitividad de la economía europea y, sin duda, beneficiará a los consumidores, que podrán tomar decisiones mejor informadas, en especial, respecto de los servicios de prestadores establecidos en otro Estado miembro.

En concreto, tales medidas comprenden las líneas de actuación en torno a las cuales los Estados fomentarán un alto nivel de calidad de los servicios así como las obligaciones de los prestadores, tanto respecto de la información que deben proveer como en materia de reclamaciones.

En España, la Ley 17/2009 acoge el principio de que las Administraciones públicas fomentarán un elevado nivel de la calidad de los servicios, y en particular, impulsarán que los prestadores aseguren de forma voluntaria la calidad de sus servicios por medio de la certificación de sus actividades por parte de organismos independientes o mediante la elaboración de su propia carta de calidad, entre otros instrumentos. Además, fomentarán el desarrollo de la evaluación independiente de la calidad de los servicios, especialmente por las organizaciones de consumidores, promoverán la participación de colegios y organizaciones profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta e impulsarán inspecciones administrativas y controles periódicos.

Del lado de los prestadores, la Ley 17/2009 distingue entre la información indispensable que debe ponerse a disposición de los destinatarios en todo caso y aquella otra que deberá facilitarse a petición de los mismos. La información que los prestadores deben proporcionar al destinatario, de forma clara e inequívoca, antes de la celebración del contrato o de la prestación del servicio, incluye, entre otros: a) los datos de identidad, forma y régimen jurídico, número de identificación fiscal, dirección donde tiene su establecimiento; b) los que permitan ponerse rápidamente en contacto con él (incluida la vía electrónica); c) datos registrales, datos de la autoridad que, en su caso, haya otorgado la autorización y la cualificación profesional; d) las condiciones y cláusulas generales y la legislación y jurisdicción aplicable al contrato; e) garantías posventa adicionales a las exigidas por la ley; f) el precio completo del servicio; g) las principales características del servicio; h) el seguro o garantías exigidas; i) los datos del asegurador y de la cobertura geográfica del seguro; y j) la existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor. Por su parte, a petición del destinatario, el prestador debe ofrecerle determinada información complementaria que comprende, entre otros extremos: a) el precio del servicio cuando no lo fije previamente el prestador o, si no se puede indicar el precio, el método

para calcularlo o un presupuesto suficientemente detallado; b) la fecha de entrega, ejecución del contrato y duración; c) información sobre actividades multidisciplinarias, posibles conflictos de interés y las medidas adoptadas para evitarlos; y d) los posibles códigos de conducta a que, en su caso, esté sometido el prestador.

En materia de reclamaciones, la Ley 17/2009 obliga a los prestadores a poner a disposición de los destinatarios un número de teléfono, una dirección postal, un número de fax o dirección de correo electrónico, con el fin de que aquéllos puedan dirigir sus reclamaciones o peticiones de información. Igualmente, los prestadores deberán dar respuesta a las reclamaciones en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de un mes desde su recepción.

Otros aspectos orientados a fomentar la calidad de los servicios e intensificar la confianza de consumidores y usuarios es el principio general de libertad de las comunicaciones comerciales en las profesiones reguladas y la posibilidad de exigir a los prestadores la suscripción de un seguro. En cuanto a esto último, en efecto, la ley puede exigir a los prestadores la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en casos de servicios que presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad del destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario. Es importante reseñar el criterio de «no duplicación», de forma que cuando un prestador se establezca en España y ya esté cubierto por un seguro equivalente, se entenderá cumplida esta exigencia en nuestro país.

Una última cuestión a tener en cuenta es la relativa a las «actividades multidisciplinarias». Las restricciones a las llamadas actividades disciplinares limitan la gama de servicios disponibles y entorpecen el desarrollo de nuevos modelos empresariales. Por ello, se prohíbe que se pueda obligar a los prestadores al ejercicio de una actividad de forma exclusiva, bien sea a través de la imposición de requisitos que obliguen a ejercer de manera exclusiva una actividad específica, bien sea mediante la imposición de requisitos que restrinjan el ejercicio conjunto o en asociación de distintas actividades. Como en otros ámbitos, la DS acoge algunas excepciones a tal prohibición, como las que, en aras de garantizar su independencia e imparcialidad y prevenir conflictos de intereses, afectan a las profesiones reguladas en la medida necesaria para salvaguardar el cumplimiento de requisitos deontológicos, y a los prestadores que realicen servicios de certificación, acreditación, control técnico, pruebas o ensayos.

#### 4.4. LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA (IMI)

La falta de confianza tanto en el marco jurídico como en los controles de los Estados miembros respecto de las actividades transfronterizas ha sido una de las principales razones por la que el mercado interior de servicios no ha funcionado correctamente hasta la fecha. La DS acomete decididamente esta cuestión a los efectos de establecer las bases de una cooperación entre las autoridades de los Estados miembros. La «cooperación administrativa» pretende garantizar una supervisión eficaz de los prestadores de servicios, basada en la asistencia recíproca y en una información precisa y completa, de forma que se dificulte la actuación de los operadores ilícitos. La DS obliga legalmente a los Estados a prestarse asistencia recíproca y, en particular, a responder a las solicitudes de información y a llevar a cabo, en caso necesario, controles, inspecciones e investigaciones sobre los prestadores de servicios.

El mecanismo estructurado que apoya esta cooperación es el llamado Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), que constituye una auténtica red de autoridades competentes de cada uno de los Estados miembros y permite, de acuerdo con un procedimiento electrónico de intercambio de datos, una comunicación rápida y directa entre las mismas. La puesta en práctica del IMI ha requerido un gran esfuerzo por parte de los Estados y la Comisión. La amplitud de servicios determina que tendrán que registrarse en el sistema un gran número de autoridades competentes a escala nacional, regional y local. En España, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos acordó en 2007 designar al entonces Ministerio de Administraciones Públicas como departamento responsable de la coordinación nacional del IMI. En la actualidad, el Coordinador nacional del IMI se encuentra incardinado en el Ministerio de Política Territorial. Además de esta figura se ha designado a un coordinador delegado por cada área de servicios identificada y a un coordinador delegado autonómico por cada Comunidad Autónoma y Ciudad Autónoma. La coordinación nacional ha creado un portal IMI accesible a través de la página web del Ministerio de Política Territorial.

Dos aspectos que merecen destacarse en este ámbito son el «mecanismo de alerta» y la «información sobre la honorabilidad del prestador».

La primera cuestión hace referencia a que cuando un Estado tenga conocimiento de actos o circunstancias específicas de carácter grave relativos a una actividad o a un prestador, que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o seguridad de las personas o el medio ambiente en su territorio o en el de otros Estados, informará a los Estados miembros y a la Comisión. Con

esta información se pretende que las autoridades competentes puedan reaccionar con rapidez, supervisar con rigor al prestador y, en su caso, emprender las acciones preventivas necesarias.

Por lo que se refiere al sensible asunto de la honorabilidad, la DS recoge normas específicas sobre el intercambio de información relativa a las sanciones penales y medidas disciplinarias y administrativas que atañan directamente a la competencia o la fiabilidad profesional del prestador. Entre esas normas específicas se encuentran, por un lado, la necesidad de que tales medidas sean firmes y, por otro, que el intercambio de información se haga respetando la normativa sobre protección de datos personales y los derechos de las personas condenadas o sancionadas.

#### 4.5. LA EVALUACIÓN MUTUA

El 28 de diciembre de 2009 marca el final del periodo de transposición y el inicio del proceso de evaluación mutua entre los Estados miembros. El objeto de este proceso de evaluación es que cada Estado examine el marco regulatorio resultante tras la transposición de la DS en el resto de países.

La evaluación mutua se apoya en gran medida en los informes que los Estados miembros debían presentar a la Comisión antes del 28 de diciembre de 2009, y que venían exigidos en el artículo 39.1 y 5 de la DS, por lo que procede un análisis previo de los mismos.

El artículo 39.1 exige el envío de un primer informe en el que los Estados comuniquen: a) cada régimen de autorización (artículo 9) que se decida mantener y su compatibilidad con los principios de necesidad y proporcionalidad; b) cada requisito evaluable en régimen de establecimiento (artículo 15) que se decida suprimir, modificar o mantener en la regulación de las actividades de servicios; y c) cada restricción al ejercicio multidisciplinar (artículo 25) que se decida mantener en la normativa y su compatibilidad con las condiciones que fija la DS.

El artículo 39.5 exige el envío de un segundo informe en el que los Estados comuniquen cada requisito de libre prestación (artículo 16) que se decida mantener en la normativa por no ser discriminatorios, estar justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y no ir más allá de lo necesario.

Para facilitar el envío de los resultados de la transposición, la Comisión estableció una herramienta práctica que incluía un modo estructurado de

presentación de la información y un instrumento en línea para presentar los informes. Esta herramienta, que garantizaba que los informes fueran de nivel equivalente y aportaran una información manejable y comparable, se concretó en el sistema IPM (Interactive Policy Making). A través de este sistema los Estados justificaron los regímenes y requisitos que decidieron mantener en sus respectivas normativas. En concreto, en España los interlocutores únicos de los Ministerios y de las Comunidades Autónomas cumplieron numerosos cuestionarios en línea a los efectos indicados.

Entrando ya a conocer del proceso de evaluación, debe señalarse que existen claras diferencias entre el informe sobre la libertad de establecimiento (primer informe) y el informe sobre la libre prestación de servicios (segundo informe):

- a) El primer informe (artículo 39.1 de la DS) constituye un ejercicio único seguido de un proceso de evaluación recíproca en el que están implicados varios agentes. Así, a partir del 28 de diciembre de 2009, la Comisión puso los informes de cada Estado a disposición de los otros Estados miembros para que en el plazo de seis meses presentaran sus observaciones, consultó a las partes interesadas y sometió todo lo actuado al Comité del artículo 41 de la DS a los efectos de sus propias observaciones. A la conclusión de este proceso, y a más tardar el 28 de diciembre de 2010, se prevé que la Comisión presente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe de síntesis, al que adjuntará, si procede propuestas complementarias.
- b) El segundo informe (artículo 39.5 de la DS) es el resultado de un proceso continuo puesto que los Estados están sujetos a la obligación permanente de informar de todo cambio en los requisitos, incluidos los nuevos, que se apliquen a los servicios que provengan de otros Estados miembros. Con ello se persigue alcanzar transparencia y seguridad jurídica para los prestadores de servicios, en especial las PYME que deseen ofrecer servicios transfronterizos. Este informe y sus posteriores actualizaciones se comunicarán a los demás Estados miembros y la Comisión presentará anualmente análisis y orientaciones sobre la aplicación de esas disposiciones en el contexto de la DS.

La evaluación recíproca pretende, al fin, verificar si los Estados miembros han llevado a cabo una aplicación adecuada de la DS y han aprovechado la transposición para simplificar procedimientos y eliminar barreras en el mercado interior de servicios. En España este ejercicio se ha visto como una



oportunidad para explotar al máximo las ventajas de la integración económica y para favorecer la inversión y la actividad exportadora de las empresas nacionales.

## 5. EL CAMBIO DE MODELO REGULATORIO: SU PLASMACIÓN EN LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE

Es ya tradicional clasificar la actividad administrativa en tres categorías: actividad de limitación, de fomento y de servicio público. Dentro de la actividad de limitación aparecen figuras que, según su mayor grado de intensidad, van desde la comunicación y la autorización a la prohibición formal de hacer, el mandato o la imposición de una determinada conducta positiva e incluso la privación a favor de un interés público. Prescindiendo de las figuras extremas que suponen el mayor grado de intervención administrativa, cabe ahora centrarse en aquellas de menor intensidad como son la comunicación y la autorización, las cuales gravitan sobre la premisa de la intervención *ex ante*, es decir, la intervención administrativa previa al reconocimiento de un derecho o al ejercicio de una actividad.

En efecto, en el menor grado de intervención se sitúan los deberes que la Administración puede exigir a los ciudadanos de comunicar determinados comportamientos o actividades. Por su parte, la autorización, en tanto que técnica principal del control preventivo, supone el sometimiento del ejercicio de un derecho o actividad a la constatación por la Administración de que se dan las condiciones requeridas para ello. Es decir, la autorización hace posible el ejercicio de un derecho o facultad que ya pertenece al ciudadano y simplemente levanta la prohibición preventivamente establecida por la norma, previa comprobación de que el ejercicio de la actividad no supone perturbación alguna para el interés público.

En este sentido, y de forma frecuente, el acceso a una actividad de servicios se encuentra supeditado a la obtención de una o varias autorizaciones, lo que supone una barrera de entrada en muchas ocasiones innecesaria, por desincentivar a los emprendedores y no introducir mayores garantías para el interés público. La DS reacciona contra estas trabas y crea nuevo marco de referencia, es decir, un nuevo modelo de regulación, de forma que, sin perjuicio de mantener la figura de la comunicación, promueve la sustitución de la «autorización» (autorizaciones, licencias, permisos) por otras alternativas de control más eficaces y menos gravosas para ciudadanos y empresas, como son la realización de una comunicación previa o de una declaración respon-

sable, que permitan un régimen efectivo de supervisión de la actividad una vez que ésta se ha iniciado.

El gran cambio, por tanto, consiste en el reforzamiento del concepto de la intervención *ex post*, lo cual encuentra su fundamento en dos razones: en primer término, porque el control a priori aumenta los costes, introduce retrasos e incertidumbres y supone una barrera de entrada que desincentiva a los ciudadanos y empresas; en segundo lugar, porque el control a priori no determina una mayor garantía para la seguridad y calidad de los servicios, toda vez que a través del mismo sólo se comprueba el cumplimiento de los requisitos antes del inicio de la actividad pero no asegura que éstos se sigan cumpliendo durante el desarrollo de la misma. En consecuencia, se puede afirmar que la seguridad y calidad de los servicios están mejor protegidos mediante el control posterior de la actividad y que, al mismo tiempo, se evitan las distorsiones e ineficiencias que determina el modelo de autorización previa.

En la práctica, este nuevo modelo de buena regulación va a suponer la eliminación de más de 100 autorizaciones a nivel estatal y alrededor de 600 a nivel autonómico, con especial incidencia en las áreas de turismo, comercio e industria.

Como decimos, la supresión de los regímenes de autorización en numerosos sectores hace emerger en los mismos otras alternativas de control de la actividad, como son la comunicación previa y la declaración responsable. Ambas figuras se han incorporado al procedimiento administrativo común mediante el nuevo artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). Se entiende por «comunicación previa» el documento por el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad. Por «declaración responsable» se entiende el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Con carácter general, las comunicaciones previas y las declaraciones responsables permitirán el inicio de la actividad desde el día de su presentación, sin perjuicio, lógicamente, de las facultades administrativas de comprobación, control e inspección.

Además de la presumible intensificación de la función inspectora, la ley prevé otras consecuencias para el caso de acoger alternativas a la autorización. Así, la inexactitud, falsedad u omisión esencial en la comunicación o declaración, o la no presentación de una u otra, determinará la imposibilidad de continuar con la actividad, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas que correspondan. Incluso se prevé que la resolución que declare tales circunstancias pueda determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al inicio de la actividad, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado.

Nada de lo anterior obsta a que, en efecto, se puedan mantener los regímenes de autorización que resulten justificados y proporcionados en relación con el interés general. A estos efectos, se deben tener en consideración los daños o perjuicios que podría causar el prestador al iniciar su actividad sin cumplir con los requisitos exigibles. Sólo cuando tales daños sean graves, irreparables e irreversibles se entiende que estaría justificado el mantenimiento de la intervención administrativa previa a través de la técnica de la autorización. En este punto resulta relevante la nueva redacción del artículo 43 de la LRJPAC, sobre el silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado. Este precepto ya venía señalando el principio general del silencio positivo o estimatorio a menos que una norma con rango de ley o norma comunitaria estableciera lo contrario. La nueva redacción potencia dicho principio general pues a la necesidad de que se exceptione por norma con rango de ley se añade otro requisito, el de que el silencio negativo o desestimatorio se justifique por «razones imperiosas de interés general». Por tanto, todos aquellos procedimientos de autorización que se mantengan para el acceso a una actividad de servicios quedarán sometidos al principio general del silencio positivo, el cual únicamente se podrá exceptuar previa expresa y adecuada motivación legal.

Todo lo expuesto hasta ahora podría resumirse en los principios de intervención del nuevo artículo 39 bis de la LRJPAC, según el cual las Administraciones que establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, justificar su adecuación a los fines perseguidos y cuidar que no se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Con ello se pretende conformar un marco regulatorio simple, transparente y predecible.

Los nuevos artículos 39 bis, 43 y 71 bis de la LRJPAC se han introducido mediante la Ley 25/2009.

## 6. LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN LAS COMPETENCIAS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR

Para facilitar la compleja tarea de transponer la DS, desde un principio se señalaron concretas áreas de actividad sobre las que identificar, evaluar y revisar la normativa vigente. Estas áreas van desde las más estrechamente vinculadas al sector servicios (comercio, consumo, cultura, deporte, servicios sociales, energía, industria, medio ambiente, salud, construcción, transportes o turismo) hasta aquellas que, con menor incidencia, venían a completar el marco competencial de las Administraciones públicas (administración pública, economía y hacienda, defensa, justicia, educación, empleo e interior, entre otras). En concreto, «interior» figuró como un área de actividad más por su afectación a tres materias concretas: a) explosivos; b) seguridad privada; y c) tráfico y seguridad vial.

### 6.1. EXPLOSIVOS

En materia de «explosivos» está plenamente justificada la intervención administrativa por razones de protección de la seguridad pública. O lo que es lo mismo, en tanto que sistema de intervención administrativa previa justificado por razones imperiosas de interés general, se mantiene el régimen de autorización respecto de todas las actividades relacionadas con la fabricación, reparación, circulación, almacenamiento, comercio, adquisición, enajenación, depósito, tenencia y uso de las sustancias explosivas. Todos estos procedimientos de autorización, además, reúnen los criterios de necesidad y proporcionalidad exigidos por la DS.

No obstante, el objetivo de simplificación ha llevado a eliminar ciertos requisitos para las empresas del sector de explosivos. En concreto, el Reglamento de Explosivos establecía que los titulares de autorizaciones para el ejercicio de las actividades reguladas en el mismo han de tener nacionalidad española o de cualesquiera de los Estados miembros de la Unión Europea, añadiendo «y tener un representante legalmente apoderado para actuar en España, en caso de no residir en ella. Cuando se trate de una persona jurídica, al menos uno de sus representantes legales deberá tener su residencia en España». Estos últimos requisitos se han suprimido<sup>13</sup>.

## 6.2. SEGURIDAD PRIVADA

En cuanto a la «seguridad privada», la DS excluye expresamente esta materia de su ámbito de aplicación. Sin embargo, la misma está presente en un doble sentido:

- a) el «Manual de transposición» aprobado por la Comisión hizo un detallado análisis de todas y cada una de las materias excluidas del ámbito de aplicación de la DS, llegando a matizar que la recogida en el artículo 2.2.k) (servicios de seguridad privados) abarca los servicios de vigilancia de bienes e instalaciones, los de protección de personas, la supervisión de edificios y los servicios de depósito, salvaguarda, transporte y distribución de efectivo y objetos de valor, pero que aquellos servicios de seguridad no propiamente dichos, como «los de venta, entrega, instalación y mantenimiento de equipos técnicos de seguridad», no son objeto de exclusión y deben contemplarse al transponer la DS. Por este motivo, la Ley 25/2009 también alcanzó a modificar la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, en el sentido de establecer que los prestadores de servicios o filiales de empresas de seguridad que vendan, entreguen, instalen o mantengan equipos técnicos de seguridad, «siempre que no incluyan la prestación de servicios de conexión con centrales de alarma», quedan excluidos de la legislación de seguridad privada, sin perjuicio de la normativa técnica específica que les resulte aplicable. Además, con el objeto de que las empresas de seguridad puedan compatibilizar las actividades del artículo 5 de la Ley 23/1992 con la actividad de instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad «no conectados a centrales de alarma», el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, prevé que las mismas sólo estarán sometidas a la legislación de seguridad privada respecto de las actividades del citado artículo 5 de la Ley 23/1992, quedando esa otra actividad sometida a las reglamentaciones técnicas que resulten de aplicación, y en particular a la normativa aplicable en materia de homologación de productos<sup>14</sup>;
- b) la DS alude a la llamada «armonización complementaria» en el sentido de indicar que, a más tardar el 28 de diciembre de 2010, la Comisión examinará la posibilidad de presentar propuestas de instrumentos de armonización sobre los «servicios de seguridad privada y de transporte de fondos y objetos de valor» (artículo 38).

### 6.3. TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL

Por lo que se refiere a la materia de «tráfico y seguridad vial», desde un primer momento se identificaron dos posibles ámbitos de actuación: los centros de reconocimiento destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores y las escuelas particulares de conductores. En consecuencia, la Ley 25/2009 modificó los artículos 5 y 60.2 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

Para los centros de reconocimiento, dada su naturaleza de establecimiento sanitario y, por tanto, estar excluidos de la DS, conforme a lo dispuesto en su artículo 2.2.f), sólo se ha previsto extender a los mismos los principios de buena regulación, de forma que se contribuya a la supresión efectiva de requisitos no justificados o desproporcionados y a disminuir las cargas administrativas que tienen que soportar los ciudadanos. En este sentido, la determinación reglamentaria de los elementos personales y materiales mínimos de estos centros de reconocimiento, conforme se establece en el artículo 60.2 del Texto Articulado, se ha realizado de acuerdo con los principios de la Ley 17/2009<sup>15</sup>.

En cuanto a las escuelas particulares de conductores o autoescuelas, la revisión reglamentaria ha sido sustancial, toda vez que su contenido se ha tenido que adaptar, por un lado, a las modificaciones de los artículos 5.c) y 60.2 del Texto Articulado, lo que ha supuesto un gran cambio en el régimen de autorización de dichas escuelas y, por otra, a los principios de la Ley 17/2009. Merecen destacarse por su especial relevancia cinco aspectos:

- a) las escuelas, para iniciar su actividad, sólo necesitarán una única autorización de apertura (antes se exigía la doble autorización de apertura y funcionamiento). Esa única autorización tendrá validez en todo el territorio nacional y, además, habilita por sí misma para abrir sucursales o secciones;
- b) se ha abordado de forma ambiciosa la supresión de determinados requisitos, como el de que todas las sucursales o secciones de las autoescuelas deben estar situadas en la misma provincia, que mantengan una cierta distancia cuando utilicen vehículos de forma compartida o que los profesores sólo puedan impartir clases en un número determinado de escuelas;
- c) se suprime la prohibición consistente en que las escuelas no podían dedicarse a otras actividades, a menos que tuvieran la naturaleza de

- docentes, e igualmente se elimina la prohibición que impedía a los vehículos de las escuelas dedicarse a cualquier otra actividad lucrativa;
- d) también se han simplificado los elementos personales y materiales mínimos. Para ello, se ha reducido el número mínimo de profesores, que pasa de dos a uno, así como el número mínimo de vehículos por escuela, que pasa de dos a uno cuando impartan la formación para obtener el carnet de conducir de la clase B. Se han eliminado requisitos desproporcionados que afectan a las características de los locales (metros cuadrados, zona de recepción, despacho, elementos sanitarios, etc.), al material didáctico para la enseñanza teórica (películas, paneles, láminas, medios audiovisuales, etc.) y a los terrenos donde se imparta la formación práctica (dimensiones y características);
- e) se contempla la libre prestación de los servicios como director o profesor de formación vial. No obstante, debido a las implicaciones que supone para la seguridad vial y, por tanto, para la seguridad pública, pues la actividad de profesor determina que tenga que atender de forma continuada la enseñanza práctica (no abandonar los dobles mandos del vehículo o acompañar a los alumnos durante las pruebas en circulación abierta al tráfico en general), es necesario que, con carácter previo, se comunique a la Administración el inicio de la actividad, que no podrá ejercerse hasta transcurrido el plazo de un mes desde la comunicación<sup>16</sup>.

Por último, otros aspectos de la modificación normativa en este ámbito, en orden a su adaptación a los principios de la Ley 17/2009, han sido la simplificación de trámites administrativos para los titulares de vehículos especiales agrícolas y para los establecimientos de manipulación de placas de matrícula<sup>17</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

A modo de cierre, se pueden establecer algunas conclusiones. Así, la DS:

1. Ha supuesto el más complejo proceso de transposición realizado en España en los últimos años, tanto por el esfuerzo de coordinación que ha exigido de las Administraciones estatal, autonómica y local, como por los esfuerzos orientados a la modificación de numerosa normativa sectorial y a la puesta en funcionamiento de novedosos instrumentos técnicos.

**2. En las Administraciones Públicas:**

- a) Ha introducido un profundo periodo de reflexión sobre la necesidad y proporcionalidad de determinadas autorizaciones y de numerosos requisitos, los cuales se han suprimido o se van a eliminar por considerarse irrelevantes o excesivos en orden a la protección del interés general. Tal reflexión ha llevado a cambiar el modelo tradicional de regulación e intervención para dotarlo de mayor simplicidad y eficiencia.
  - b) Ha impulsado de forma decidida la modernización administrativa, mediante el reforzamiento de la tramitación electrónica y la reducción de cargas para los ciudadanos.
- 3.** Presenta la naturaleza de verdadera reforma estructural, incluida entre las iniciativas de la Estrategia española para la Economía Sostenible. Su objetivo de dinamizar el sector terciario determina que se puedan alcanzar mayores ganancias de competitividad y empleo. Las estimaciones realizadas cifran su impacto en un aumento del PIB español en torno al 1,2% y la creación de alrededor de 200.000 empleos.
- 4.** Se ha tenido en cuenta en el diseño de la Estrategia Europea 2020, la cual pretende avanzar conjuntamente hacia un modelo de crecimiento más sostenible desde un punto de vista económico, social y medioambiental.
- 5.** Promueve, en definitiva, el desarrollo de un auténtico mercado interior de servicios, para lo cual desencadena un proceso dinámico e integrado cuyos beneficios de transparencia, seguridad y calidad de los servicios se desplegarán en los próximos años.

## Referencias

<sup>1</sup> «*El estado del mercado interior de servicios*». Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. COM (2002) 441 final de 30.7.2002.

<sup>2</sup> DOUE L376, de 27.12.2009, p. 36.

<sup>3</sup> El Tratado de Lisboa sustituye el título del «Tratado constitutivo de la Comunidad Europea» por «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Además, los artículos 43 y 49 del TCE pasan a ser los actuales artículos 49 y 56 del TFUE. BOE de 23.12.2009, nº 308, p. 108502.

<sup>4</sup> El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE) amplía el mercado interior a tres Estados de la AELC: Islandia, Liechtenstein y Noruega.



- <sup>5</sup> Sentencia de 30.11.1995, *Gebhard*, asunto C-55/94; Sentencia de 11.12.2003, *Schnitzer*, asunto C-215/01.
- <sup>6</sup> Sentencia TJCE de 22.1.2002, *Canal Satélite*, asunto C-390/99.
- <sup>7</sup> Declaraciones en el Documento nº 1196/06, del Consejo, de 14.7.2006.
- <sup>8</sup> BOE nº 283, de 24.11.2009, p. 99570.
- <sup>9</sup> BOE nº 308, de 23.12.2009, p. 108507.
- <sup>10</sup> Acuerdo de Consejo de Ministros de 12 de junio de 2009, sobre adecuación de la normativa estatal reglamentaria.
- <sup>11</sup> «Informe sobre el impacto en la economía española de las profesiones colegiadas: un estudio sobre la producción y el empleo», Instituto de Estudios Económicos (2006). «Informe sobre el sector de servicios profesionales y los colegios profesionales», Comisión Nacional de la Competencia (2008).
- <sup>12</sup> Comunicación de la Comisión «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa», COM (2005) 24 de 2.2.2005, y la Comunicación de la Comisión «Análisis estratégico del programa 'Legislar mejor' en la Unión Europea», COM (2006) 689 de 14.11.2006.
- <sup>13</sup> Real Decreto 248/2010, de 5 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de Explosivos, aprobado por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, para adaptarlo a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE nº 67, de 18.3.2010, p. 26619). Por otro lado, hay que tener en cuenta que el Real Decreto 563/2010, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de artículos pirotécnicos y cartuchería (BOE nº 113, de 8.5.2010, p. 40832) ha derogado el Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos, en todo lo relativo a pirotecnia y cartuchería.
- <sup>14</sup> Norma de desarrollo en BOE nº 60, de 10.3.2010, p. 24027: Real Decreto 195/2010, de 26 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, para adaptarlo a las modificaciones introducidas en la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- <sup>15</sup> Real Decreto 170/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de centros de reconocimiento destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores (BOE nº 54, de 3.3.2010, p. 20695).
- <sup>16</sup> Real Decreto 369/2010, de 26 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de las Escuelas Particulares de Conductores, aprobado por el Real Decreto 1295/2003, de 17 de octubre; el Reglamento General de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre; y el Real Decreto 2100/1976, de 10 de agosto, sobre fabricación, importación, venta y utilización de piezas, elementos o conjuntos para reparación de automóviles, para adaptar su contenido a la Ley

17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE nº 75, de 27.3.2010, p. 29058).

<sup>17</sup> Real Decreto 369/2010, de 26 de marzo, ya citado.

# EL ADN Y LAS BASES DE DATOS DE ADN EN LA INVESTIGACIÓN POLICIAL. REGULACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

INÉS CRESPO RUIZ DE ELVIRA

Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, Vicesecretaría General Técnica

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL. 3. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO. 4. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. 5. LA REGULACIÓN VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN: PERSPECTIVAS DE FUTURO. 7. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

El análisis forense del ADN en la investigación policial y judicial se ha extendido a lo largo de las dos últimas décadas. Tanto los organismos internacionales como las instituciones comunitarias han promovido la adopción de legislación por parte de los Estados para utilizar este valioso instrumento y sus bases de datos en la investigación y persecución del delito. España, a pesar de haber formado parte del grupo de los Estados miembros impulsores de la normativa comunitaria, es uno de los países que más tarde ha incorporado la legislación en esta materia y lo ha hecho sólo parcialmente. En consecuencia, es necesaria una legislación completa y multidisciplinar que establezca un régimen jurídico del análisis del ADN que aproveche todo su potencial y que, a su vez, respete los derechos fundamentales.

## ABSTRACT

DNA Forensic analysis in police and judicial investigation has become widespread over the last two decades. Both international and European institutions have promoted the adoption of legislation by Member States in order to use these valuable means and databases in criminal investigation and prosecution. Although being one of the promoters of such rules at the EU level, Spain has been one of the latest countries to establish a regulation on this matter and it has been done only partially. As a

result, a comprehensive and multidisciplinary law is needed to set up a legal system for DNA analysis, able to take advantage of such tools, while fully respecting fundamental rights.

*Palabras clave:* ADN, bases de datos, derechos fundamentales, protección de datos personales.

*Key words:* DNA, database, fundamental rights, personal data protection.

## 1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el célebre principio de intercambio acuñado por el criminalista francés Edmond Locard, «todo contacto deja un rastro». Ser capaz de seguirlo solo es cuestión de tiempo. Desde que en 1984 Alec Jeffreys descifrara el código genético e identificara la denominada «huella genética» como propia de cada persona, las aplicaciones de la prueba genética al proceso penal han supuesto una revolución en la investigación y persecución de los delitos. En apenas dos décadas la ciencia forense ha hecho realidad lo que hasta hace poco tiempo había sido ficción científica. En la actualidad, el desarrollo tecnológico permite seguir ese rastro a través del Ácido Desoxirribonucleico o ADN que se encuentra en la mayor parte de vestigios biológicos (sangre, saliva, sudor, semen, pelo, uñas, dientes, huesos, tejidos, etc.). La alta fiabilidad de que goza esta técnica, denominada «prueba indubitada»,<sup>1</sup> y el almacenamiento de los perfiles genéticos en bases de datos permite su comparación y cotejo sistemático en el futuro, configurándose así no solo como una eficaz herramienta de persecución del delito, sino también como un instrumento preventivo de la criminalidad.

En el contexto actual de globalización de las amenazas en el que la seguridad presenta un carácter cada vez más complejo, las sociedades contemporáneas ni quieren ni deben renunciar a este valioso instrumento en su búsqueda del riesgo cero. El análisis del ADN cobra particular relevancia respecto a la persecución de delitos de alta reincidencia y respecto a delitos cometidos en el marco de las redes de delincuencia organizada.

Por otra parte, la omnipresente tecnología, rasgo característico de la sociedad actual, no está exenta de riesgos. Antes al contrario, su vertiginoso desarrollo ha puesto de manifiesto que no se trata de un instrumento ambivalente, sino que plantea numerosos interrogantes éticos (suficientemente glosados por la literatura y la cinematografía, por lo demás). Una regulación que trate de delimitar y acotar el uso tecnológico de materias tan sensibles

como el ADN es a todas luces necesaria. Asimismo, no hay que perder de vista las posibilidades que el ADN representa en el ámbito de la justicia, pues esta técnica no se limita a identificar culpables, sino que también permite exonerar al inocente condenado por error.

Así pues, la legislación en esta materia responde al fin último de lograr el equilibrio entre el interés colectivo de ver garantizada la seguridad y el interés individual de que se respeten los derechos fundamentales. Al fin y al cabo, nos encontramos ante una manifestación más de la tensión entre privacidad y seguridad que se expresa en muchos otros ámbitos sociales. Por ello, definir y perfilar qué rastros recoger, en qué circunstancias, durante cuánto tiempo conservarlos y qué efectos atribuir a los datos extraídos de su análisis es el principal reto al que se enfrentan los ordenamientos jurídicos que, a su vez, están llamados a preservar los derechos fundamentales.

A lo largo de las próximas páginas se expondrán las iniciativas impulsadas por diferentes organismos internacionales, así como los conceptos que han guiado su actuación y, por ende, la de los legisladores estatales en aras de lograr el difícil equilibrio entre el interés general de la seguridad y los derechos individuales (intimidad, integridad corporal, el derecho a no declarar contra sí mismo, etc.). Finalmente, se esbozarán algunas perspectivas de futuro sobre la regulación del análisis del ADN y sus bases de datos en España.

## 2. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL

Fuera del ámbito científico, el Consejo de Europa es la primera organización internacional en referirse a la materia. La Recomendación nº R (87) 15 de su Comité de Ministros, en relación con la utilización policial de datos de carácter personal, de 17 de septiembre de 1987, invitó por primera vez a los Estados miembros a almacenar datos personales para fines policiales en tanto en cuanto fuera necesario para la prevención de un peligro real o para evitar un delito especial. Efectivamente, en 1987 el Comité de Ministros, previo reconocimiento del derecho a la intimidad del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y sin perjuicio de lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, formuló una serie de recomendaciones sobre el uso de los datos personales en el ámbito policial. Así, en el preámbulo se reconoce la necesidad de lograr un equilibrio entre los intereses afectados (el interés in-

dividual de que se preserve el derecho a la intimidad y el interés de la sociedad de que se garantice la seguridad y se prevenga la comisión de delitos). Se regula, de esta manera, la recopilación de datos para fines de investigación policial, así como su almacenamiento, su uso exclusivo para estos fines, las condiciones de su transmisión o comunicación a autoridades extranjeras y la existencia de un organismo independiente responsable de gestionar el fichero de manera centralizada.

En el año 1991 el Consejo de Europa, a través de la Reunión del Comité de Expertos en Ciencias Biomédicas, aprobó nuevamente una serie de recomendaciones acerca del uso de los análisis de ADN en los sistemas de justicia criminal. En uno de sus razonamientos el Comité admitía la posibilidad de almacenar datos de personas condenadas por delitos contra la libertad sexual y otros delitos contra la vida y la seguridad de las personas.

El siguiente hito y paso definitivo en esta evolución es la Recomendación nº R (92) 1, de 10 de febrero de 1992, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, por la que se promueve la utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco de la justicia penal, de acuerdo con las siguientes directrices:

- Las muestras recabadas para la investigación y persecución del delito sólo podrán utilizarse para esos fines;
- La forma de llevar a cabo el análisis será objeto de regulación en el derecho interno (se prevé la posibilidad de que el derecho interno no requiera el consentimiento del afectado);
- El recurso a la utilización de muestras de ADN debe permitirse en todos los casos en que se considere adecuado, independientemente de la gravedad del delito;
- La información se eliminará cuando ya no sea necesaria para los fines para los que se recabó. Sin embargo, se podrán conservar los datos cuando la persona haya sido condenada por delitos contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas. Asimismo, cuando la seguridad del Estado pueda resultar afectada, el derecho interno podrá autorizar la conservación de muestras, datos de ADN e información derivada de esos datos incluso cuando el titular de los mismos no haya sido imputado o condenado por ningún delito. En este caso el derecho interno deberá establecer un plazo máximo de conservación de la mencionada información.
- La creación y tratamiento de los perfiles de ADN para fines de investigación criminal deberá regularse por ley.

El impulso de las actuaciones del Consejo de Europa tuvo su reflejo institucional a mediados de la década de los noventa cuando se creó la Red Europea de Institutos de Ciencias Forenses (ENFSI), que reúne a los directores de laboratorios forenses de países europeos y sirve como foro para compartir conocimientos, intercambiar experiencias y fomentar la adopción de acuerdos de estandarización en la ciencia forense y, en particular, en la prueba del ADN.

En 1998 la organización internacional INTERPOL aprobó la Resolución No AGN/67/RES/8, en la 67ª reunión de la Asamblea General de El Cairo. En ella se daba cuenta del desarrollo tecnológico producido en el ámbito forense de análisis de ADN y, con el fin de promover su uso, se instaba a los Estados miembros a continuar armonizando sus legislaciones para lograr mayor eficacia en la investigación policial, siempre dentro de los límites del respeto a los derechos individuales. Desde entonces, el Grupo Europeo de Expertos de ADN (constituido en 1988 a iniciativa de un grupo de científicos forenses de diferentes países europeos) asume la labor de promover y realizar recomendaciones sobre el uso del análisis de ADN en la investigación del delito, con el fin último de lograr la armonización de la tecnología del ADN en el uso forense y de homogeneizar las prácticas en Europa.

Desde la perspectiva de los derechos individuales, la comunidad internacional no ha sido ajena al potencial vulnerador de los avances de la ciencia forense. En 1997 se aprobó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos por la 29ª Conferencia General de la UNESCO, ratificada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998. En el ámbito europeo, el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 4 de abril de 1997, supone un hito más en la búsqueda de garantías.<sup>2</sup> Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de precisar los límites de la utilización de las bases de datos de perfiles de ADN por los Estados miembros del Consejo de Europa. Así, en su Sentencia S. y Marper vs. Reino Unido<sup>3</sup> condena a este país por dotarse de una legislación excesivamente amplia en la materia. Según su razonamiento, la legislación inglesa vulneraba el principio de proporcionalidad con el que se debe valorar los dos bienes jurídicos en conflicto, a saber, la seguridad pública y el derecho a la intimidad de los datos personales. En particular, el Tribunal concluyó que las facultades que la ley atribuía a los poderes públicos para retener huellas dactilares, muestras de células y perfiles de ADN de sospechosos no resultaban proporcionadas con el fin perseguido de proteger la seguridad pública. El derecho

a conservar indefinidamente los datos de los sospechosos que finalmente habían sido absueltos suponía un sacrificio excesivo e innecesario del derecho a la intimidad y a la vida privada en una sociedad democrática, por lo que la legislación inglesa vulneraba el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El avance más reciente del derecho internacional en esta materia es el Tratado de Prüm, firmado el 25 de mayo de 2005 por siete Estados miembros de la Unión Europea<sup>4</sup> y relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. En su virtud, los Estados firmantes (entre los que se encuentra España, uno de los países promotores) se comprometen a crear y mantener ficheros nacionales de muestras y de perfiles de ADN a efectos de la persecución del delito, remitiendo a las disposiciones del derecho interno de cada Estado el régimen de tratamiento de los datos. De acuerdo con el artículo 3 del Tratado, cada Estado miembro establecerá su fichero nacional de análisis de ADN y las condiciones para su consulta automatizada. Conforme al principio de disponibilidad de la información, los Estados miembros garantizarán la posibilidad de disponer de los índices de referencia relativos a los datos contenidos en sus ficheros, que contendrán exclusivamente perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante, sin que tales índices puedan contener otros datos que pudieran permitir la identificación directa de la persona. La consulta deberá formularse únicamente en casos concretos y de acuerdo con el derecho interno del Estado que la realice. El Estado requirente, en caso de encontrarse una coincidencia, recibirá de forma automatizada información sobre la existencia de una concordancia y su referencia. La transmisión se producirá únicamente para los fines de comparación en los casos en que se prevea en el derecho interno de la parte requirente. Asimismo, en virtud del artículo 7 del Tratado, la obtención del material genético y la transmisión del perfil de ADN resultante se podrá realizar en el marco de la asistencia judicial cuando esté en curso una investigación o un procedimiento penal y no se disponga del perfil de ADN de una persona que se encuentre en el territorio de un Estado requerido a estos efectos. Para ello tendrá que comunicarse el fin para el que se hace tal requerimiento y tendrá que presentarse una orden o declaración de investigación de la autoridad competente con arreglo al derecho interno de la que se desprenda que se cumplirían los requisitos para la obtención de tal material si la persona se encontrara en el territorio del Estado requirente. Finalmente, el Tratado de Prüm contiene otras previsiones no relativas al análisis de ADN y al intercambio de información genética entre Estados.



### 3. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO

Las instituciones comunitarias no han tardado en hacerse eco de las mencionadas recomendaciones y normativa internacional. Así, la Resolución del Consejo de 9 de junio de 1997, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN, invita a los Estados miembros a que consideren la creación de bases de datos nacionales sobre ADN con vistas al intercambio de los resultados. En esta Resolución se distingue, por primera vez, entre ADN codificante o expresivo y ADN no codificante, siendo este último aquel cuya utilización se propugna. Este extremo es especialmente relevante, puesto que la información que proporciona la parte no codificante es un código anónimo diferenciador denominado «perfil genético» que permite distinguir entre individuos, pero no suministra información sobre rasgos hereditarios específicos, salvándose así el derecho a la intimidad genética.

El Consejo desarrolla los presupuestos de la Resolución mencionada en una Resolución posterior de 25 de junio de 2001, relativa al intercambio de resultados de análisis del ADN entre Estados miembros,<sup>5</sup> en la que se propone la armonización de los marcadores de ADN, entre otros extremos.<sup>6</sup>

Recientemente, con objeto de incorporar aspectos esenciales de las disposiciones del ya citado Tratado de Prüm al ordenamiento jurídico de la Unión Europea,<sup>7</sup> y en línea con el Programa de la Haya de noviembre de 2004 para la consolidación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (principio de disponibilidad de la información),<sup>8</sup> la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, procede a «comunitarizar» parte del contenido del Tratado de Prüm. Así, de acuerdo con esta Decisión y por lo que al uso de las técnicas de análisis de ADN se refiere, los Estados miembros crearán y mantendrán ficheros nacionales de análisis de ADN para los fines de la persecución del delito, permitirán la consulta automatizada de los perfiles de ADN a los demás Estados miembros y, adicionalmente, se prestarán asistencia judicial mutua cuando en el curso de una investigación o proceso penal no se disponga del perfil de ADN de una persona que se encuentre en otro Estado miembro. El tratamiento de los datos se hará de conformidad con lo establecido en la mencionada Decisión y de acuerdo con el derecho interno de cada Estado.

El rápido desarrollo de la cooperación entre los Estados miembros en el intercambio de datos de ADN, así como el aumento de las bases de datos en número y tamaño, han dado lugar a la Resolución del Consejo de 30 de no-

viembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de ADN.<sup>9</sup> Esta Resolución reemplaza a la más arriba mencionada Resolución de 25 de junio de 2001 y aprueba un nuevo «Conjunto de Normas Europeas (*European Standard Set, ESS*)» regulando los marcadores de ADN que los Estados deberán tener en cuenta.

Finalmente, la citada normativa ha dado lugar también a pronunciamientos institucionales en el ámbito comunitario en relación con las técnicas de análisis de ADN y la potencial afectación de los derechos individuales. Así, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, en su Dictamen del 10 de julio de 2009, relativo a la Comunicación de la Comisión al Parlamento y el Consejo sobre el área de libertad, seguridad y justicia,<sup>10</sup> advertía del uso restrictivo que debe hacerse de los datos biométricos y de los datos procedentes de análisis de ADN. Asimismo, el mencionado Dictamen incidía en la necesidad de desarrollar criterios claros que garanticen que estos datos solamente se utilizan cuando sean necesarios, adecuados y proporcionados y el legislador haya demostrado la existencia de una finalidad explícita, específica y legítima. En último término, el Supervisor Europeo señala que los datos de ADN no deben utilizarse si existe otro medio de alcanzar el mismo fin con información menos sensible.

#### 4. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

De acuerdo con el Estudio global sobre perfiles de ADN de INTERPOL del año 2008,<sup>11</sup> de los 172 países considerados, 120 países realizan análisis de ADN, 54 países tienen bases de datos de ADN nacionales y 26 prevén crear una base de datos de ADN.

Tal y como se ha expuesto, las instituciones internacionales y comunitarias promueven desde hace más de dos décadas el uso de las bases de datos genéticos para fines de investigación criminal. De manera consecuente, los Estados de nuestro entorno han procedido a regular progresivamente la técnica del ADN con fines de investigación policial, así como las bases de datos en las que se almacenarán esos perfiles y su régimen. Así, los primeros países en aprobar legislación en este sentido fueron los del ámbito anglosajón. Estados Unidos en 1994 sancionó la Ley de Identificación de ADN por la que se autorizaba la creación de la base de datos CODIS (*Combined DNA Index System*) que se puso en funcionamiento oficialmente en 1998, habiéndose ido ampliando y precisando la legislación durante la siguiente década.<sup>12</sup> Inglaterra, por su parte, creó la base de datos en 1995<sup>13</sup> y ha promovido su amplia-

ción y expansión hasta convertirse en una de las que más perfiles albergan,<sup>14</sup> lo que, por lo demás, le ha valido notables críticas<sup>15</sup> y una sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la que ya nos hemos referido. Otros países del entorno europeo han seguido el ejemplo británico durante los años siguientes (Holanda y Austria en 1997, Alemania en 1998, Noruega y Finlandia en 1999, Dinamarca, Suiza, Suecia y Bélgica en el año 2000, Francia en 2001 y España, finalmente, en 2007, como luego se verá).<sup>16</sup>

La presencia mayoritaria de regulaciones en esta materia, sin embargo, no significa que los ordenamientos sean homogéneos. Antes al contrario, el margen legislativo de que disponen los Estados es considerablemente amplio y de ahí que existan importantes diferencias en la regulación que los países mencionados otorgan a los datos extraídos del ADN y al régimen de sus bases de datos. Efectivamente, ya sea por la amplitud o generosidad de la regulación (Inglaterra), ya sea por su parquedad (España), ya sea por razones basadas en las distintas tradiciones jurídicas y los condicionantes constitucionales de cada ordenamiento jurídico, las divergencias de regulación son llamativas (máxime cuando se plantea el intercambio internacional de esa información).

Siguiendo a M. GUILLÉN VÁZQUEZ, teóricamente habría tres tipos de sistemas a implantar:

- a) Una base de datos poblacional lo más amplia posible, eficiente en su objetivo pero problemática desde el punto de vista de los derechos fundamentales y desde el punto de vista financiero.
- b) Un sistema basado únicamente en la toma de muestras para un catálogo determinado de delitos y archivo de las mismas.
- c) Un sistema basado en la utilización de análisis genéticos en casos concretos y ante una concreta vinculación con el delito.

De acuerdo con M. GUILLÉN VÁZQUEZ, las ventajas o desventajas de un sistema u otro dependerán de varios criterios, a saber: las personas cuyos datos se deban incluir en la base, el consentimiento para la toma de muestras, la vinculación del titular del perfil con el delito investigado, el tiempo de conservación de los datos en la base de datos, así como el tiempo de conservación de las muestras o vestigios biológicos.<sup>17</sup> Así pues, al margen de los modelos teóricos, las diferencias entre los regímenes nacionales a efectos comparativos se pueden ordenar como sigue:<sup>18</sup>

### **A) Recogida de muestras:**

La mayor parte de los países permiten la recogida de muestras anónimas en el lugar de los hechos por parte de las fuerzas policiales y sin necesidad de

autorización judicial. La toma de muestras de manera coercitiva a través de intervenciones corporales, sin embargo, no encuentra una solución unitaria en el derecho comparado. Mientras que algunos ordenamientos exigen la concurrencia de la autorización judicial, otros permiten la actuación policial de manera autónoma en casos de delitos graves (con penas privativas de libertad superiores a un tiempo determinado). Asimismo, es común que se distinga en función de la persona (sospechoso o condenado). La mayoría de los países permiten la toma de muestras de menores y discapacitados.

### **B) Criterios de inscripción y cancelación de datos:**

Todos los ordenamientos prevén la inscripción de perfiles de ADN extraídos de muestras no identificadas encontradas en el lugar de los hechos. También es mayoritaria en Europa la regulación que permite inscribir los perfiles de ADN de sospechosos (notable diferencia respecto a lo estipulado por las respectivas legislaciones estatales de los Estados Unidos de América, que generalmente son más restrictivas respecto a la inscripción de perfiles de detenidos<sup>19</sup>). Respecto al régimen de cancelación de datos, la mayoría de países eliminan los datos de los sospechosos cuando son absueltos, siendo Inglaterra, Dinamarca y los países bálticos excepciones.

### **C) Conservación de las muestras:**

Se distinguen cuatro alternativas legislativas. Un primer grupo de países regula la eliminación inmediata de las muestras (Alemania, Suiza, Bélgica y Lituania). Un segundo grupo distingue entre sospechosos y condenados, eliminando las muestras de los sospechosos en el momento en el que quedan absueltos (Finlandia, Francia, Hungría, Escocia, Holanda, Austria, entre otros). El tercer grupo de países permite conservar las muestras de ADN tanto de sospechosos como de condenados por un tiempo determinado (Dinamarca, Letonia). El cuarto grupo de países no establece ningún plazo para eliminar las muestras, de lo que se deduce que puede retenerlas indefinidamente (Inglaterra y Estonia).

### **D) Acceso a la base de datos:**

Hay dos tipos de regulaciones nacionales: por un lado, aquellos países que garantizan un derecho de acceso solamente a los departamentos forenses, mientras que a las autoridades policiales y judiciales les garantizan un acceso limitado a la información (bien porque solo pueden acceder a determinados datos, bien porque deben realizar una petición). Este es el caso de Bélgica, Holanda, Suiza o Finlandia. Otro grupo de países reconoce el dere-

cho de acceso prácticamente por igual a los departamentos forenses y a las autoridades judiciales (Austria, Francia) y también a las policiales (Alemania y Dinamarca). En suma, la tendencia general es la de garantizar una participación notable y amplia autonomía al personal forense.

#### **E) Transferencia internacional de datos:**

En el marco de lo establecido en el Tratado de Prüm (y de la Decisión del Consejo que incorpora sus disposiciones al derecho comunitario ya citada), los países tienen acceso a las bases de datos de los demás países miembros en los términos expuestos más arriba.

#### **F) Modelo de organización y gestión de la base de datos:**

Existen básicamente tres modelos. En el primer modelo hay un único laboratorio competente para realizar los análisis en todo el territorio nacional y para la custodia de los resultados, de las muestras y del tratamiento automatizado de los datos (Austria, Dinamarca, Suiza, Bélgica, Holanda). El segundo modelo prevé una base de datos de la que son titulares las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Alemania, Finlandia). El tercer modelo encomienda a un organismo independiente la gestión de la base de datos, opción avalada por la Recomendación (87) 15 del Consejo de Europa más arriba citada (principio 1.1).<sup>20</sup>

## **5. LA REGULACIÓN VIGENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

Dadas las circunstancias que exige la toma de muestras biológicas (originalmente a través de formas de intervención corporal más intrusivas que las actuales) y la información que la secuencia de ADN puede suministrar (considerada dentro de la categoría de datos de salud, especialmente protegidos bajo el régimen de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal<sup>21</sup>), esta técnica pericial es claramente susceptible de afectar a varios derechos fundamentales. Así, podrían verse afectados derechos como la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución Española), el derecho a la intimidad (artículo 18 CE), el derecho a no declarar contra sí mismo (artículo 24 CE), etc., determinando que, en virtud del artículo 53 de la Constitución, su legítima afectación solamente pueda ser establecida por una norma con rango de ley y, en su caso, de ley orgánica conforme al artículo 81.

Si bien hubo varios intentos de regulación anteriores,<sup>22</sup> no será hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cuando se dé cobertura legal al uso de esta técnica pericial.<sup>23</sup> Efectivamente, la modificación de dos artículos<sup>24</sup> de aquella norma facultó al Juez de Instrucción para acordar, por resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resultasen indispensables para la determinación de su perfil de ADN.<sup>25</sup>

Posteriormente, la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, complementó la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal creando una base de datos para almacenar el conjunto de perfiles identificadores obtenidos a partir del ADN (en su parte no codificante). En virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de esta norma orgánica, se da cobertura legal por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a los ficheros y bases de datos de identificadores obtenidos a partir del ADN que existían en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que pasan así a integrarse en la base de datos regulada por la norma orgánica.<sup>26</sup>

Ahora bien, la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, es una norma de marcado carácter instrumental, que no aborda en detalle el régimen de los datos obtenidos a partir de ADN para fines policiales y de investigación penal, regulando solo de manera parcial el régimen de la base de datos. Veamos las líneas fundamentales de este régimen siguiendo los criterios expuestos más arriba:

#### **A) Recogida de muestras:**

De acuerdo con la Disposición Adicional Tercera de la Ley, «la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar de los hechos. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin el consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

La redacción del precepto ha sido objeto de crítica en la doctrina por su manifiesta ambigüedad. Ciertamente, al igual que en el derecho comparado, la solución está lejos de ser pacífica. Pero ello no justifica una redacción que plantea numerosas dudas interpretativas que, en última instancia, deberán ser resueltas por los tribunales. Efectivamente la lectura conjunta de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, y de los artículos 282, 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal induce a confusión sobre las competencias de la policía en la toma de muestras en el

lugar de los hechos y no aborda claramente el régimen de toma de muestras sin el consentimiento del afectado.

### **B) Criterios de inscripción y cancelación de datos:**

Se adopta una fórmula mixta que define el ámbito objetivo en función del bien jurídico protegido. Así, son inscribibles los perfiles relacionados con delitos que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, violencia o intimidación en las personas, así como con los delitos relacionados con casos de delincuencia organizada. Por tanto, el criterio es la conducta delictiva prevista (ámbito objetivo), con independencia de la situación procesal del titular del perfil, que podrá ser condenado, imputado, detenido o sospechoso.

No obstante, una de las dudas que se plantean es la del momento en el que debe producirse la inscripción. Ciertamente, la Ley no precisa si la prueba del ADN y la inscripción correspondiente del perfil se llevará a cabo única y exclusivamente cuando esta prueba se haya realizado como diligencia probatoria en el procedimiento de instrucción que luego haya dado lugar a la sentencia condenatoria o si, por el contrario, puede realizarse con posterioridad a la condena en virtud de una resolución judicial del propio juez. Esta cuestión es relevante, como ya ha señalado M. GUILLÉN VÁZQUEZ, por cuanto un imputado que haya cometido varios delitos con anterioridad estará interesado en lograr una sentencia condenatoria no basada en la prueba del ADN que supondría su inculpación en los delitos anteriores.

Respecto al régimen de cancelación de los datos, la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, establece un tiempo máximo de conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en función de los distintos supuestos. Así, dispone en su artículo 9: «La conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos de esta Ley no superará:»

- El tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito.
- El tiempo señalado en la ley para la cancelación de antecedentes penales si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario.

Asimismo, se prevé el momento concreto de cancelación de datos para los siguientes supuestos:

- A partir de la adquisición de firmeza del auto de sobreseimiento libre o la sentencia absolutoria dictados por causas distintas a las anteriores.

- Una vez prescriba el delito se cancelarán los datos del sospechoso no imputado.
- Una vez el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento del titular del perfil.

Los identificadores de ADN anónimos permanecerán inscritos en tanto en cuanto no se conozca la identidad de su titular, momento a partir del cual se registrarán por el régimen expuesto más arriba.

Los derechos de acceso, rectificación y cancelación se rigen por la normativa de protección de datos (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal).

### **C) Conservación de las muestras:**

De acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley 10/2007, de 8 de octubre, el tiempo de conservación de las muestras será determinado por la autoridad judicial. La práctica judicial es ordenar la destrucción de las muestras una vez se dicte sentencia firme, ya sea absolutoria o condenatoria.

### **D) Acceso a la base de datos:**

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley, el titular de la base de datos es el Ministerio del Interior (Secretaría de Estado de Seguridad). A su vez, el artículo 7 establece que el archivo sólo puede utilizarse por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Policía y Guardia Civil), así como por las autoridades judiciales y fiscales. Los datos podrán cederse a las «Policías autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública», así como al Centro Nacional de Inteligencia.

La regulación sobre uso y acceso a la base de datos resulta ciertamente insuficiente pues no precisa si los datos podrán utilizarse en investigaciones anteriores no resueltas, en investigaciones futuras, o en ambas. Si la respuesta fuera afirmativa en ambos casos (objetivo lógico de una base de datos como la que se regula), parece necesario adaptar la legislación de protección de datos en esta materia. Efectivamente, el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, establece que la recogida y tratamiento de los datos a los que se refieren los artículos 7.2 y 7.3 de la misma norma (datos especialmente protegidos entre los que se incluyen los datos de salud, como son los genéticos) podrá realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta. Por su parte, el artículo 22.4 de la misma norma establece que «Los datos perso-



nales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.»

### **E) Transferencia internacional de datos:**

La letra a) del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, dispone que los datos podrán cederse a las autoridades policiales, fiscales o judiciales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España, siendo por tanto aplicable el régimen del Tratado de Prüm y la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008.

### **F) Modelo de organización y gestión de la base de datos:**

De acuerdo con la habilitación contenida en la Disposición Adicional Tercera de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre), el Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, creó la Comisión Nacional para el uso forense del ADN. Se trata de un órgano colegiado adscrito al Ministerio de Justicia que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, tiene encomendada la función de acreditación de laboratorios, el establecimiento de criterios de coordinación entre los laboratorios, la elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de las medidas de confidencialidad, así como el mantenimiento de relaciones de colaboración con los organismos de otros Estados responsables del ADN.

En relación con las competencias de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, llama la atención la reciente Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, en cuyos artículos 27 y siguientes se adoptan disposiciones de ordenación de la recogida de muestras para análisis genéticos. La formulación de reglas en este sentido es ciertamente laudable. Sin embargo, a la luz de las competencias reguladas en el artículo 3 letra c) y letra d) del Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, es confusa la distribución competencial resultante en este ámbito.

Una vez analizadas las notas fundamentales de la legislación vigente en España sobre la prueba del ADN y el régimen jurídico-organizativo de la base de datos de los perfiles de ADN, cabe hacer las siguientes consideraciones. La regulación es claramente parcial e incompleta. Efectivamente, tanto la juris-

prudencia, llamada a precisar en cada pronunciamiento aspectos no regulados,<sup>27</sup> o regulados de manera ambigua (con el subsiguiente problema de las sentencias contradictorias),<sup>28</sup> como la doctrina<sup>29</sup> han puesto de manifiesto las deficiencias de la labor legislativa.

En este sentido, merece una mención especial uno de los principales aspectos no resueltos por la legislación y particularmente conflictivo como es el relativo a las intervenciones corporales y sus efectos sobre los derechos fundamentales. En la Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, el Tribunal Constitucional estableció los requisitos necesarios para que una afectación de los derechos fundamentales como una intervención corporal coactiva pueda considerarse justificada constitucionalmente. Así, entendió que debían concurrir las siguientes condiciones:

- a) Un fin constitucionalmente legítimo.
- b) Previsión legal.
- c) Adopción de la medida por resolución judicial. Si bien el Tribunal acepta la posibilidad de que «la ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad».
- d) Motivación de la resolución judicial.
- e) Observancia del principio de proporcionalidad: La medida debe cumplir tres requisitos: el juicio de idoneidad (susceptible de conseguir el objetivo propuesto); el juicio de necesidad (necesaria en el sentido de que no exista otra medida menos invasiva que permita alcanzar el objetivo con igual eficacia); y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderada y equilibrada por derivarse de ella más ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).
- f) Otras exigencias específicas: 1) en ningún caso puede acordarse la práctica de la intervención corporal cuando pueda suponer, bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga que soportarla un riesgo o quebranto para su salud; 2) la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario; y 3) la práctica de la intervención se ha de llevar con respeto a la dignidad de la persona, no pudiendo suponer trato inhumano o degradante.

No obstante, esta jurisprudencia no resuelve la problemática cuestión de la realización de las pruebas de ADN para fines de investigación criminal.

Como ha señalado la doctrina, gran parte de las circunstancias que rodean a la ejecución de esta prueba no tiene regulación en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre,<sup>30</sup> y de la jurisprudencia constitucional citada no puede extraerse un régimen completo.

Por otro lado, la legislación vigente no sólo presenta lagunas desde la óptica constitucional de afectación de derechos fundamentales. Otros aspectos también de destacada importancia como lo son las garantías de la recogida de las muestras (protocolos de actuación policial, personal habilitado, material de recogida, fuentes de muestras, condiciones de almacenamiento, etc.), habrían de ser regulados en la norma reglamentaria de desarrollo, para cuya aprobación se habilita al Gobierno en la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre.

## **6. A MODO DE CONCLUSIÓN: PERSPECTIVAS DE FUTURO**

Hasta aquí hemos expuesto sucintamente las líneas generales de la regulación en el ámbito internacional, así como las líneas básicas de las legislaciones en el derecho comparado y, en particular, en el ordenamiento jurídico español.

La prueba del ADN se utilizó por primera vez en un procedimiento penal hace apenas unas décadas. Sin embargo, el análisis genético se ha convertido en una prueba clave en el procedimiento penal gracias al desarrollo tecnológico que, por un lado, garantiza el carácter prácticamente indubitado de la prueba y, por otro, permite utilizar únicamente una secuencia que no revela rasgos hereditarios y, por tanto, no afecta al derecho a la intimidad genética.

Consecuentemente con estos avances, la mayor parte de los países han impulsado en las instituciones internacionales, comunitarias y en su ámbito interno el uso de esta técnica dentro de determinados límites, de manera que no suponga un excesivo gravamen para los derechos fundamentales.

España, por su parte, se ha sumado a estas iniciativas regulando la utilización de la prueba del ADN en el proceso penal y creando una base de datos para almacenar los perfiles de ADN y gestionar el intercambio con autoridades extranjeras, dando cumplimiento así a sus compromisos internacionales.

¿Cuáles son las perspectivas de futuro? ¿Es mejorable la legislación actual? ¿A qué retos se enfrenta el legislador español en la regulación futura de la materia?

La doctrina coincide mayoritariamente en que la regulación vigente es cuando menos insuficiente. Una base de datos de ADN eficaz y garante de los derechos fundamentales demanda una mejora de la regulación. De *lege ferenda* pueden hacerse las siguientes consideraciones:

1º La técnica del ADN es un instrumento valioso en multitud de ámbitos. Una adecuada técnica legislativa exige una reforma de gran calado que regule exhaustivamente el uso del análisis del ADN en los ámbitos policial, judicial, médico-sanitario, laboral, en labores de identificación de desaparecidos, en catástrofes con multitud de víctimas, etc. Asimismo, deberían regularse de manera completa las bases de datos que alberguen los perfiles con sus diferentes usos, así como la posibilidad de su interconexión.

2º La regulación de la toma de muestras para el análisis de ADN con fines policiales, así como el régimen jurídico-organizativo de su base de datos deberá considerar los siguientes aspectos que se exponen conforme al orden seguido más arriba:

#### **A) Toma de muestras:**

Deberán precisarse las competencias de la policía en la recogida de vestigios biológicos en el lugar de los hechos (los abandonados accidentalmente y los que se encuentren en objetos personales), así como los casos en los que sea preceptiva la intervención judicial. Asimismo, es conveniente regular pormenorizadamente la obligación de informar al titular del perfil del régimen jurídico completo de la base de datos.

Por otro lado, también debe ser objeto de ordenación la toma de muestras o vestigios biológicos para el análisis de ADN directamente de la persona cuyo perfil genético se pretende analizar, así como las consecuencias jurídicas de la ausencia de consentimiento. En este caso nos encontramos ante una intervención corporal (si bien de las menos invasivas pues ya no es necesaria la extracción de sangre). Como ya se apuntó más arriba, la deficitaria labor legislativa forzó a la jurisprudencia a pronunciarse sobre este extremo, dando lugar en algunos casos a contradicciones. La parquedad de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, no permite hablar de un verdadero esfuerzo legislativo en este contexto. Así pues, la situación de inseguridad jurídica reclama urgentemente una legislación con vocación de permanencia similar a la de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y que respete la jurisprudencia nacional e internacional sobre derechos fundamentales.

Adicionalmente, cabe valorar una regulación de la toma de muestras e inscripción del perfil genético con posterioridad a la sentencia condenatoria. Es decir, habilitar al juez para acordar la realización de la prueba y, en su caso, la inscripción del perfil a modo preventivo, cuando la prueba no se hubiera realizado en el procedimiento de instrucción y éste hubiese concluido con una sentencia condenatoria.

Otro aspecto a considerar es la reglamentación de los protocolos de actuación en la recogida de muestras. Sólo una regulación completa aportará seguridad jurídica al ciudadano y al operador jurídico, y permitirá garantizar la fiabilidad de la muestra y, en última instancia, la autenticidad de la fuente de la prueba. En este sentido, las Recomendaciones del Grupo de Expertos de ADN recogidas en el Manual sobre intercambio de datos de ADN y práctica<sup>31</sup> constituyen el punto de partida de una práctica estandarizada. La recientemente aprobada Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, ha actualizado las reglas que deben guiar la práctica en la recogida, preparación y remisión de muestras. Si la Comisión Nacional para el uso forense del ADN debe precisar esas prescripciones en ejercicio de las competencias que su normativa le atribuye, es una de las cuestiones a valorar.

## **B) Criterios de inscripción y cancelación de datos:**

Una delimitación precisa tanto objetiva como subjetiva de los perfiles objeto de inscripción aportaría seguridad jurídica. Así, la delimitación objetiva a través de la descripción de los tipos penales concretos resulta la más acertada. La delimitación subjetiva también exige mayor rigor. Sería procedente distinguir de manera pormenorizada los grupos de perfiles susceptibles de inscripción: perfiles no identificados encontrados en la escena del crimen; perfiles vinculados con un delito concreto (independientemente de la vinculación procesal: sospechoso, detenido, imputado, condenado, absuelto); perfiles de personas que voluntariamente quieran formar parte de la base; perfiles de víctimas; perfiles de menores; perfiles de personas discapacitadas; etc. Asimismo, deberá valorarse la conveniencia de establecer un régimen especial para el menor en este ámbito.

Respecto al régimen de cancelación, la doctrina ha puesto de manifiesto la incoherencia del régimen vigente, más estricto para el sospechoso no imputado que para el imputado absuelto.<sup>32</sup> Por otro lado, es preciso regular claramente ante quién deben ejercitarse los derechos de cancelación, así como el procedimiento. La mera remisión que hace el artículo 9.3 de la Ley

Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, a la legislación de protección de datos deja a esta garantía vacía de contenido.

### **C) Conservación de las muestras:**

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, la ya citada Recomendación (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa establece en su punto octavo que, por razones de seguridad, podrán conservarse las muestras incluso cuando no se haya producido una condena. Pero en esos casos el derecho interno debe establecer plazos estrictos de conservación. En este sentido, la legislación vigente es incompleta, debiendo regularse criterios o, como mínimo, un límite máximo de conservación de las muestras.<sup>33</sup> Asimismo, es conveniente hacer una distinción en el régimen en función de que se trate de sospechoso, imputado o condenado, así como precisar los derechos de información y correlativa obligación de informar al titular de las muestras.

### **D) Acceso a la base de datos:**

Como se ha visto, la tendencia dominante en el derecho comparado es garantizar la máxima profesionalización del personal responsable de la gestión de la base de datos, atribuyendo una notable participación a los cuerpos, institutos o departamentos forenses (con mayor o menor autonomía en función de su grado de dependencia del Ministerio de Justicia). Esa tendencia contrasta con la escueta referencia que hace la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, al Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, limitándose su intervención a las labores de laboratorio.

Por otro lado, debe precisarse si los datos pueden utilizarse en investigaciones anteriores no resueltas, así como en investigaciones futuras y distintas de aquella para la que se recabaron y, en su caso, adaptar oportunamente la legislación de protección de datos sobre ficheros de titularidad pública.

### **E) Transferencia internacional de datos:**

La parquedad del artículo 7.3 a) de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, debe ser solventada ampliando el régimen de la obligación de informar acerca de las cesiones que, de acuerdo con el derecho internacional, pueden hacerse.

### **F) Modelo de organización y gestión de la base de datos:**

Si el principal objetivo de la creación de una Comisión Nacional de uso forense del ADN era aportar confidencialidad y ser garantía de fiabilidad del

análisis, no se explica el régimen vigente en el que este órgano se limita a acreditar a los laboratorios. En este sentido, cabe valorar la procedencia de encomendar a un organismo independiente la custodia y responsabilidad efectiva del fichero en los términos que propusiera la Recomendación (87) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

3º La tecnología genética, como el resto de las áreas de innovación científica, presenta un singular dinamismo que permite augurar nuevas aplicaciones en el ámbito de la investigación policial y la persecución del delito. Por ello, merece valorar a largo plazo la oportunidad, el acierto, la viabilidad jurídica, financiera y ética de regular otros usos de la técnica del ADN probados y propuestos en el ámbito internacional. Son ejemplos ilustrativos de estas nuevas aplicaciones la experiencia estadounidense del *Innocence Project*,<sup>34</sup> sobre uso de la técnica del ADN para exonerar a personas inocentes condenadas por error; la denominada «búsqueda familiar» (*«partial searching»* o *«familial searching»*) que posibilita las búsquedas parciales a través del ADN de un familiar; el uso del ADN en la investigación de los delitos contra la propiedad;<sup>35</sup> entre otros.

Sopesar todos estos aspectos de forma cabal pasa necesariamente por abrir el debate en todas las esferas públicas. Efectivamente, es importante llevar a cabo una labor de concienciación general sobre las ventajas que representan las bases de datos de ADN. La difusión de información resulta esencial en este ámbito que razonablemente despierta recelos en una ciudadanía que, al mismo tiempo, demanda la máxima eficacia de sus poderes públicos. Desde el personal médico, pasando por los jueces y tribunales, hasta los particulares, la implicación de la sociedad en su conjunto es un imperativo del principio de transparencia que debe guiar la actuación de los poderes públicos y, permite, a su vez, dotar de legitimidad y respaldo social a aquellas acciones y objetivos que la comunidad internacional y sus líderes se proponen alcanzar.

En suma, no son pocas las razones que avalan estudiar seriamente la procedencia de una regulación ambiciosa que aborde el uso del análisis del ADN de una forma «multidisciplinar, extensa y suficiente»,<sup>36</sup> garantizando tanto la eficacia de la actuación policial y judicial, como el respeto a los derechos fundamentales. Una sociedad moderna y globalizada, integrada en la Unión Europea y expuesta a influencias de todo signo, una sociedad que demanda el riesgo cero, no puede ni debe escatimar esfuerzos a la hora de dotarse de instrumentos de garantía del orden público y de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ACED FÉLEZ, E. «Ejercicio y garantía del derecho a la protección de datos personales en el Convenio de Prüm», *ReDCE*, núm. 7 (en.-jun. 2007).
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Albolote (Granada): Comares, 2008
- CÁMARA VILLAR, G. «La garantía de los derechos fundamentales afectados por la Convención de Prüm», *ReDCE*, núm. 7 (en.-jun. 2007).
- DIETRICH PLAZA, C. «El tratado de Prüm en el marco de la regulación de la protección de datos personales en la Unión Europea», *ReDCE*, núm. 7 (en.-jun. 2007).
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. «La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa». *DS: Derecho y salud*, 2008, 15, n° extra 1.
- GUILLÉN VÁZQUEZ, M. «Bases de datos de ADN con fines de investigación penal: especial referencia al derecho comparado», *Estudio jurídicos* (Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia), 2004. Disponible en Internet.
- GUILLÉN VÁZQUEZ y otros. «Ethical-legal problems of DNA databases in criminal investigation», *Journal of Medical Ethics*, 2000, 26, pp. 266–271.
- HOYOS SANCHO, M. de. «Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *ReDCE*, núm. 35 (en.-abr. 2010).
- MORENO VERDEJO, J. «ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre», *Estudio jurídicos* (Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia), 2004. Disponible en Internet: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL33.pdf> [Fecha de consulta: julio 2010].
- ROMEO CASABONA, C. *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*. Albolote (Granada): Comares, 2002.
- SOLETO MUÑOZ, H. «Los perfiles de ADN y su comunicación en el ámbito de la Unión Europea», *Revista de Derecho Procesal y Proceso Penal*, 2010, núm. 23.
- VAN CAMP, N., et al. «National Forensic DNA Databases in the EU», *European Ethical-Legal Papers*, n° 9, Leuven, 2007. Disponible en: <https://www.kuleuven.be/cbmer/page.php?LAN=E&ID=399&FILE=subject&PAGE=1> [Fecha de consulta: julio 2010].

## Referencias

- <sup>1</sup> Sobre el valor de la prueba de ADN en el proceso penal, Susana Álvarez de Neyra Kappler, *La prueba del ADN en el proceso penal*, Comares, 2008.



- <sup>2</sup> Yolanda Gómez Sánchez, «La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa», *DS: Derecho y salud*, 2008, 15, n° extra 1.
- <sup>3</sup> Sentencia S. y Marper vs. Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- <sup>4</sup> Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria y España.
- <sup>5</sup> Resolución del Consejo 2001/C 187/01.
- <sup>6</sup> Uso de técnicas de análisis ensayadas y aprobadas científicamente en estudios desarrollados en el ámbito del Grupo «ADN» de la Red europea de institutos de policía científica y limitación del uso de resultados de análisis de ADN a las zonas cromosómicas que no contengan ningún factor de expresión de información genética, y, por tanto, no contengan información sobre características hereditarias específicas.
- <sup>7</sup> La regulación de las disposiciones contenidas en el Tratado de Prüm al margen de las instituciones comunitarias había sido objeto de crítica en diversos foros. Ver Emilio Aced Félez, «Ejercicio y garantía del derecho a la protección de datos personales en el Convenio de Prüm», *ReDCE*, núm. 7 (en.-jun. 2007); Gregorio Cámara Villar, «La garantía de los derechos fundamentales afectados por la Convención de Prüm», *ReDCE*, núm. 7 (en.-jun. 2007).
- <sup>8</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005].
- <sup>9</sup> Resolución 2009/C 296/01.
- <sup>10</sup> Dictamen 2009/C/276/02.
- <sup>11</sup> INTERPOL Global DNA Profiling Survey 2008, disponible en <http://www.interpol.int> [fecha de consulta: julio 2010].
- <sup>12</sup> Datos obtenidos en *The DNA Initiative*, disponible en [www.dna.gov](http://www.dna.gov) y en la página web del *National Institute of Justice* <http://www.ojp.usdoj.gov/nij/> [fecha de consulta: julio 2010]. Ver: Michael Seringhaus, *The evolution of DNA databases: expansion, familial search, and the need for reform*, Duke Institute for Genome Sciences & Policy, Science and Society Journal Club, 2010. Disponible en <http://www.genome.duke.edu> [Fecha de consulta: julio 2010].
- <sup>13</sup> Irlanda del Norte y Escocia tienen su propia base de datos de perfiles de ADN.
- <sup>14</sup> National DNA Database, Annual Report 2007-2009. Disponible en <http://www.npia.police.uk> [Fecha de consulta: julio 2010].
- <sup>15</sup> Kristina Staley, *The Police National DNA Database: balancing crime detection, human rights and privacy*, Genewatch UK, 2005. Disponible en: <http://www.genewatch.org> [Fecha de consulta: julio 2010].
- <sup>16</sup> Margarita Guillén Vázquez, «Bases de datos de ADN con fines de investigación penal: especial referencia al derecho comparado». Disponible en: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL40.pdf> [Fecha de consulta: julio 2010].

- <sup>17</sup> Margarita Guillén Vázquez, y otros. «Ethical-legal problems of DNA databases in criminal investigation», en *Journal of Medical Ethics*, 2000, 26, pp. 266–271.
- <sup>18</sup> Nathan Van Camp, et al., «National Forensic DNA Databases in the EU», *European Ethical-Legal Papers*, n° 9, Leuven, 2007.
- <sup>19</sup> Si bien parece ser una tendencia que se invierte (en junio de 2010 ya son 23 los Estados americanos que prevén en su legislación la posibilidad de inscribir en sus bases de datos perfiles de ADN de sospechosos). Ver: Sarah Grantham and Sara Katsanis, *Expansion of CODIS to include arrestees*, Center for Genome Ethics, Law & Policy Institute for Genome Sciences & Policy, Duke University, Durham, NC, June, 2010, disponible en: <http://www.genome.duke.edu> [Fecha de consulta: julio 2010].
- <sup>20</sup> Vid M. Guillén Vázquez, *op. cit.*
- <sup>21</sup> De acuerdo con la Recomendación n° R (97) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 13 de febrero de 1997, sobre protección de datos médicos, los datos genéticos son considerados datos de salud y, en consecuencia, se consideran especialmente sensibles estando protegidos por un régimen más estricto. Así lo reconocía también la Agencia Española de Protección de Datos en su Informe del año 2000 sobre Tratamiento de datos genéticos para la localización de personas desaparecidas o en investigación criminal.
- <sup>22</sup> Proposición de Ley 122/0000090, de 21 de febrero de 1995, sobre el uso y práctica de prueba de análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro de la estructura del sistema del Derecho penal y en la investigación de la paternidad; Proposición no de ley 162/000243, de 5 de mayo de 1998, por la que el Grupo Parlamentario del Partido Popular proponía que el Congreso instara al Gobierno a regular el uso de los análisis de ADN. Una vez que el Congreso insta al Gobierno a regular en este sentido, se redacta un Borrador de Anteproyecto. La segunda versión del Borrador, de 15 de abril del 2000, ya está adaptada a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- <sup>23</sup> Si bien la legalidad de esta prueba pericial encontraba aval como medio de prueba válido en derecho en la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2001).
- <sup>24</sup> Artículos 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- <sup>25</sup> Ver: Jaime Moreno Verdejo, «ADN y proceso penal: análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre», *Estudios jurídicos* (Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia), 2004. Disponible en: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL33.pdf> [Fecha de consulta: julio 2010]. José Francisco Etxebarria Guridi, *Intervenciones corporales y perfiles de ADN tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre*, *Justicia: Revista de derecho procesal*, núm. 1-2/2004 (en, 2004), Id. vLex: VLEX-295186, <http://vlex.com/vid/295186> [Fecha de consulta: julio 2010].

- <sup>26</sup> Fichero ADNIC (ORDEN de 7 de marzo de 2000, por la que se regula el fichero automatizado de identificación genética de vestigios biológicos (ADNIC), en la Dirección General de la Guardia Civil); Fichero Fénix (Orden de 18 de marzo de 1998, por la que se regula el fichero automatizado de identificación genética (ADN) de cadáveres/desaparecidos, en la Dirección General de la Guardia Civil); ADN-Veritas y ADN-Humanitas (ORDEN INT/1751/2002, de 20 de junio, por la que se regulan los ficheros informáticos de la Dirección General de la Policía que contienen datos de carácter personal, adecuándolos a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás normativa sobre la materia). Ver también Antonio Alonso Alonso, «Las bases de datos de ADN en el ámbito forense», *Estudios jurídicos* (Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia), disponible en: [http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/medicos\\_forenses/MEDI23.pdf](http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/medicos_forenses/MEDI23.pdf) [Fecha de consulta: julio 2010].
- <sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de junio de 2003: «(...) de forma ciertamente incomprensible, por injustificada, el legislador español, a estas alturas, sigue manteniendo, sustancialmente huérfana de regulación específica la práctica de actuaciones sobre el cuerpo humano, a pesar de la notable importancia que, desde hace tiempo, han cobrado en el desarrollo de la investigación criminal de determinados delitos, siempre graves, y de su posible incidencia en los derechos fundamentales de los afectados. El legislador, al eludir de este modo su responsabilidad, no obstante las reiteradas advertencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se convierte en factor de inseguridad jurídica y delega, de facto, en los jueces competencias que desbordan la función jurisdiccional, incrementando su discrecionalidad más allá de lo aceptable.»
- <sup>28</sup> Sobre la base de la jurisprudencia constitucional sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 303/1993, de 25 de octubre, que reguló la intervención policial en la recogida de muestras existen pronunciamientos judiciales contradictorios. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 1997, en la que se rechazó el valor probatorio de la prueba del ADN realizada sobre una colilla de cigarrillo porque el vestigio fue recogido por la policía sin intervención judicial cuando no había razón de urgencia para tal omisión del Juez en la práctica de una propia y verdadera actuación procesal. Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1998, que considera válida la actuación policial «por motivos de urgencia». Jaime Moreno Verdejo (en *ADN y proceso penal: análisis de la reforma...*, *op. cit.*) entiende que el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Criminal distingue las competencias policiales de actuación en función del riesgo de desaparición de la muestra. Más recientemente y en un sentido similar dos sentencias del Tribunal Supremo (STS de 19 de abril de 2005 y de 14 de octubre de 2005) se pronuncian en sentido contradictorio sobre la licitud de la prueba de ADN como consecuencia de las diferentes circunstancias de recogida de los vestigios biológicos. Esta contradicción ha sido destacada por Antonio Narváez Rodríguez («La recogida de muestras biológicas: la contradictoria jurisprudencia del

- Tribunal Supremo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 7103/2006, 2006) y es objeto del Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 que concluye que la policía podrá recoger vestigios biológicos abandonados por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.
- <sup>29</sup> Sobre la ausencia de regulación de una base de datos de ADN y sus consecuencias en la falta de resolución de los delitos ver Y. Torres, y otros, «Factores que afectan al análisis biológico de las muestras de agresiones sexuales», en *Cuadernos de Medicina Forense*, 13 (47), enero 2007.
- <sup>30</sup> Monserrat de Hoyos Sancho, «Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *ReDCE*, núm. 35 (en.-abr. 2010). Helena Soletó Muñoz, «Los perfiles de ADN y su comunicación en el ámbito de la Unión Europea», *Revista de Derecho Procesal y Proceso Penal*, 2010, núm. 23.
- <sup>31</sup> Part I: Case Scenario DNA Sampling and Evidence Collection. Disponible en: [www.interpol.int](http://www.interpol.int) [Fecha de consulta: julio 2010].
- <sup>32</sup> Monserrat de Hoyos Sancho, *Obtención y archivo (...)*, *op. cit.* y Helena Soletó Muñoz, *Los perfiles de ADN (...)*, *op. cit.*
- <sup>33</sup> Sobre la importancia del régimen de conservación de las muestras desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales (téngase en cuenta que la persona que posea las muestras tiene acceso a toda la información genética del titular de la muestra), ver: Nathan Van Camp, Kris Dierickx, «The expansion of forensic DNA databases and police sampling powers in the post-9/11 era: ethical considerations on genetic privacy», *Ethical Perspectives: Journal of the European Ethics Network*, 2007, 14, no. 3.
- <sup>34</sup> The Innocence Project, Benjamin N. Cardozo School of Law at Yeshiva University, disponible en: [www.innocenceproject.org](http://www.innocenceproject.org). Ver también: *Manual de intercambio de perfiles de ADN y práctica del Grupo de Expertos de ADN de INTERPOL*, 2009; <http://www.dna.gov/funding/postconviction> [Fecha de consulta: julio 2010].
- <sup>35</sup> Nancy Ritter, «DNA Solves Property Crimes (But Are We Ready for That?)», *National Institute of Justice Journal*, no. 261 (Oct. 2008).
- <sup>36</sup> Susana Álvarez de Neyra Kappler, *La prueba del ADN en el proceso penal*, Comares, 2008.

# LA REFORMA DEL SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL: PREFERENCIAS PARTIDISTAS Y POSIBLES ALTERNATIVAS

PEDRO RIERA

Instituto Universitario Europeo

JOSÉ RAMÓN MONTERO

Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

Una de las características definitorias de los sistemas electorales es su estabilidad: una vez en vigor, el conjunto de procedimientos y mecanismos institucionales por los que los votos se traducen en escaños, y los escaños se asignan a los partidos contendientes son modificados en ocasiones contadas. Y el caso español no hace más que confirmar esta resistencia al cambio observada en otros países del mundo: creados en marzo de 1977, la extraordinaria continuidad mostrada por los distintos componentes del sistema electoral parece evidenciar el acierto de los políticos que los diseñaron en un momento clave de la transición democrática. A pesar de este aparente éxito, las propuestas para reformar las normas que rigen la elección de los miembros del Congreso de los Diputados se han sucedido durante sus más de 30 años de vigencia debido a los considerables niveles de desproporcionalidad que produce. Buena prueba de ello es la creación en el seno del Congreso de los Diputados a principios de la novena legislatura de una Subcomisión sobre posibles modificaciones del Régimen Electoral General. Este artículo discute cuestiones relativas a los trabajos de dicha Subcomisión, al informe del Consejo de Estado en materia de reforma electoral, a las propuestas de los partidos y a las modificaciones sugeridas por académicos a la luz de la evidencia empírica aportada por casos de modificación de las reglas electorales en otras democracias consolidadas.

## ABSTRACT

One of the characteristics that best defines the electoral systems is their stability: once entered into force, the set of procedures and institutional mechanisms by

which votes become seats and seats are assigned to the parties taking part in the elections is modified in very few occasions. Spain is the example that confirms this resistance to change, which can also be observed in other countries across the world. Established in March 1977, the extraordinary continuity of the different elements of the Spanish electoral system proves the rightness of the decision of those politicians who designed the system in a key moment of the Spanish Democratic Transition. But over the more than 30 years since the entry into force of the general election system, what had seemed like a success did not prevent the formulation of proposals for amending the rules governing the election of the members of the Congress, due to its considerable disproportionality. The creation of a Subcommittee within the Congress at the beginning of the ninth legislative term dealing with possible amendments of the electoral system is a good proof of the importance given to such reform proposals. This article focuses on matters related to the works of the above mentioned Subcommittee, on the Council of State's report on electoral reform, the different parties' proposals, as well as on the amendments proposed by academics on the basis of the examples of reform of the election system carried out in other consolidated democracies.

*Palabras clave:* Reforma, Sistema electoral, Congreso de los Diputados, Preferencias partidistas, Informe del Consejo de Estado.

*Keywords:* Reform, Electoral system, Congress, Party-related preferences, Council of State's report.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las modificaciones del marco institucional de las elecciones son una *rara avis* en la realidad política comparada (Katz 2008; Lijphart 1995; Norris 1995; Taagepera y Shugart 1989). La causa principal de la estabilidad de los sistemas electorales suele cifrarse en la aporía de que, por regla general, los únicos actores con capacidad para aprobar cambios institucionales son los máximos interesados en que los intentos de reforma no lleguen a buen puerto. Y es conocida también la idea de que el sistema electoral, si bien en muchas ocasiones no se encuentra formalmente constitucionalizado, está integrado en lo que ha venido a llamarse la Constitución material, y es imposible proceder en la práctica a su reforma sin contar con un elevado nivel de consenso.

A pesar de las evidentes dificultades que existen en general para reformar un sistema electoral, y de los elevados rendimientos que ha generado en particular el utilizado en los comicios al Congreso de los Diputados a la hora de generar gobiernos estables y duraderos, su reforma ha sido colocada en un lugar preeminente de la agenda política con motivo de las elecciones genera-

les de 2008 en España. La enorme desproporcionalidad que produce, que es sin duda una de sus principales características, ha resultado clave para ello y ha justificado la creación, en septiembre de ese mismo año, de una Subcomisión parlamentaria para estudiar las posibles modificaciones a realizar en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG).

Este artículo trata de las propuestas recientemente efectuadas por los partidos para reformar el sistema electoral del Congreso de los Diputados, así como de sus posibles consecuencias.<sup>1</sup> Más específicamente, se discuten cuestiones relativas a los trabajos de dicha Subcomisión parlamentaria y al informe del Consejo de Estado en esta materia, así como a los efectos de una serie de alternativas concretas que, dentro de los estrictos límites marcados por la Constitución, tratarán de reducir los elevados niveles de desproporcionalidad que arroja el sistema electoral actual. Todo ello, además, se realiza a la luz de la evidencia empírica aportada por las experiencias de reforma que han tenido lugar en otras democracias occidentales.

En este artículo sólo se examinan las cuestiones relativas al sistema electoral del Congreso de los Diputados en sentido estricto. Como es sabido, un *sistema electoral* es un conjunto de procedimientos y mecanismos por los que los votos se traducen en escaños, y los escaños se asignan a los partidos contendientes. Los contenidos de los sistemas electorales deben distinguirse, pues, de los de otros términos similares, como *régimen electoral* o *derecho electoral*, que suelen ser más amplios,<sup>2</sup> e incluyen normalmente al menos cinco componentes básicos: el tamaño de los Parlamentos, la división del territorio nacional en circunscripciones o distritos de magnitud variable, la fórmula electoral para la traducción de los votos en escaños, el establecimiento de umbrales mínimos para acceder al reparto de escaños y las formas de las candidaturas. También hemos decidido no incluir en este trabajo el componente relativo a los supuestos de las listas electorales, dado que en estos momentos no ha sido objeto de propuestas alternativas.<sup>3</sup> Por último, quedan fuera de este artículo las consideraciones de tipo jurídico sobre la reforma del sistema electoral del Congreso de los Diputados y su posible encaje constitucional. En consecuencia, no se entran a valorar ni el contenido de las sentencias al respecto del Tribunal Constitucional, ni tampoco las aportaciones al debate que han realizado algunos juristas desde el ámbito del Derecho constitucional.<sup>4</sup>

El resto del trabajo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, se repasan los elementos del sistema electoral español y se examinan sus efectos mayoritarios y conservadores. Se exponen a continuación las propuestas de los principales partidos nacionales en materia de reforma electo-

ral. En la tercera sección se presentan algunas propuestas de modificación del sistema electoral encaminadas a reducir sus altos niveles de desproporcionalidad. En el apartado siguiente se estudian los trabajos de la Subcomisión creada en sede parlamentaria a principios de la novena legislatura para abordar la posible reforma del sistema electoral español y el informe sobre esta materia emitido por el Consejo de Estado en febrero de 2009. Por último, la sección de conclusiones recapitula los principales contenidos del artículo y analiza desde una perspectiva comparada cuáles son las posibilidades de que se produzca una reforma del sistema electoral español.

## 2. EL SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL: EFECTOS MAYORITARIOS Y TAMBIÉN CONSERVADORES<sup>5</sup>

Los elementos básicos del sistema electoral se han mantenido constantes desde la transición, hace treinta años. Algunos de ellos aparecieron en la Ley para la Reforma Política de enero de 1977 y fueron luego recogidos de forma sistemática en el Decreto-ley de Normas Electorales de marzo de 1977; una parte fue consagrada después en el artículo 68 de la Constitución, y finalmente todos ellos fueron ratificados en la LOREG, en junio de 1985. Aunque resultan ya familiares, conviene sistematizarlos recordando que consisten en (i) el principio de representación proporcional y el método D'Hondt; (ii) un Congreso compuesto por 350 miembros; (iii) la fijación de las provincias como circunscripciones o distritos electorales; (iv) la asignación de un mínimo inicial de dos escaños por distrito (con la excepción de Ceuta y Melilla, a las que corresponde sólo uno) y la distribución de los 248 restantes por tramos prefijados de población; (v) una barrera legal del 3 por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción; y (vi) la presentación de listas de candidatos por los partidos para ser votados de forma cerrada y bloqueada.

Los efectos del sistema electoral del Congreso, como los del resto de reglas electorales, son, en principio, predecibles. De hecho, ha podido hablarse de una *ingeniería electoral* (Norris 2004), y caracterizarse al sistema electoral como «el instrumento más específicamente manipulable» de todo el sistema político (Sartori 1968: 273). Y, en un sentido similar, se ha afirmado que, sea cual sea el objetivo que busquen los *ingenieros políticos*, «los elementos básicos del sistema electoral les ofrecen instrumentos efectivos para alcanzar sus fines», especialmente en lo relativo a la desproporcionalidad, y en menor medida en lo que hace al número efectivo de partidos presentes en el Parlamento y a la consecución de mayorías parlamentarias (Lijphart 1995: 140 ss.). Por último, y de acuerdo con Cox (1997: 17), la afir-



mación de que los partidos manipulan el sistema electoral «presupone una creencia por su parte en la ingeniería electoral». A pesar de todo ello, estas afirmaciones deben ser matizadas, ya que el sistema electoral no determina formas de vida política sino que, en todo caso, refuerza o debilita algunos de los factores que la configuran. Debe tenerse siempre presente, por lo tanto, que la influencia que los sistemas electorales pueden ejercer sobre el sistema de partidos y, de forma más amplia, sobre el sistema político es relevante, pero parcial y limitada.

En general, los efectos de todos los sistemas electorales, mayoritarios o proporcionales, apuntan en la misma dirección de la desproporcionalidad, bien que existan serias diferencias de grado. De modo más específico, cabe hablar de dos tipos de efectos. En primer lugar, los efectos *mecánicos* consisten en la sobrerrepresentación de los dos primeros partidos, sobre todo del primero, al «traducir» los votos en escaños; dicho de otra forma, en el momento de la distribución de los escaños, los dos primeros partidos suelen lograr más escaños que los que les corresponderían según sus respectivos porcentajes de voto. El reparto de escaños es una operación de *suma-cero*, por lo que esas primas para los dos primeros partidos conllevan unas penalizaciones para los demás, que resultan así infrarrepresentados. Es lo que se ha denominado la *desfragmentación* de los sistemas de partidos por efecto de los sistemas electorales (Rae 1971: 87; 1993: 7 ss., y 35) o calificado como su efecto *reductor* (Sartori 1994: 32 y 40 ss.).

En segundo lugar, los sistemas electorales producen también efectos *psicológicos*, que tienen dos tipos de manifestaciones, según se proyecten sobre las elites políticas o sobre los electores; pero en ambos casos se trata de una adecuación del comportamiento de unas y otros a los efectos mecánicos del sistema electoral. En lo que se refiere a las primeras, estos efectos psicológicos se concretan en las estrategias diseñadas para la obtención de los máximos beneficios del sistema electoral (por ejemplo, formando coaliciones electorales, promoviendo la fusión de partidos o evitando sus escisiones, etc.) o para la aminoración de sus consecuencias negativas. Respecto a los votantes, este tipo de efectos se manifiesta en lo que se ha denominado el *voto estratégico, sofisticado, o útil*, consistente en la percepción por los electores de que el partido que les gustaría votar no tiene muchas posibilidades de lograr representación, debiendo entonces optar por otro para no «desperdiciar» su voto. Suele incrementarse así el número de votos de los partidos más grandes en detrimento de los demás; lo que, sumado a la desproporcionalidad generada por el funcionamiento mecánico del sistema electoral, provoca que se reduzca el número de partidos con representación parlamentaria y se incre-

menten las posibilidades de que el primer partido se alce con la mayoría de escaños pese a no haber logrado la mayoría de votos, esto es, de que consiga una *mayoría manufacturada*. En consecuencia, los efectos psicológicos refuerzan el impacto de los mecánicos, bien que la influencia de éstos sea más importante.

El sistema electoral español pertenece a la categoría de los *fuertes* dada su capacidad para constreñir el comportamiento de los votantes y para ejercer un impacto reductor en la vida partidista (Sartori 1994: 37); su contribución a la estabilización electoral ha sido, pues, sumamente relevante. Sus efectos se han proyectado sobre la fragmentación, la desproporcionalidad y el formato del sistema de partidos, aunque en este artículo nos centraremos fundamentalmente en los dos últimos. Los elevados niveles que registran los índices de *desproporcionalidad* miden un fenómeno central y expresan la enorme desviación existente entre el porcentaje de votos y de escaños de cada partido.<sup>6</sup> Dada la importancia que buena parte de las propuestas alternativas de sistema electoral cifra en ellos, conviene examinar sus causas algo más detenidamente.

En primer lugar, un análisis de los efectos desproporcionales en cada uno de los distritos revela la importancia de la variable relativa a su magnitud. Para comprobarlo, se ha ordenado la diversidad en la magnitud de los distritos mediante su agrupación en tres subsistemas bien diferenciados (Penadés 1999: 293): uno mayoritario (que incluye los distritos de 1 a 5 escaños), otro proporcional (con 10 o más escaños) y otro intermedio, formado por los distritos medianos (de 6 a 9 escaños). Y los resultados a este respecto incluidos en la tabla 1 muestran diferencias sumamente elocuentes.<sup>7</sup> Así, en todos los casos, los índices de desproporcionalidad aumentan sistemáticamente a medida que se reduce el tamaño del distrito; y aunque han ido descendiendo de la mano de la creciente concentración del voto en el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y el Partido Popular (PP), sus niveles se encuentran todavía entre los más elevados de los países con sistemas de representación proporcional.

En segundo lugar, es cierto que el funcionamiento del método D'Hondt contribuye por sí mismo a generar una cierta desproporcionalidad. Pero el efecto de la magnitud de las circunscripciones resulta en todos los casos tan extraordinariamente importante que la incidencia específica de la fórmula es relativamente secundaria. A pesar de ello, en la sección relativa a las propuestas concretas de modificación del sistema electoral se verá cómo la introducción en España de algunos de los métodos más proporcionales que existen como la cuota Hare, podría paliar en gran medida los efectos tremendamente desproporcionales que tiene el sistema electoral actual.

Tabla 1  
**Índices de desproporcionalidad en las elecciones generales en España según subsistema electoral, 1977-2008<sup>a</sup>**

Elecciones	Subsistemas electorales <sup>b</sup>			Media <sup>c</sup>
	Mayoritario	Intermedio	Proporcional	
1977	19,4	13,7	7,8	10,6
1979	17,5	11,5	7,3	10,5
1982	17,3	11,4	7,2	8,2
1986	16,5	10,2	6,4	7,3
1989	18,4	11,7	7,3	8,9
1993	16,4	9,5	5,4	6,8
1996	14,7	8,2	3,3	5,3
2000	7,7	5,1	3,4	5,6
2004	5,0	5,4	3,4	4,6
2008	4,8	5,8	3,6	4,4
<b>Media</b>	<b>13,8</b>	<b>10,25</b>	<b>5,5</b>	<b>7,24</b>

<sup>a</sup> Se trata del índice de mínimos cuadrados de Gallagher (1991), calculado mediante la siguiente fórmula:

$$ID = [\frac{1}{2} \sum (s_i \cdot v_i)^2]^{1/2},$$

donde  $v_i$  es el porcentaje de votos que consigue cada partido, y  $s_i$  es el porcentaje de escaños.

<sup>b</sup> El subsistema mayoritario incluye a las circunscripciones que tienen de 1 a 5 escaños; el intermedio, las que tienen de 6 a 9; y el proporcional, aquellas en las que se reparten más de 10.

<sup>c</sup> La media de cada una de las elecciones generales está obtenida sobre la base de los resultados agregados en el nivel nacional.

En tercer lugar, ocurre además que, como consecuencia de la combinación de un elevado mínimo inicial de diputados por distrito con un Congreso de pequeñas dimensiones, se produce una notable sobrerrepresentación de las circunscripciones menos pobladas. Como ya sabemos, sólo se reparten 248 escaños (entre 50 circunscripciones) atendiendo a criterios de población, lo que da lugar a una desigualdad territorial de la representación que afecta significativamente a la igualdad del voto. Por su parte, esta desproporción territorial puede resultar reforzada por una notable distorsión de la proporcionalidad entre los partidos, ya que el pequeño tamaño de muchos distritos provoca que los escaños se repartan sólo entre los dos primeros, dejando a los partidos no mayoritarios sin representación parlamentaria. El índice de desproporcionalidad para estos distritos es, consecuentemente, mucho más

alto que el registrado en las circunscripciones de mayor magnitud. Y este resultado cobra aún mayor importancia si tenemos en cuenta que en estos distritos se eligen 99 diputados, lo que supone cerca de una tercera parte de los del Congreso.<sup>8</sup>

Por último, los sesgos conservadores y mayoritarios del sistema electoral han tenido también un impacto notable sobre el *sistema de partidos*. Mediante los primeros, la Unión de Centro Democrático (UCD) y el PP han recibido una sobrerrepresentación en escaños sistemáticamente superior a la de cualquier otro partido, incrementando sus victorias y amortiguando sus derrotas. Mediante los segundos, los resultados electorales han podido girar alrededor de dos partidos principales desde 1977. En realidad, la única sorpresa fue el espectacular cambio experimentado en las identidades de esos dos partidos principales como consecuencia del realineamiento electoral de 1982, un cambio cuyo impacto fue a su vez magnificado por el sistema electoral. Los dos mayores partidos no han tenido nunca menos del 80 por ciento de los escaños del Congreso de los Diputados. Por el contrario, los partidos menores de ámbito nacional y con apoyos electorales territorialmente dispersos han sido progresivamente desplazados de la Cámara: contaban con 41 escaños distribuidos en tres partidos (Partido Comunista de España [PCE], Alianza Popular [AP] y Partido Socialista Popular [PSP]) en 1977, y con 31 para dos fuerzas políticas (Izquierda Unida [IU] y Centro Democrático y Social [CDS]) en 1989; pero sólo con 3 escaños en 2008, dos de ellos de IU y uno de Unión, Progreso y Democracia (UPyD). Los efectos directos del sistema electoral han llevado a muchos pequeños partidos a fusionarse o a coaligarse con otros mayores, y a muchos líderes minoritarios a evitar escisiones de partidos ya establecidos, como única alternativa para evitar su segura condición de extraparlamentarios. En el nivel nacional, el sistema de partidos conoció simplificaciones adicionales por las llamadas al *voto útil* efectuadas por los partidos mayoritarios en todas las elecciones, y por la marcada tendencia de los electores a adoptar mecanismos de *voto estratégico* y dejar de votar a los pequeños partidos con escasas o nulas posibilidades de obtener un escaño.

Los datos contenidos en la tabla 2, que recoge las diferencias entre las proporciones de votos y escaños obtenidos por los partidos en las diez elecciones generales, son suficientemente expresivos. Los dos principales partidos (UCD y PSOE hasta los años ochenta, y PSOE y AP/PP desde entonces) han obtenido siempre unas sustanciosas ventajas en sus proporciones de escaños con respecto a las de los votos; esas ventajas son más elevadas para el primer partido (UCD en 1977 y 1979; PP en 1996 y 2000; y PSOE en las restantes consultas), y más aún si ese primer partido es conservador (como

UCD y PP). Los sesgos mayoritarios del sistema electoral español se refuerzan así con sus sesgos conservadores. Los partidos minoritarios con apoyos electorales dispersos en todo el territorio nacional han sido sistemáticamente perjudicados en su relación de votos y escaños: así ha ocurrido con AP en los años setenta, con el CDS en los ochenta y con el PCE/IU en todas las consultas. Y eso a pesar de que la prima de sobrerrepresentación de los dos grandes partidos, muy elevada en las primeras legislaturas por virtud de la acusada fragmentación parlamentaria, ha ido reduciéndose paulatinamente a medida que el voto del electorado se concentraba en torno a ellos. En cambio, los partidos con electorados concentrados en uno o en unos pocos distritos, normalmente de naturaleza nacionalista o regionalista, han logrado una representación equilibrada; en la tabla 2 sólo están recogidos los casos de *Convergència i Unió* (CiU) y del Partido Nacionalista Vasco (PNV) por su mayor peso, pero ese resultado puede aplicarse a muchos otros. Por su parte, y siendo todo lo demás igual, los partidos mayoritarios de centro-derecha resultan más sobrerrepresentados que los de centro-izquierda, mientras que los minoritarios de centro-derecha resultan menos infrarrepresentados que los de centro-izquierda. Y si el sesgo mayoritario se explica fundamentalmente por las magnitudes de los distritos, el sesgo conservador opera gracias

Tabla 2  
Diferencias entre las proporciones de votos  
y de escaños en las elecciones españolas, 1977-2008<sup>a</sup>

Elecciones	Partidos							
	PCE/IU	PSOE	CDS	UPyD	UCD	AP/PP	CiU	PNV
1977	-3,6	4,4	-	-	12,9	-3,8	-0,6	0,6
1979	-4,2	4,1	-	-	12,9	-3,5	-0,5	0,4
1982	-2,4	10,4	-2,2	-	-3,1	4,7	-0,2	0,5
1986	-2,7	8,5	-3,8	-	-	3,9	0,1	0,2
1989	-4,3	10,4	-3,9	-	-	4,8	0,1	0,2
1993	-4,5	6	-	-	-	5,5	0	0,2
1996	-4,6	2,8	-	-	-	5,7	0	0,1
2000	-3,2	1,6	-	-	-	7,8	0,1	0,5
2004	-3,5	4,2	-	-	-	4,6	-0,4	0,4
2008	-3,2	4,6	-	-0,9	-	3,6	-0,1	0,5
<b>Media</b>	<b>-3,62</b>	<b>+5,7</b>	<b>-3,3</b>	<b>-0,9</b>	<b>+7,6</b>	<b>+3,33</b>	<b>-0,15</b>	<b>+0,36</b>

<sup>a</sup> Los signos positivos indican situaciones de sobrerrepresentación, ya que los partidos obtienen porcentajes de escaños superiores a los de voto; los negativos, de infrarrepresentación.

a la desviación del prorrateo y el efecto de varianza de la magnitud de las circunscripciones (Lago y Montero 2005: 313 ss.).

En conclusión, la dimensión *psicológica* del sistema electoral ha reforzado el impacto de la *mecánica* al adelantar y acrecentar sus efectos: ha reducido el número de partidos, primado al que más proporción de votos recibe y penalizado a los pequeños partidos cuyos votantes se encuentren dispersos en muchos distritos. La combinación de los elementos del sistema electoral (sobre todo, del prorrateo desviado, la reducida magnitud de los distritos y el método D'Hondt) con la distancia de los apoyos electorales del PSOE y AP/PP durante los años ochenta ha ocasionado sesgos mayoritarios equivalentes incluso a los que se registran en países con alguna variante de sistema mayoritario. En los niveles territoriales inferiores, en cambio, el impacto de la normativa electoral puede ser diferente. Aunque sus desviaciones representativas reducen las posibilidades de esos pequeños partidos con bases electorales dispersas, los partidos minoritarios con apoyos concentrados en una comunidad autónoma o incluso en una provincia no salen, como ya hemos señalado, necesariamente perjudicados. De hecho, un partido con menos del 1 por ciento del voto en el ámbito nacional puede recibir el suficiente apoyo de los votantes de un solo distrito, como para resultar equiproporcionalmente representado o incluso disfrutar de una cierta sobrerrepresentación. Como ya se ha dicho, los casos de los partidos nacionalistas vascos o catalanes son suficientemente ilustrativos a este respecto. De esta forma, el sistema electoral presenta dos direcciones contradictorias: mientras que en el ámbito nacional contiene unos fuertes incentivos contra la fragmentación, permite la fragmentación derivada del incremento del apoyo electoral a los partidos autonómicos o provinciales.

### **3. LAS PROPUESTAS DE LOS PARTIDOS SOBRE EL SISTEMA ELECTORAL EN ESPAÑA: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA**

En esta sección se recogen las principales propuestas formuladas por los partidos políticos sobre la reforma del sistema electoral para el Congreso de los Diputados.<sup>9</sup> Para evitar una relación excesiva, se limita el estudio a los cuatro grandes partidos de ámbito nacional,<sup>10</sup> y para no caer en una catarata de referencias ocasionales (y casi siempre contradictorias) que se producen ritualmente sobre el sistema electoral después de las principales consultas, se recurre exclusivamente a las propuestas incluidas en los sucesivos programas electorales,<sup>11</sup> y sobre todo a las presentadas en fechas más recientes. En ge-

neral, las propuestas de cada uno de los partidos han venido respondiendo casi a la perfección a las fluctuaciones en sus apoyos electorales, y a su voluntad de tener en vigor el sistema electoral que les proporcionase unos mayores beneficios en términos de atribución de escaños.

### 3.1. ALIANZA POPULAR/PARTIDO POPULAR

Durante los primeros años de la transición, AP defendió el establecimiento de un sistema mayoritario (AP 1976; 1978), una posición que fue modificando paulatinamente tras las elecciones de 1982, que convirtieron a esta fuerza política en el principal partido de la oposición. Sólo a finales de los años ochenta dejó de criticar al sistema electoral en vigor, aceptando su configuración y considerándolo como un elemento más a tener en cuenta a la hora de diseñar la estrategia del partido (AP 1989). Las propuestas de reforma que el PP (tras su refundación en 1989) elabora a partir de entonces estarán en todo caso dictadas por problemas coyunturales y de menor cuantía. Sin duda, la experiencia de haber visto primada su representación en el Congreso de los Diputados por los efectos mayoritarios del sistema electoral a partir de 1982 y las expectativas de que esas primas pudieran ser aún mayores eliminaron las críticas al mismo, y más aún las propuestas de que se adoptara un sistema mayoritario. En 1995, por ejemplo, con ocasión de la presentación del denominado «programa de Aznar», las únicas referencias al sistema electoral se cifraban en el desbloqueo de las listas electorales.<sup>12</sup> Más recientemente, los programas electorales del PP han cubierto el expediente relativo al sistema electoral mediante propuestas generalistas y meramente declarativas. Tanto en el programa de 1996 como en el de 2000, se proponía el desbloqueo de las listas electorales para «recoger las preferencias de los votantes». En el de 2004, el PP decía comprometerse a «la búsqueda de fórmulas para lograr una mayor cercanía entre representante y representado». Y en el programa de 2008 prometía la creación de una «Comisión de Expertos para el análisis y evaluación de nuestro sistema electoral, que elaborará las propuestas de reforma oportunas a partir de nuestra experiencia a lo largo de los últimos treinta años».<sup>13</sup>

### 3.2. PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL

La actitud del PSOE respecto del sistema electoral ha sido considerablemente distinta a la adoptada por AP, aunque parecida a la que su sucesor, el PP, ha acabado asumiendo. Cuando el Gobierno de Adolfo Suárez estaba ela-

borando la Ley para la Reforma Política, el PSOE parecía decantarse por un sistema proporcional no muy diferente del que defendía el Gobierno. Los dirigentes socialistas empleaban incluso términos similares cuando afirmaban que, «desde el punto de vista electoral, el criterio de representación debería ser el proporcional con una serie de correctores para evitar la ilimitada multiplicación de grupos en el Parlamento, la dificultad de obtener mayorías sólidas y, por consiguiente, para evitar la falta de eficacia del Estado» (González y Guerra 1977: 73). Además, el PSOE disfrutó desde las elecciones fundacionales de 1977 de la sobrerrepresentación conferida por el sistema a las grandes formaciones políticas: el hecho de aparecer como el primer partido de la oposición, el primer partido de la izquierda y la alternativa real de gobierno a corto plazo le llevó a posponer pragmáticamente las reivindicaciones proporcionalistas de las que había hecho ocasionalmente gala durante la transición democrática.

Esta tendencia se hizo aún más acusada a partir de 1982, al conseguir el PSOE resultados electorales que le colocaban no sólo ya como el primer partido, sino que lo hacían a una distancia muy considerable de su inmediato competidor. Durante muchas consultas, sus documentos programáticos carecieron de propuesta alguna de reforma sobre el sistema electoral; tampoco hubo ninguna cuando en las elecciones de 1993 aprobó diversas medidas del entonces denominado «impulso democrático» (PSOE 1993). En el programa de 1996 se recogía la necesidad de profundizar en la democracia mejorando, entre otras cosas, «el nexo de unión entre representantes y representados», un objetivo que se repetía en el de 2004 («acercar los representantes a los representados»), proponiendo para ello «un debate con la sociedad y con los demás grupos parlamentarios sobre la mejora del actual sistema electoral» que incluía, entre otras posibilidades, «el desbloqueo de las listas electorales». Y en el programa de las elecciones de 2008, finalmente, estas propuestas tímidas y parciales sobre el sistema electoral dieron paso a otras sobre el régimen electoral, como el voto de los españoles residentes en el exterior, el voto de las personas con discapacidad, el voto electrónico o los debates electorales. Pero venían todas ellas precedidas por una declaración general inequívoca en la que se decía que dichas propuestas van dirigidas «a mejorar la participación de la ciudadanía, no a cambiar el modelo» y que «las reformas relacionadas con el sistema electoral siempre han de venir avaladas por el consenso».<sup>14</sup>

### 3.3. PARTIDO COMUNISTA DE ESPAÑA/IZQUIERDA UNIDA

Las formaciones políticas más críticas con el sistema electoral han sido el PCE y después su coalición IU. De hecho, ambas han sufrido sus consecuen-



cias negativas en todas y cada una de las elecciones generales celebradas hasta la fecha, puesto que han resultado sistemáticamente castigadas a la hora de traducir sus apoyos electorales en escaños.

También el PCE propugnó la adopción de un sistema proporcional desde el momento de la redacción de la Ley para la Reforma Política. Antes que hacia la estabilidad gubernamental, sus preferencias se dirigían a primar la mayor representación posible de las distintas fuerzas presentes en la sociedad. Como señalaban entonces sus líderes, los correctores introducidos para reducir la fragmentación partidista deberían ser rechazados: «(...) el voto debe ser proporcional, es decir, cada diputado o senador debe representar el mismo número de votos. (...) Todo lo que no sea el sistema proporcional, (...) no son más que formas de falsear la voluntad popular» (Carrillo y Sánchez Montero 1977: 72). Durante la elaboración de la Constitución el PCE defendió igualmente la adopción de un sistema electoral proporcional, pese a que aceptara finalmente la regulación de los artículos 68 y 69. Aunque no les satisfacía, el resultado se aceptaba con cierta resignación, como una especie de mal menor: «aunque somos conscientes de la existencia de fallos y lagunas considerables [en la regulación del sistema electoral], renunciamos a batallas que, por otra parte, tendríamos pérdidas» (PCE 1978: 37).

Desde los años ochenta, la reforma del sistema electoral se convirtió en uno de sus temas programáticos recurrentes. El PCE acogió con similar resignación la continuidad del sistema electoral que supuso la LOREG, a la que no manifestó una oposición cerrada. Pero en prácticamente todos los programas electorales incluyó duras críticas al sistema electoral y adelantó algunas propuestas que al menos redujeran sus peores efectos para formaciones políticas como IU. En el de 1986, por ejemplo, solicitaba tanto la eliminación de las listas bloqueadas y cerradas como el aumento de 350 a 400 diputados para «evitar la grave penalización actual de las grandes circunscripciones electorales». En los programas de 1993, 1996 y 2004 se añadía a esas peticiones la disminución de la desproporcionalidad mediante la ampliación de la circunscripción electoral de la provincia a la Comunidad Autónoma y la adopción de una nueva fórmula electoral que contemple la utilización de los restos en el nivel nacional. Y en el de 2008 se proponía de nuevo una «reforma del sistema electoral, encaminada a garantizar la proporcionalidad electoral en el reparto de escaños como manda la Constitución. En primer lugar, modificar aquellos aspectos de la Ley que no precisan reforma constitucional: ampliación a 400 del número de diputados; reducción a uno del número mínimo de diputados por provincia

y reparto de los nuevos diputados y los sobrantes de modo que se mejore la ratio población-diputados. En segundo lugar, impulsar la modificación constitucional en la dirección de convertir la comunidad autónoma en la circunscripción electoral». <sup>15</sup>

### 3.4. UNIÓN, PROGRESO Y DEMOCRACIA

De acuerdo con sus propias declaraciones, UPyD surgió como partido, poco antes de las elecciones de marzo de 2008, con dos objetivos fundamentales: el primero pretendía la regeneración de la democracia, y el segundo aspiraba a la modificación del sistema electoral, al que tildaba como «perverso» por el supuesto trato de favor otorgado a los partidos nacionalistas. Consecuentemente, el primer punto del programa electoral planteaba la reforma de la Constitución y de la ley electoral. <sup>16</sup>

## 4. LA REFORMA ELECTORAL EN ESPAÑA: ¿CÓMO Y PARA QUÉ?

En esta sección, ofrecemos los resultados de una serie de simulaciones que hemos realizado a partir de los resultados de las elecciones generales de 2008. <sup>17</sup> Pero conviene explicitar las consabidas cautelas. En primer lugar, hay que recordar que estamos trabajando con datos esencialmente impuros. En este sentido, se están utilizando resultados sobre los que ya ha operado el denominado voto útil. Es probable, en consecuencia, que, en presencia de unos sistemas electorales más permisivos como los que aquí discutiremos, las llamadas al voto útil de los partidos mayoritarios hubieran tenido menos éxito, y que la oferta electoral se hubiera ampliado; y todo ello habría redundado en cambios en los porcentajes de voto a las diferentes opciones partidistas. En definitiva, la cláusula *ceteris paribus*, clave en cualquier ejercicio de estática comparativa, no se da en esta ocasión, lo que obliga a redoblar la prudencia a la hora de extraer conclusiones de los resultados de las simulaciones que aquí se ofrecen.

La segunda advertencia que hay que realizar antes de acometer la descripción de las simulaciones realizadas gira en torno a algunas de las particularidades que presentan los resultados de las elecciones al Congreso de los Diputados de marzo de 2008. Si bien es cierto que a grandes rasgos se repitió el escenario que ya se dio en las legislaturas que van desde 1993 a 2000, esto es, una gran competitividad entre los dos principales partidos y ausencias de

mayoría absoluta, existieron otras notas peculiares que singularizan los resultados de 2008. Recordemos así la gran concentración de voto producida en los dos principales partidos (un 83,76 por ciento). Ello se tradujo en el hecho de que PSOE y PP obtuvieran nada menos que 322 de los 350 diputados del Congreso, esto es, un 92 por ciento. Por lo tanto, no está de más adoptar alguna prevención sobre la validez externa de nuestras simulaciones y las posibilidades de extrapolar sus resultados hacia el futuro, puesto que estamos trabajando con unos datos electorales que, aunque cabe la posibilidad de que se conviertan en regla a partir de ahora, constituyen una cierta anomalía histórica.

Dado que, a juicio del Gobierno, las únicas propuestas a considerar eran aquellas que podían ser llevadas a cabo sin reforma constitucional, el principal criterio que hemos seguido a la hora de realizar las simulaciones ha sido el de respetar los límites marcados por el artículo 68 de la Constitución.<sup>18</sup> Así pues, los ejercicios que aquí proponemos no configuran un Congreso de más de 400 Diputados, consideran la provincia como única circunscripción electoral posible en cualquier fase de distribución de escaños y respetan la asignación de un mínimo inicial de escaños a cada circunscripción, distribuyendo los demás en proporción a la población. El segundo criterio que nos ha inspirado a la hora de diseñar las simulaciones es el de tratar de reducir la enorme desproporcionalidad que produce el sistema electoral en España. En consecuencia, los hipotéticos sistemas electorales aquí recogidos introducen alguna de las modificaciones siguientes, o todas ellas a la vez: emplean una fórmula electoral más favorable a los intereses de los partidos pequeños; aumentan el tamaño del Congreso de los Diputados hasta el máximo permitido por la Constitución; o disminuyen la desviación en el prorrateo al pasar de dos a uno el mínimo de escaños asignado inicialmente a cada circunscripción.<sup>19</sup>

Las tablas 3, 4, 5 y 6 recogen los resultados de las simulaciones realizadas. De su examen cabe extraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, de acometer las reformas aquí expuestas descendería el porcentaje de escaños obtenido por los dos grandes partidos. Este efecto sería especialmente pronunciado en el caso del PSOE, que podría ver menguada su representación parlamentaria hasta en 4 puntos porcentuales. Parece, por lo tanto, que, al menos para los resultados de las elecciones de 2008, se apunta cierta tendencia a la desaparición de los sesgos conservadores que ha venido produciendo nuestro sistema electoral desde el año 1977. En segundo lugar, los partidos minoritarios de ámbito nacional mejorarían sensiblemente su representación parlamentaria. Significativo a este respecto sería

Tabla 3  
**Resultados electorales en escaños en las elecciones de 2008  
 y simulaciones con cambios en el número mínimo por circunscripción  
 y en la fórmula electoral**

Partidos	Elecciones 2008 350/2 D'Hondt	Simulaciones		
		350/2 Sainte-Laguë	350/1 D'Hondt	350/1 Sainte-Laguë
PSOE	<b>169 (48,3)</b>	160 (-2,6)	168 (-0,3)	159 (-2,9)
PP	<b>154 (44,0)</b>	153 (-0,3)	153 (-0,3)	151 (-0,8)
IU-ICV	<b>2 (0,6)</b>	8 (+1,7)	4 (+0,6)	8 (+1,7)
UPyD	<b>1 (0,3)</b>	1 (0,0)	1 (0,0)	2 (+0,3)
CiU	<b>10 (2,9)</b>	10 (0,0)	11 (+0,3)	11 (+0,3)
PNV	<b>6 (1,7)</b>	6 (0,0)	5 (-0,3)	6 (0,0)
ERC	<b>3 (0,8)</b>	5 (+0,6)	3 (0,0)	6 (+0,8)
BNG	<b>2 (0,6)</b>	2 (0,0)	2 (0,0)	2 (0,0)
CC-PNC	<b>2 (0,6)</b>	2 (0,0)	2 (0,0)	2 (0,0)
Na-Bai	<b>1 (0,3)</b>	1 (0,0)	1 (0,0)	1 (0,0)
EA	–	1 (+0,3)	–	1 (+0,3)
ChA	–	–	–	–
NC-CCN	–	1 (+0,3)	–	1 (+0,3)
Unitat per les Illes	–	–	–	–
<b>Total</b>	<b>350</b>	<b>350</b>	<b>350</b>	<b>350</b>

<sup>a</sup> Los resultados de 2008 están recogidos en negrita. Entre paréntesis en la primera columna, figura el porcentaje de escaños obtenido por cada partido en las elecciones de 2008, y en el resto, las diferencias en puntos porcentuales que se derivarían de implementarse las simulaciones correspondientes.

Tabla 4  
**Resultados electorales en escaños en las elecciones de 2008  
 y simulaciones con cambios en el número mínimo  
 por circunscripción y en la fórmula electoral<sup>a</sup>**

Partidos	Elecciones 2008 350/2 D'Hondt	Simulaciones			
		350/2 Droop	350/2 Hare	350/1 Droop	350/1 Hare
PSOE	<b>169 (48,3)</b>	162 (-2,0)	159 (-2,9)	162 (-2,0)	155 (-4,0)
PP	<b>154 (44,0)</b>	156 (+0,6)	151 (-0,8)	153 (-0,3)	150 (-1,1)
IU-ICV	<b>2 (0,6)</b>	5 (+0,8)	9 (+2,0)	6 (+1,1)	10 (+2,3)
UPyD	<b>1 (0,3)</b>	1 (0,0)	1 (0,0)	1 (0,0)	2 (+0,3)
CiU	<b>10 (2,9)</b>	10 (0,0)	10 (0,0)	11 (+0,3)	12 (+0,6)
PNV	<b>6 (1,7)</b>	6 (0,0)	6 (0,0)	6 (0,0)	6 (0,0)
ERC	<b>3 (0,8)</b>	4 (+0,3)	5 (+0,6)	5 (+0,6)	6 (+0,8)
BNG	<b>2 (0,6)</b>	2 (0,0)	2 (0,0)	2 (0,0)	2 (0,0)
CC-PNC	<b>2 (0,6)</b>	2 (0,0)	3 (+0,3)	2 (0,0)	3 (+0,3)
Na-Bai	<b>1 (0,3)</b>	1 (0,0)	1 (0,0)	1 (0,0)	1 (0,0)
EA	–	–	1 (+0,3)	–	1 (+0,3)
ChA	–	–	1 (+0,3)	–	1 (+0,3)
NC-CCN	–	1 (+0,3)	1 (+0,3)	1 (+0,3)	1 (+0,3)
Unitat per les Illes	–	–	–	–	–
<b>Total</b>	<b>350</b>	<b>350</b>	<b>350</b>	<b>350</b>	<b>350</b>

<sup>a</sup> Los resultados de 2008 están recogidos en negrita. Entre paréntesis en la primera columna, figura el porcentaje de escaños obtenido por cada partido en las elecciones de 2008, y en el resto, las diferencias en puntos porcentuales que se derivarían de implementarse las simulaciones correspondientes.

Tabla 5  
**Resultados electorales en escaños en las elecciones de 2008  
 y simulaciones con cambios en el tamaño del Congreso  
 de los Diputados, en el número mínimo por circunscripción  
 y en la fórmula electoral<sup>a</sup>**

Partidos	Elecciones 2008 350/2 D'Hondt	Simulaciones			
		400/2 D'Hondt	400/2 Sainte- Laguë	400/1 D'Hondt	400/1 Sainte- Laguë
PSOE	<b>169 (48,3)</b>	191 (-0,6)	181 (-3,1)	191 (-0,6)	181 (-3,1)
PP	<b>154 (44,0)</b>	174 (-0,5)	171 (-1,3)	173 (-0,8)	171 (-1,3)
IU-ICV	<b>2 (0,6)</b>	4 (+0,4)	9 (+1,6)	4 (+0,4)	9 (+1,6)
UPyD	<b>1 (0,3)</b>	1 (-0,1)	2 (+0,2)	1 (-0,1)	2 (+0,2)
CiU	<b>10 (2,9)</b>	14 (+0,6)	13 (+0,3)	14 (+0,6)	14 (+0,6)
PNV	<b>6 (1,7)</b>	7 (0,0)	7 (0,0)	6 (-0,2)	7 (0,0)
ERC	<b>3 (0,8)</b>	3 (-0,1)	6 (+0,7)	5 (+0,4)	6 (+0,7)
BNG	<b>2 (0,6)</b>	2 (-0,1)	2 (-0,1)	2 (-0,1)	2 (-0,1)
CC-PNC	<b>2 (0,6)</b>	3 (+0,1)	4 (+0,4)	3 (+0,1)	4 (+0,4)
Na-Bai	<b>1 (0,3)</b>	1 (-0,1)	1 (-0,1)	1 (-0,1)	1 (-0,1)
EA	-	-	1 (+0,2)	-	-
ChA	-	-	1 (+0,2)	-	1 (+0,2)
NC-CCN	-	-	1 (+0,2)	-	1 (+0,2)
Unitat per les Illes	-	-	1 (+0,2)	-	1 (+0,2)
<b>Total</b>	<b>350</b>	<b>400</b>	<b>400</b>	<b>400</b>	<b>400</b>

<sup>a</sup> Los resultados de 2008 están recogidos en negrita. Entre paréntesis en la primera columna, figura el porcentaje de escaños obtenido por cada partido en las elecciones de 2008, y en el resto, las diferencias en puntos porcentuales que se derivarían de implementarse las simulaciones correspondientes.

Tabla 6  
**Resultados electorales en escaños en las elecciones de 2008  
 y simulaciones con cambios en el tamaño del Congreso  
 de los Diputados, en el número mínimo por circunscripción  
 y en la fórmula electoral<sup>a</sup>**

Partidos	Elecciones 2008 350/2 D'Hondt	Simulaciones			
		400/2 Droop	400/2 Hare	400/1 Droop	400/1 Hare
PSOE	<b>169 (48,3)</b>	186 (-1,8)	182 (-2,8)	182 (-2,8)	178 (-3,8)
PP	<b>154 (44,0)</b>	170 (-1,5)	170 (-1,5)	173 (-0,8)	171 (-1,3)
IU-ICV	<b>2 (0,6)</b>	7 (+1,1)	11 (+2,1)	9 (+1,6)	13 (+2,6)
UPyD	<b>1 (0,3)</b>	2 (+0,2)	2 (+0,2)	2 (+0,2)	2 (+0,2)
CiU	<b>10 (2,9)</b>	13 (+0,3)	13 (+0,3)	14 (+0,6)	14 (+0,6)
PNV	<b>6 (1,7)</b>	6 (-0,2)	6 (-0,2)	6 (-0,2)	6 (-0,2)
ERC	<b>3 (0,8)</b>	6 (+0,7)	6 (+0,7)	5 (+0,4)	6 (+0,7)
BNG	<b>2 (0,6)</b>	2 (-0,1)	2 (-0,1)	2 (-0,1)	2 (-0,1)
CC-PNC	<b>2 (0,6)</b>	3 (+0,1)	3 (+0,1)	3 (+0,1)	3 (+0,1)
Na-Bai	<b>1 (0,3)</b>	1 (-0,1)	1 (-0,1)	1 (-0,1)	1 (-0,1)
EA	–	1 (+0,2)	1 (+0,2)	–	1 (+0,2)
ChA	–	1 (+0,2)	1 (+0,2)	1 (+0,2)	1 (+0,2)
NC-CCN	–	1 (+0,2)	1 (+0,2)	1 (+0,2)	1 (+0,2)
Unitat per les Illes	–	1 (+0,2)	1 (+0,2)	1 (+0,2)	1 (+0,2)
<b>Total</b>	<b>350</b>	<b>400</b>	<b>400</b>	<b>400</b>	<b>400</b>

<sup>a</sup> Los resultados de 2008 están recogidos en negrita. Entre paréntesis en la primera columna, figura el porcentaje de escaños obtenido por cada partido en las elecciones de 2008, y en el resto, las diferencias en puntos porcentuales que se derivarían de implementarse las simulaciones correspondientes.

Tabla 7  
**Tasa de cambio agregado en porcentajes de escaños  
 en las elecciones de 2008 y simulaciones con modificaciones  
 en el tamaño del Congreso de los Diputados, en el número mínimo  
 por circunscripción y en la fórmula electoral<sup>a</sup>**

Fórmulas	Combinaciones				Media
	350/2	350/1	400/2	400/1	
<b>De divisor</b>					
D'Hondt	0	0,9	1,5	1,9	1,4
Sainte-Laguë	2,9	3,7	4,6	4,6	3,9
<b>De cuota</b>					
Droop	2	2,3	3,7	4	3
Hare	3,7	5,1	4,7	5,5	4,7
<b>Media</b>	<b>2,9</b>	<b>3</b>	<b>3,6</b>	<b>4</b>	<b>3,3</b>

<sup>a</sup> Los resultados de 2008 están recogidos en negrita. La tasa de cambio se expresa mediante el índice de Pedersen (1979), calculado mediante la siguiente fórmula:

$$VT = (\Sigma | \Delta p_i |) / 2$$

donde la variación en el porcentaje de escaños de cada partido ( $p_i \Delta$ ) es igual a  $p_i(t + 1) - p_i(t)$ ,  $i = 1, \dots, n$ .

El índice tiene un rango de variación que va de 0 a 100.

el crecimiento de IU, que podría llegar incluso a cuadruplicar el número de escaños conseguidos. En tercer lugar, hasta cuatro nuevas formaciones que actualmente carecen de representación podrían entrar en el Congreso de los Diputados. En todos los casos, se trata de partidos nacionalistas o regionalistas que aparecerían por primera vez en el hemiciclo (casos de Unitat per les Illes o Nueva Canarias-Centro Canario Nacionalista [NC-CCN]), o recuperarían el escaño del que disfrutaban en legislaturas anteriores (casos de Eusko Alkartasuna [EA] o Chunta Aragonesista [ChA]). Y en cuarto lugar, y como consecuencia de los otros tres fenómenos, se acentuaría el carácter minoritario que reviste actualmente el Gobierno de José Luis Rodríguez-Zapatero, incrementando sus dificultades legislativas. De otro lado, el examen de la tabla 7 nos permite concluir que la introducción de la fórmula de restos mayores con cuota Hare sería la reforma con un mayor impacto en la distribución de los escaños entre los partidos. Y es precisamente ese gran potencial proporcionalizador lo que nos lleva a concebir serias dudas acerca de las posibilidades de que se produzca un cambio en la fórmula en un futuro cercano.



## 5. LA REFORMA ELECTORAL EN ESPAÑA DURANTE LA NOVENA LEGISLATURA: DE LOS TRABAJOS PARLAMENTARIOS AL INFORME DEL CONSEJO DEL ESTADO

### 5.1. LA CREACIÓN DE LA SUBCOMISIÓN PARLAMENTARIA

Al comienzo de la novena legislatura, algunas de las propuestas para reformar el sistema electoral del Congreso de los Diputados llegaron a sede parlamentaria.<sup>20</sup> Entre abril y octubre de 2008, varios Grupos parlamentarios presentaron hasta siete proposiciones de ley para modificar distintos aspectos de la LOREG;<sup>21</sup> una de ellas proponía, incluso, un cambio sustancial de los elementos del sistema electoral vigente.<sup>22</sup> El día 6 de junio de 2008, la Mesa del Congreso aprobó la creación de una Subcomisión parlamentaria, que fue apoyada por unanimidad de todos los Grupos en la sesión de la Comisión Constitucional celebrada el 5 de septiembre y acordada finalmente por el Pleno el 15 de septiembre.<sup>23</sup> Su objetivo radicaba en el examen y discusión de las posibles modificaciones del régimen electoral general en el entendimiento tácito de que no implicasen a su vez cambios en la Constitución.<sup>24</sup> Los trabajos de esa Subcomisión debían prolongarse por espacio de un año. Sin embargo, el pasado 1 de octubre el Pleno del Congreso acordaba ampliar en seis meses el periodo previsto para la finalización de los mismos.<sup>25</sup> En el momento en que se escriben estas líneas (julio de 2010), la Subcomisión ha terminado sus trabajos y elevado a la Comisión Constitucional del Congreso sus conclusiones; en ellas se incluye el rechazo explícito a cualquier modificación de los elementos básicos del sistema electoral y se proponen, en cambio, algunas modificaciones relativas al régimen jurídico de las elecciones.<sup>26</sup>

Aunque lamentablemente poco ha trascendido de los trabajos de dicha subcomisión, parece ser que las posiciones de los partidos en su seno se ajustan casi perfectamente a lo que han venido siendo sus pronunciamientos en los diversos programas electorales que hemos repasado anteriormente. En este sentido, creemos que es bueno distinguir tres grandes grupos de formaciones de acuerdo a su posición con respecto a la reforma de la ley electoral. En primer lugar, y como ya ha quedado repetido hasta la saciedad, PSOE y PP son los menos interesados en modificar una institución, el sistema electoral, que les ha reportado ventajas considerables en términos de representación parlamentaria. Esta falta de interés quedó bien patente durante las intervenciones de sus respectivos portavoces en el debate en el seno de la

Comisión Constitucional sobre la creación de la mencionada Subcomisión. En este sentido, mientras que el portavoz del Grupo Socialista, Jesús Quijano, aseguraba que «esta Ley Electoral ha cumplido sobradamente los objetivos de cualquier ley electoral buena»,<sup>27</sup> el del Grupo Popular, Juan Carlos Vera, sostenía que la regulación electoral actual «es un sistema aceptable, porque cumple con los requisitos fundamentales que debe tener todo sistema electoral: ser representativo de la voluntad de los ciudadanos y además ser imparcial».<sup>28</sup> En cualquier caso, ambos portavoces coincidían en señalar que el consenso debía presidir cualquier intento de modificación del sistema electoral vigente.

También en parecidos términos se expresaba la vicepresidenta primera del Gobierno, María Teresa Fernández de la Vega, en su comparecencia ante la Comisión Constitucional el 30 de julio de 2008. En su intervención, Fernández de la Vega valoraba muy positivamente el sistema electoral español al considerar que la ley que lo desarrolla es «justa», recoge la pluralidad mediante un método proporcional y permite la formación de mayorías y de gobiernos. Sin embargo, la vicepresidenta defendía a continuación la posibilidad de mejorar el modelo siempre y cuando su reforma se abordase desde el consenso entre las fuerzas políticas.<sup>29</sup>

Los dos partidos que más denodadamente han defendido la necesidad de reformar el sistema electoral han sido IU y UPyD. Tras las elecciones, el primero de ellos lanzó una «Campaña por una ley electoral justa y democrática» que coincidió con la puesta en marcha de la Subcomisión parlamentaria en el Congreso de los Diputados. Arropado por los numerosos pronunciamientos que fueron apareciendo en la página *web* de la coalición, en otras *webs* afines y en algunos medios de comunicación, Gaspar Llamazares formalizó en mayo de 2008 la propuesta que pretendía llevar a la sede de la Subcomisión. Consistía en aumentar a 400 el número de diputados del Congreso, reducir a uno el mínimo de escaños por circunscripción, sustituir el método D'Hondt por el Sainte-Laguë y crear mediante los restos una «bolsa» nacional de votos para repartir los 50 nuevos escaños del Congreso. Para IU, una ventaja adicional de estas propuestas radicaba en que no era necesario modificar la Constitución, por lo que no debería pasar más de un año para la reforma. Y añadía que «ninguna formación política, ni estatal ni de ámbito nacionalista, resulta particularmente perjudicada por los cambios planteados, que sólo tienen por objeto adecuar los votos logrados por cada uno a la representación final que obtenga».<sup>30</sup> Esta defensa por parte de IU de la necesidad de cambiar el sistema electoral tuvo también cabida en el debate en el seno de la Comisión Constitucional acerca de la conveniencia de crear la ci-

tada Subcomisión al considerar su portavoz, Gaspar Llamazares, que esta reforma es «imprescindible» para mejorar la representatividad de la Cámara y garantizar su pluralidad tanto política como territorial.<sup>31</sup>

En abril de 2008, la principal dirigente y única diputada de UPyD, Rosa Díez, registró en el Congreso de los Diputados una proposición de Ley Orgánica de reforma de la LOREG.<sup>32</sup> De modo similar a la propuesta de IU, UPyD planteaba la ampliación del Congreso a los 400 diputados y la reducción a un diputado del número mínimo por circunscripción. Pero se separaba de IU al exigir también que se suprimiera el umbral legal del 3 por ciento en cada distrito. De forma un tanto sorprendente, en la proposición de ley no había previsión alguna sobre la fórmula electoral, por lo que en su caso seguiría utilizándose el método D'Hondt.<sup>33</sup> A pesar de que UPyD se ha quedado fuera de la Subcomisión sobre las posibles modificaciones del sistema electoral a causa de que la representación del Grupo Mixto le ha correspondido al Bloque Nacionalista Galego (BNG), la cuestión de la reforma electoral fue objeto de una pregunta oral al presidente del Gobierno el pasado 30 de septiembre por parte de Rosa Díez. En ella, la portavoz de UPyD interpelaba al jefe del ejecutivo acerca de las acciones que pensaba emprender el Gobierno para promover una nueva ley electoral «más representativa, justa e igualitaria».<sup>34</sup>

En fin, los argumentos defendidos por los partidos nacionalistas catalanes, vascos y gallegos estaban centrados en cuestiones diferentes a la reforma del sistema electoral del Congreso; y así, mientras que CiU y el PNV perseguían sustituir el actual distrito único en las elecciones al Parlamento Europeo por otro de circunscripciones autonómicas, el BNG se mostraba especialmente interesado en reformar el procedimiento de voto de los llamados residentes ausentes. Además, tanto la portavoz de CiU, Montserrat Surroca, como el del PNV, Aitor Esteban, reclamaban en el trámite de aprobación de la citada Subcomisión que cualquier reforma de la ley electoral contara con un amplio «consenso».<sup>35</sup>

## 5.2. EL INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO

Tras siete meses de trabajo, el texto final del Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral fue aprobado por la Comisión de Estudios el 24 de febrero de 2009 y puesto a disposición del Gobierno pocos días después, dentro del plazo que éste había señalado. A pesar de que el Informe aborda otras muchas cuestiones, aquí sólo se examinan las encaminadas a incrementar la proporcionalidad del sistema para las elecciones al Congreso

de los Diputados. Son, en síntesis, de dos grandes tipos.<sup>36</sup> En primer lugar, el Consejo de Estado constata las considerables diferencias relativas al número de votos necesarios para la obtención de un escaño en las diversas circunscripciones. Para tratar de solventar este problema, el Consejo de Estado aconseja reducir la representación mínima provincial de dos a un escaño y elevar el número de diputados del Congreso a 400. Sin duda, se trata de dos modificaciones de perfil relativamente bajo, ya que no requieren reforma constitucional, y que podrían gozar del tan manido consenso necesario para emprender un cambio en el sistema electoral. Si bien es cierto que la reducción del mínimo provincial podría contar con la oposición de los representantes de las circunscripciones menos pobladas, que verían reducida su presencia en la Cámara, la ampliación en 50 asientos del tamaño del Congreso de la que eventualmente vendría acompañada podría ayudar a vencer esta resistencia. Recordemos que esta cifra ya quedó fijada en 350 por la Ley para la Reforma Política en 1977, y que desde entonces no ha sufrido ningún cambio a pesar del considerable aumento de la población experimentado. En parte como consecuencia de este incremento, se ha originado la segunda *ratio* entre diputados y electores más baja de Europa,<sup>37</sup> y se ha configurado un Congreso con diez escaños menos de los que debería tener de acuerdo con la «ley de la raíz cúbica»<sup>38</sup> (Taagepera y Shugart 1989).

El segundo tipo de recomendaciones que realiza el Consejo de Estado en materia de incremento de la proporcionalidad trata de mejorar la correspondencia entre el número de escaños y el porcentaje de votos que consiguen algunas candidaturas. Además de la consabida reducción de la representación mínima provincial de dos a un escaño y de la elevación del número de diputados del Congreso a 400, el supremo órgano consultivo del Gobierno propone sustituir el método D'Hondt por otra fórmula de efectos más proporcionales. Teóricamente, la cuota Hare con fórmula de restos mayores parecería la candidata ideal, no sólo por los extraordinarios niveles de ajuste que produce entre el número de escaños y el porcentaje de votos de las candidaturas electorales, sino también por lo extendido que está su uso en las democracias europeas.<sup>39</sup> Sin embargo, es su carácter hiper-proporcional lo que nos hace concebir serias dudas sobre las posibilidades de introducción de este tipo de fórmula.

Por último, y en aras también a reducir las desviaciones de la proporcionalidad producidas por el sistema electoral, el Consejo de Estado propone asimismo implantar una distribución de restos a nivel nacional. Esta propuesta genera dudas tanto desde el punto de vista jurídico como desde el politológico. No está en nuestro ánimo entrar aquí a debatir sobre la consti-

tucionalidad de esta propuesta.<sup>40</sup> En cambio, nos parece más interesante evaluar las posibles ventajas e inconvenientes que podría conllevar una reforma de estas características. De un lado, hay que recordar que la existencia de este tipo de niveles compensatorios no es desconocida entre los países europeos, si bien la formulación exacta del Consejo de Estado no coincide con ninguna de las actualmente en vigor.<sup>41</sup> En general, es indudable el enorme potencial que entraña una reforma de estas características a la hora de reducir la desproporcionalidad del sistema actual. De hecho, la creación de una «bolsa» nacional de restos coincide con los diseños de IU, una de las formaciones políticas históricamente más perjudicadas por la falta de proporcionalidad de las reglas electorales. Sin embargo, y esto son las malas noticias para las formaciones minoritarias de ámbito nacional, esta reforma parece tener evidentes visos de no llevarse adelante.

Cabría apuntar al menos dos razones. Por la primera, el modo de cómputo de los restos que propone el Consejo de Estado dañaría gravemente los intereses de los partidos que copan en la práctica la distribución de escaños en la primera fase de asignación; y éstos no son ni más ni menos que el PSOE y el PP, esto es, las únicas formaciones con poder real para cambiar las instituciones electorales. Por la segunda, se abriría la puerta a la entrada en el hemiciclo de un numeroso grupo de partidos minoritarios con escaso respaldo popular y además con un considerable potencial atomizador de la composición de la Cámara. En este sentido, el Consejo de Estado (2009: 151) no ha dudado a la hora de proponer que concurran a esta etapa de asignación de escaños «todas aquellas candidaturas que cuenten con tales restos». Nosotros, en cambio, creemos que una propuesta más acorde con el alto grado de aceptación del régimen electoral vigente consistiría en, o bien establecer algún tipo de barrera legal que limitara el número de partidos concurrentes a la asignación de escaños por vía de los restos,<sup>42</sup> o bien pensar en otro tipo de mecanismo de compensación a nivel nacional.<sup>43</sup> De hecho, la creación de estos niveles superiores de asignación de escaños suele venir acompañada en el ámbito comparado de algún tipo de cláusula que limite la relación de partidos que pueden beneficiarse de la existencia de este tipo de mecanismo compensatorio.

## **6. CONCLUSIONES: REFORMAR O NO REFORMAR EN PERSPECTIVA COMPARADA**

¿Por qué se reforman los sistemas electorales? Más concretamente, ¿cómo se resuelve la aporía por medio de la cual los gobernantes se deciden

a cambiar las reglas que les han permitido ganar las elecciones? Richard Katz (2008) ha sistematizado las seis razones más comunes por las que los gobernantes deciden modificar las reglas electorales que les han aupado al poder. Van desde el intento de evitar una segura derrota electoral, la relevancia adquirida por actores no partidistas o las concesiones de partidos mayoritarios a otros menores para asegurarse su continuidad en el poder, hasta la miopía de los partidos gobernantes sobre las consecuencias de las reformas electorales, la consecución de objetivos a medio plazo como la modificación del sistema de partidos o el aseguramiento del apoyo parlamentario de otras fuerzas políticas para conseguir así la aprobación de algunas medidas legislativas. Existe, pues, un nutrido catálogo de situaciones en las que se produce una reforma de los sistemas electorales. Pero no parece que el sistema político español esté incurso en ninguna de ellas. Una eventual reforma del sistema electoral actual necesitaría contar en nuestro país con el apoyo de al menos uno de los dos principales partidos; y esto es extremadamente difícil que ocurra dadas las primas en términos de escaños que el sistema electoral de 1977 les ha otorgado desde siempre. Los terceros partidos de ámbito nacional carecen actualmente de la fuerza parlamentaria necesaria para impulsar algún tipo de modificación institucional en este sentido, y las iniciativas ciudadanas al respecto son tan débiles como variadas. A pesar de los sesgos conservadores del sistema electoral, un PSOE hipotéticamente en la oposición a partir de 2012 sabe que sería difícil encontrar un sistema electoral que resultara más favorable a sus intereses, y que a medio plazo la regulación actual no le impediría volver al gobierno. Además, este tipo de sesgos parecen haberse reducido en estos momentos, por lo que el PSOE se encuentra más cómodo aún si cabe con el sistema actual. Por último, y como ya hemos señalado, las reglas electorales actualmente vigentes han funcionado razonablemente bien al propiciar una moderada fragmentación partidista y al favorecer la formación de gobiernos estables y duraderos.

Las *lucres* del sistema electoral español no ocultan algunas de sus *sombras*. Entre estas últimas, merecen una especial atención sus considerables niveles de desproporcionalidad y de votos malgastados. Como ya hemos comprobado con anterioridad, el sistema electoral español sólo tiene de proporcional el nombre. Y es este desajuste entre el porcentaje de votos y de escaños conseguidos por cada candidatura electoral el que late en muchas de las propuestas de reforma que tratan de acercar el sistema español al polo de la proporcionalidad.

¿Ha sido la desproporcionalidad un factor decisivo para que las propuestas de reforma del sistema electoral en otros países llegaran a buen puerto?

La respuesta a esta pregunta es fundamentalmente negativa. En el contexto de democracias consolidadas, es cierto que las reformas en Islandia, en vísperas de las elecciones de 1959 y de 1987, y en Nueva Zelanda, en 1993, no pueden entenderse sin el importante componente desproporcional que presentaban los sistemas electorales anteriores. Pero también es cierto que para que finalmente se aprobaran fue necesaria la presencia de una coalición de partidos con el peso parlamentario suficiente. De ahí que se haya sostenido que el funcionamiento deficiente de un sistema electoral no es razón suficiente para que se emprenda su reforma (Shugart 2008a). Y de ahí también que Benoit haya podido escribir que (2007: 387)

Los sistemas electorales permanecerán estables cuando ningún partido o coalición de partidos con la capacidad para adoptar un sistema electoral alternativo logre mejorar sus objetivos (ya sea en escaños o en políticas) mediante un cambio de reglas. (...) Los sistemas electorales permanecerán intocables cuando las reglas restrictivas que gobiernan su modificación hagan difícil, demasiado costoso o prácticamente imposible el cambio de esas reglas [electorales] por los partidos interesados. (...) [Sólo] en casos excepcionales, el cambio del sistema electoral puede provenir de acontecimientos políticos inesperados como cambios de régimen, movimientos populares, realineamientos electorales o acontecimientos externos.

Existen dos motivaciones para que se decida adoptar un sistema electoral alternativo: las directas, que beben de las consecuencias mecánicas que se derivan del funcionamiento del nuevo sistema; y las indirectas, que consisten en el premio que los votantes otorgan a la fuerza o fuerzas políticas que abandonan el cambio de sistema. Si, como queda dicho, el sistema electoral actual en España es muy favorable a los intereses de PSOE y PP, la opinión pública no valora negativamente su funcionamiento y, además, no se entreen a corto plazo acontecimientos políticos excepcionales, no parece que su reforma tenga visos de producirse.

Este equilibrio relativo podría romperse en un hipotético futuro si se produjeran situaciones que puedan ser atribuidas por algunos partidos y por amplios sectores del electorado a deficiencias graves del sistema electoral. La primera de estas situaciones podría estar referida a la existencia de gobiernos minoritarios dependientes de partidos nacionalistas o regionalistas para la obtención de una mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados. Se trata de la forma de gobierno dominante desde los años noventa, puesto que ha sido la adoptada tanto por el PSOE entre 1993 y 1996 como por el PP entre 1996 y 2000 y de nuevo por el PSOE desde 2004. Hasta el momento, parece existir un acuerdo implícito por medio del cual se aceptaba la desproporcionalidad del sistema electoral a cambio de que produjera mayorías parlamen-

tarias suficientes, casi siempre relativas (con proporciones que han oscilado entre el 45 y el 50 por ciento del Congreso) y excepcionalmente absolutas (y siempre manufacturadas). Pero ese acuerdo podría romperse si fallara uno de los términos de la ecuación. Es decir, si se agravasen las condiciones de gobiernos minoritarios que no pueden coaligarse con partidos nacionales menores y que deben basar sus apoyos parlamentarios en partidos nacionalistas o regionalistas. Un agravamiento de esta dinámica, que afectaría a uno de los supuestos básicos de la denominada *governabilidad*, podría contribuir a una reconsideración del sistema electoral (Santamaría 1996). Pero entonces la discusión sobre su desproporcionalidad quedaría postergada ante la búsqueda de mecanismos que arrojen mayorías estables y en la medida de lo posible absolutas. Por el momento, esta situación ha dado lugar a críticas (por lo demás infundadas) sobre la relevancia sistémica alcanzada por los partidos nacionalistas o regionalistas como una consecuencia directa del sistema electoral vigente, que, al parecer, sobrerrepresentaría extraordinariamente a dichos partidos al concentrar sus apoyos electorales en unas cuantas circunscripciones, mientras que infrarrepresentaría también agudamente a los pequeños partidos nacionales que, como IU, se presentan en todas las circunscripciones, pero sólo obtienen representación en unas pocas. Aunque esto último sea cierto, mientras que, como ya hemos demostrado, lo anterior es rotundamente falso, en muchos medios políticos y periodísticos han abundado las propuestas arbitristas para impedir ambos supuestos, olvidando entre otras cosas la autonomía relativa del sistema de partidos con respecto al sistema electoral.<sup>44</sup>

La segunda situación que queremos señalar tampoco ha ocurrido todavía. Se trata de la posibilidad de que se produzca en España un resultado no monótono en próximas contiendas electorales por medio del cual el primer partido en número de votos no sea el que obtenga el mayor número de escaños.<sup>45</sup> En verdad, no cabe descartar que se den este tipo de resultados en un futuro cercano a la vista del creciente nivel de competitividad entre los dos grandes partidos, a pesar de que la reducción de los sesgos conservadores antes señalada parece apuntar en la dirección contraria. La existencia de resultados no monótonos se aparta, asimismo, de lo que cabría esperar de un sistema proporcional que con mayor o menor fidelidad refleje en el Parlamento los porcentajes de votos obtenidos por cada partido; de hecho, casi nunca se han dado en países con fórmulas de representación proporcional. Además, y como demuestra el caso de Nueva Zelanda, entre otros, estos episodios anómalos tienen como víctima a uno de los dos partidos con capacidad para cambiar las normas, lo que naturalmente puede reforzar su estrategia para hacerlo (Shugart 2008b). En el ámbito español, se han producido ya



resultados no monótonos en dos ocasiones con motivo de las elecciones al Parlamento de Cataluña. Si ocurriera algo similar en el Congreso de los Diputados, es probable que pudiera salir adelante alguna propuesta de reforma electoral que favorezca mediante primas adicionales al partido que gana en porcentaje de votos, pero queda segundo en términos de escaños (seguramente, el PSOE, dada la combinación de los sesgos mayoritarios y conservadores del sistema español). Además, es también posible que un episodio de estas características contribuyera a reforzar las habitualmente desinformadas preferencias de los ciudadanos, cuando existen, para cambiar las reglas electorales. Los resultados no monótonos tienden a ser considerados injustos por los ciudadanos, y una reforma electoral que intentara acabar con ellos sería bien valorada por los votantes.

Ya hemos señalado que España presenta unos niveles de desproporcionalidad sumamente elevados para un país que utiliza una fórmula de representación proporcional. Y también hemos apuntado que la escasa correspondencia entre los porcentajes de escaños y de votos obtenidos por los partidos no suele conllevar *per se* la modificación de las reglas electorales. Aun así, las simulaciones que hemos realizado introducen cambios en sentido proporcional en la actual regulación electoral, siempre moviéndose en los estrechos márgenes previstos por el artículo 68 de la Constitución. En todas ellas, la reducción en alguna medida del nivel de desproporcionalidad del sistema electoral se hace a costa de incrementar ligeramente el índice de fragmentación partidista en el Congreso de los Diputados. La sustitución del método D'Hondt por la cuota Hare es la modificación institucional que tendría un mayor impacto sobre la traducción en escaños de los resultados electorales. Por fuerzas políticas, IU sería la gran beneficiada de este tipo de reformas, y aumentaría su presencia en el Parlamento a costa de PSOE y PP. La distancia en número de escaños entre los partidos mayoritarios menguaría en casi todos los escenarios institucionales diseñados. A ello hay que añadir que el PSOE se quedaría más lejos de la mayoría absoluta en todas las simulaciones realizadas; o, dicho en otros términos, que sus gobiernos minoritarios lo serían todavía en mayor medida.

## Bibliografía

- AP [Alianza Popular]. *Manifiesto de Alianza Popular*. Madrid: 1976.
- AP [Alianza Popular]. *II Congreso Nacional de Alianza Popular*. Madrid: 1978.
- AP [Alianza Popular]. *IX Congreso Nacional de Alianza Popular*. Madrid: 1989.

- AZNAR, José María. *España: la segunda transición*. Madrid: Libros Códex, 1994.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. «Proporcionalidad inversa en la representación e inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Propuesta para una reforma». En RUBIO LLORENTE, F., y P. BIGLINO CAMPOS. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*. Madrid: Consejo de Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- BENOIT, Kenneth. «Electoral laws as political consequences: explaining the origins and change of electoral institutions». *Annual Review of Political Science*, 2007, 10, pp. 363-390.
- BOSCH, Agustí. «La problemática de la ley electoral vigente». Ponencia presentada en las XV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Mérida: 2008.
- CARRILLO, Santiago, y Simón SÁNCHEZ MONTERO. *Partido Comunista de España*. Madrid: Albia, 1977.
- CONSEJO DE ESTADO. «El informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General». En RUBIO LLORENTE, F., y P. BIGLINO CAMPOS. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*. Madrid: Consejo de Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- COX, Gary W. *Making votes count: strategic coordination in the world's electoral systems*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso «Sobre la reforma electoral». En RUBIO LLORENTE, F., y P. BIGLINO CAMPOS. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*. Madrid: Consejo de Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- GALLAGHER, Michael. «Proportionality, disproportionality and electoral systems». *Electoral Studies*, 1991, 10, pp. 33-51.
- GOLDER, Matt. «Democratic electoral systems around the world, 1946-2000». *Electoral Studies*, 2005, 24, pp. 103-121.
- GONZÁLEZ, Felipe, y Alfonso GUERRA. *P.S.O.E.* Bilbao: Albia, 1977.
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel. *20 años después. La Constitución cara al siglo XXI*. Madrid: Editorial Taurus, 1998.
- KATZ, R. S. «Why are there so many (or so few) electoral reforms?». En GALLAGHER, M., y P. MITCHELL. *The politics of electoral systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- LAAKSO, Markku, y Rein TAAGEPERA. «'Effective' number of parties: a measure with application to West Europe». *Comparative Political Studies*, 1979, 12, pp. 3-27.
- LAGO, Ignacio. «Rational expectations or heuristics? Strategic voting in proportional representation systems». *Party Politics*, 2008, 14, no. 1, pp. 31-49.

- LAGO, Ignacio. *El voto estratégico en las elecciones generales en España (1977-2000). Efectos y mecanismos causales en la explicación del comportamiento electoral*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2005.
- LAGO, Ignacio, y FERRÁN Martínez. «Incentivos distintos y comportamientos iguales: la fragmentación del sistema de partidos en las elecciones al Congreso y al Senado». *Revista de Estudios Políticos*, 2007, 135, pp. 159-178.
- LAGO, I., y J. R. MONTERO. «'Todavía no sé quiénes, pero ganaremos': manipulación política del sistema electoral español». *Zona Abierta*, número monográfico dedicado a los *Sistemas electorales*, editado por J.R. MONTERO e I. LAGO. Madrid: Zona Abierta, 2005.
- LIJPHART, Arend. *Sistemas electorales y sistemas de partidos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- LLERA, F. J. «Escenarios para una reforma en la composición y elección del Senado español». En RUBIO LLORENTE, F., y J. ÁLVAREZ JUNCO. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*. Madrid: Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- MASSICOTTE, Louis, André BLAIS y Antoine YOSHINAKA. *Establishing the rules of the game. Election laws in democracies*. Toronto: University of Toronto Press, 2004.
- MONTABES, Juan. *El sistema electoral a debate. Veinte años de rendimientos del sistema electoral español (1977-1997)*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas / Parlamento de Andalucía, 1998.
- MONTERO, J. R., y R. GUNTHER. «Sistemas 'cerrados' y listas 'abiertas': sobre algunas propuestas de reforma del sistema electoral español». En MONTERO, J.R. y otros. *La reforma del régimen electoral*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- MORENO, Cristina, y Pablo OÑATE. «Tamaño del distrito y voto estratégico en España». *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2004, 107, pp. 123-151.
- NORRIS, Pippa. *Electoral engineering. Voting rules and political behavior*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- NORRIS, Pippa. «Choosing electoral systems: proportional, majoritarian and mixed systems.» *International Political Science Review*, 1995, 18, no. 3, pp. 297-312.
- PANIAGUA, J. L. «¿Qué Senado? Reflexiones en torno a las propuestas de reforma». En PANIAGUA, J.L., y J.C. MONEDERO (eds.). *En torno a la democracia en España. Temas abiertos del sistema político español*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.
- PAU i VALL, Francesc. *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados del Parlamento*. Madrid: Aranzadi/Asociación Española de Letrados de Parlamentos, 1999.
- PCE [Partido Comunista de España]. *Noveno Congreso del PCE*. Barcelona: Crítica, 1978.

- PEDERSEN, Mogens N. «The dynamics of European party systems: changing patterns of electoral volatility». *European Journal of Political Research*, 1979, 7, pp. 1-26.
- PENADÉS, A. «Análisis del sistema electoral español en el marco de la representación proporcional». En PANIAGUA, J. L., y J. C. MONEDERO (eds.). *En torno a la democracia en España. Temas abiertos del sistema político español*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.
- PENADÉS, Alberto, e Ignacio URQUIZU-SANCHO. *La reforma del Senado*. Madrid: Fundación Alternativas, 2007 (Estudios de progreso, 27).
- PSOE [Partido Socialista Obrero Español]. *Programa electoral 1993: el programa de la mayoría*. Madrid: PSOE, 1993.
- RAE, Douglas W. «Análisis del sistema electoral español en el marco de la representación proporcional». En RAE, D. W., y V. RAMÍREZ. *El sistema electoral español. Quince años de experiencia*. Madrid: McGraw-Hill, 1993.
- RAE, Douglas W. *The political consequences of electoral laws*. 2ª ed., reimpr. New Haven: Yale University Press, 1971.
- RAMÍREZ, Victoriano, José MARTÍNEZ y María Luisa MÁRQUEZ. «Representatividad y gobernabilidad. Propuesta de modificación de la ley electoral». Manuscrito, Universidad de Granada, 2008.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, y José ÁLVAREZ JUNCO. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madrid: Consejo de Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- RUIZ-RUFINO, Rubén. *La reforma del sistema electoral español en las elecciones al Congreso de los Diputados*. Madrid: Fundación Alternativas, 2006 (Estudios de progreso, 19).
- SANTAMARÍA, J. «El debate sobre las listas electorales». En PORRAS NADALES, A.J. *El debate sobre la crisis de la representación política*. Madrid: Tecnos, 1996.
- SARTORI, Giovanni. *Comparative and constitutional engineering. an inquiry into structures, incentives, and outcomes*. 2ª ed. Londres: Macmillan, 1997.
- SARTORI, G. «Political development and political engineering». En MONTGOMERY, J. D., y A. O. HIRSCHMAN. *Public policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1968.
- SHUGART, M. S. «Comparative electoral systems research: the maturation of a field and new challenges ahead». En GALLAGHER, M., y P. MITCHELL. *The politics of electoral systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008a.
- SHUGART, M.S. «Inherent and Contingent Factors in Reform Initiation in Plurality Systems». En BLAIS, A. *To keep or to change first past the post?* Oxford: Oxford University Press, 2008b.
- TAAGEPERA, Rein, y Matthew Soberg SHUGART. *Seats and votes: the effects and determinants of electoral systems*. New Haven: Yale University Press, 1989.

## Referencias

- <sup>1</sup> Aunque menos numerosas y de forma más espaciada, también se han realizado propuestas para la reforma del sistema electoral del Senado, que quedarán fuera de este artículo. Pueden verse los trabajos recogidos en el libro de Rubio Llorente y Álvarez Junco (2006: 709 ss.), en especial el de Llera (2006), y Penadés y Urquizu (2007).
- <sup>2</sup> Mientras que los de *régimen electoral* se refieren de modo amplio a la regulación (normalmente jurídica) de todas las cuestiones relacionadas con el acto electoral, los de *derecho electoral* se aplican al repertorio de normas jurídicas destinadas a definir las cualidades del sufragio activo y pasivo, regular los distintos tipos de elecciones, reglamentar el desarrollo del escrutinio y establecer el régimen de recursos y garantías (Massicotte, Blais y Yoshinaka 2004).
- <sup>3</sup> Cf. en general Montero y Gunther (1994).
- <sup>4</sup> Para un análisis de este tipo, puede verse el debate entre Fernández-Miranda Campoamor y Bastida Freijedo contenido en el volumen dedicado al Informe del Consejo de Estado (2009) sobre la reforma electoral recientemente publicado.
- <sup>5</sup> Tanto las características de los elementos del sistema electoral como sus efectos se han examinado con mayor amplitud en Lago y Montero (2005: 306 ss.).
- <sup>6</sup> Aunque cabe denominar a esa desviación con los términos de proporcionalidad o desproporcionalidad, utilizaremos el segundo, siguiendo la recomendación de Lijphart (1995: 59), dado que los valores de todos los numerosos índices diseñados para medirla aumentan cuando lo hace la desproporcionalidad.
- <sup>7</sup> El índice de desproporcionalidad se calcula mediante la siguiente fórmula:  $ID = [\frac{1}{2} \sum (s_i - v_i)^2]^{1/2}$ , donde  $v_i$  es el porcentaje de votos que consigue cada partido, y  $s_i$  es el porcentaje de escaños; cf. Gallagher (1991).
- <sup>8</sup> Incidentalmente, es en estos distritos donde puede determinarse que un partido que no llegue a la mayoría absoluta de votos alcance, sin embargo, la mayoría absoluta de escaños, esto es, una mayoría *manufacturada o prefabricada*, como las obtenidas por el PSOE en las elecciones de 1982, 1986 y 1989, con proporciones de voto que oscilaban entre el 48,4 y el 39,9 por ciento, y por el PP en 2000, con el 44,5 por ciento.
- <sup>9</sup> Para una información mucho más completa de las reformas propuestas por los Grupos parlamentarios y los partidos desde 2004, véase el Anexo I del informe del Consejo de Estado (2009).
- <sup>10</sup> Por otro lado, hay que destacar que no existe referencia alguna a la reforma del sistema electoral en sentido estricto en los programas de 2008 de CiU, Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), Bloque Nacionalista Galego (BNG) y Coalición Canaria-Partido Nacionalista Canario-Partido de Independientes de Lanzarote (CC-PNC-PIL).

- 11 Desde los años noventa, y con ocasión de los discursos de investidura, algunos candidatos a presidente de Comunidades Autónomas han defendido modificaciones sustanciales en mayor o menor medida del sistema electoral vigente, unas propuestas que han carecido de recorrido alguno.
- 12 Declaraciones de José María Aznar en *El Mundo*, 26 de marzo de 1995. En el libro de Aznar (1994), no existe referencia alguna al sistema electoral.
- 13 Estos programas están recogidos en la *web* del PP ([www.pp.es](http://www.pp.es)).
- 14 Estos programas están recogidos en la *web* del PSOE ([www.psoe.es](http://www.psoe.es)).
- 15 Como en los otros casos, los programas electorales de IU recientes pueden encontrarse en su *web* ([www.izquierda-unida.es](http://www.izquierda-unida.es)).
- 16 Estos documentos se encuentran en la *web* del partido ([www.upyd.es](http://www.upyd.es)).
- 17 Existen ya muchos trabajos que recogen las distribuciones hipotéticas de escaños entre los partidos utilizando diferentes combinaciones de los principales elementos del sistema electoral español; pueden verse, entre muchos otros, los más recientes de Bastida Freijedo (2009), Bosch (2008), Ramírez, Aroza y Márquez (2008) y Ruiz-Rufino (2006). La gran novedad que presentan todos ellos es la de acabar con el carácter exclusivo que reviste la distribución de escaños a nivel provincial, bien introduciendo circunscripciones a nivel autonómico, bien implementando algún tipo de mecanismo compensatorio a nivel nacional.
- 18 No podemos dejar de llamar la atención sobre este punto porque en la práctica supone desposeer al PP del poder de veto del que disfrutaría en caso de reforma constitucional.
- 19 No se han analizado ni la modificación de la barrera legal, ni los cambios en el método de cálculo de los escaños que corresponden a cada circunscripción por su escasa efectividad a la hora de incrementar los niveles de proporcionalidad del sistema.
- 20 El entonces coordinador general de IU, Gaspar Llamazares, fue fotografiado en su escaño portando un gran cartel en el que decía que «Esta ley electoral es un fraude. ¡Reforma ya!». Durante las negociaciones del proceso de investidura de José Luis Rodríguez Zapatero, Llamazares condicionó su voto al cambio del sistema electoral, mientras que el PSOE se comprometió sólo «a abrir una reflexión sobre la reforma de la Ley Electoral» (en *El País*, 3 de abril de 2008).
- 21 Afectaban al establecimiento de circunscripciones electorales de ámbito autonómico para las elecciones al Parlamento Europeo (CiU), al reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en España (ERC-IU-Iniciativa per Catalunya Verds [ICV]), a la participación política de las Fuerzas de Seguridad de carácter civil (ERC-IU-ICV), a la realización de campañas de carácter institucional durante el período electoral (ERC-IU-ICV), a las campañas de incentivación del voto y a la homogeneización del procedimiento de voto para los españoles residentes en el extranjero (Grupo Popular y Grupo Mixto); cf. *Bo-*

*letín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie B. Propositiones de ley*, 25-1, 62-1, 95-1, 96-1, 103-1 y 124-1.

- <sup>22</sup> Como se verá, fue presentada por Rosa Díez, de UPyD, integrada en el Grupo Mixto; cf. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie B. Propositiones de ley*, 99-1.
- <sup>23</sup> Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. IX Legislatura*, 68, 5 de septiembre de 2008; *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie D. General*, 64, 15 de septiembre de 2008.
- <sup>24</sup> Como se recoge en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie D. General*, 28, 6 de junio de 2008, p. 4, el objeto de la Subcomisión «será el estudio de las propuestas que al respecto formulen los grupos parlamentarios y la elaboración de un informe de conclusiones que será elevado a la Comisión Constitucional para su debate y aprobación». En realidad, esta iniciativa provenía de una proposición no de ley aprobada en el Pleno del Congreso el 19 de abril de 2005, que no llegó a implementarse y que fue reactivada parlamentariamente poco después de las elecciones de 2008.
- <sup>25</sup> Cf. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie D. General*, 268, 8 de octubre de 2009.
- <sup>26</sup> Entre esas modificaciones se propone la reducción del derecho de voto de los españoles en el extranjero y la inclusión de publicidad electoral en las cadenas privadas de televisión; cf. *El País*, 1 de julio de 2010.
- <sup>27</sup> Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. IX Legislatura*, 68, 5 de septiembre de 2008, p. 5.
- <sup>28</sup> Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. IX Legislatura*, 68, 5 de septiembre de 2008, p. 4.
- <sup>29</sup> Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. IX Legislatura*, 63, 30 de julio de 2008, p. 3.
- <sup>30</sup> Recogidas en <http://reformaelectoral.blogspot.com/>, 8 de mayo de 2008.
- <sup>31</sup> Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. IX Legislatura*, 68, 5 de septiembre de 2008, p. 3.
- <sup>32</sup> En *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie B. Propositiones de ley*, 99-1, 25 de abril de 2008.
- <sup>33</sup> Además, en la misma proposición de ley se instaba al Gobierno a iniciar la tramitación de un proyecto de ley de reforma de la Constitución que modificara su artículo 68.2 y estableciera que la circunscripción electoral fuera la Comunidad Autónoma para 198 diputados, que las poblaciones de Ceuta y Melilla estarían representadas por un diputado cada una de ellas y que los 200 Diputados restantes se elegirían en una única circunscripción de carácter nacional entre aquellas candidaturas que hubieran obtenido votos válidos emitidos en un conjunto de Comunidades Autónomas que sumen al menos el 65 por 100 de la población oficial de España.

- <sup>34</sup> Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. IX Legislatura*, 109.
- <sup>35</sup> Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. IX Legislatura*, 68, 5 de septiembre de 2008, pp. 3-4.
- <sup>36</sup> Quedan así fuera las siguientes cuestiones: primera, la ampliación del derecho de sufragio de los extranjeros residentes en España; segunda, el perfeccionamiento del sistema para el ejercicio del derecho de sufragio por parte de los españoles residentes en el extranjero; tercera, el desbloqueo y eventual apertura de las listas; cuarta, la creación de circunscripciones de ámbito autonómico para las elecciones al Parlamento Europeo; quinta, las diversas modificaciones en el sistema de las elecciones locales y en particular del sistema de elección de alcaldes; y sexta, la corrección de algunos defectos percibidos en las normas que regulan la confección del censo electoral y las campañas electorales, a fin de prevenir posibles fraudes o situaciones de desigualdad entre los partidos participantes, así como la utilización de nuevas tecnologías.
- <sup>37</sup> La más baja es la de Alemania, cuyo Bundestag aumentó considerablemente en 1990 tras el incremento de los electores a representar con la Reunificación, pero no lo suficiente.
- <sup>38</sup> De acuerdo con estos autores, el tamaño de un Parlamento no es fijado arbitrariamente sino que tiende a aproximarse a la raíz cúbica del número de personas que habitan en un país. En España, esta regularidad cuantitativa parece haberse cumplido *grosso modo* hasta hace escasas fechas, cuando las dimensiones del Congreso han pasado a estar ligeramente por debajo de la raíz cúbica del tamaño de su población. Por ejemplo, la raíz cúbica para una población en el año 2009 de 46.661.950 es de 360. *Fuente*: Instituto Nacional de Estadística.
- <sup>39</sup> Sólo a título de ejemplo, cabe citar los casos de Alemania, Austria, Eslovenia o Rumanía.
- <sup>40</sup> En este sentido, Fernández-Miranda y Campoamor (2009: 687) sostiene que sería «sumamente discutible» que la atribución de escaños a nivel nacional no necesitase de una reforma constitucional.
- <sup>41</sup> De acuerdo con la base de datos de Golder (2005), los once países europeos que tenían en vigor en el año 2000 un sistema electoral de dos o más niveles conectados eran los siguientes: Austria, Bélgica, Chequia, Dinamarca, Estonia, Grecia, Islandia, Malta, Noruega, Rumanía y Suecia.
- <sup>42</sup> En este sentido, podría optarse por computar sólo los restos de aquellos partidos que han obtenido representación parlamentaria en la primera fase de la asignación de escaños, o que han conseguido un cierto porcentaje de voto, ya sea a nivel provincial o nacional.
- <sup>43</sup> El peligro de caer en un problema de inconstitucionalidad con una solución de estas características es más que evidente.



- <sup>44</sup> Por el momento, la última ocasión en la que han aparecido esas propuestas fue tras las elecciones autonómicas de Galicia de 2005 y las autonómicas y municipales de 2007. El hecho de que en las primeras el PSOE y el BNG formaran un gobierno de coalición en detrimento del PP, que se había quedado a unos pocos miles de votos de la mayoría absoluta, y de que en las segundas ocurriera algo similar en Cantabria y Baleares llevó al PP a anunciar reformas que pretendían conceder el gobierno sólo a los partidos que hubieran obtenido el mayor número de votos o logrado al menos el 30 por ciento de ellos. Además, los apoyos conferidos por los partidos nacionalistas y regionalistas al gobierno minoritario de José Luis Rodríguez Zapatero motivaron las propuestas de nuevas reglas electorales para evitar, como señalaba Eduardo Zaplana, portavoz del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados, que «partidos que defienden intereses territoriales (...) [condicionen] permanentemente las decisiones que afectan al conjunto de los españoles». En esta última línea, el PP ha estado acompañado por las opiniones similares de Juan Carlos Rodríguez Ibarra, presidente de Extremadura entre 1983 y 2006. Cf. *El País*, 21 de diciembre de 2005, 17 de enero de 2006 y 13, 14 y 19 de julio de 2007.
- <sup>45</sup> Una cuestión obviamente distinta es que el primer partido en número de votos y/o de escaños no logre formar gobierno, un resultado que es relativamente frecuente en las democracias parlamentarias. Es el caso, por ejemplo, de las elecciones en Israel de 2009.



# LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS EUROPEOS FRENTE AL SIGLO XXI

FERNANDO REVIRIEGO PICÓN  
Profesor Titular de Derecho Constitucional  
UNED

FAUSTINO GUDÍN RODRÍGUEZ -MAGARIÑOS  
Magistrado  
Doctor en Derecho. Licenciado en Criminología

1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS REGLAS PENITENCIARIAS EUROPEAS. 3. CÁRCEL Y MARGINACIÓN SOCIAL. 4. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL RECLUSO BAJO EL CERCO CARCELARIO. 5. LA MASIFICACIÓN DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS. 6. LA PARTICULAR PROBLEMÁTICA DE LAS MUJERES RECLUSAS. 7. SALUD MENTAL Y CENTROS PENITENCIARIOS. 8. LAS ALTERNATIVAS A LA RECLUSIÓN Y LA REVOLUCIÓN TELEMÁTICA. 9. LAS TENDENCIAS PRIVATIZADORAS. 10. LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA. 11. CONCLUSIONES.

## RESUMEN

El análisis de la situación de los diferentes sistemas penitenciarios europeos revela la existencia de numerosas carencias: masificación, hacinamiento, falta de medios materiales y personales, conflictividad, ausencia de confianza en el sistema, etc. Esta situación resulta común a la totalidad de los sistemas continentales, por más que existen notables diferencias entre unos y otros especialmente significativas en el caso de algunos de los países incorporados a la Unión en los últimos años.

## ABSTRACT

We are going to study the main problems of the European penitentiary system. As a matter of fact, it's very difficult to talk about a unique system; every country has its own idiosyncrasy structure and its own goals. However, all the systems are directed to the get the resocialization. Nevertheless, in Europe we have a concept of

resocialization very different to the other places all over the world. We try to adjust this concept to the human Rights. We don't look for alters residents' personalities of the penitentiary institution through deliberate manipulation of their environment. On the other hand, we try to offer a chance for changing and building a new style of life inside and outside of prisons. The process includes learning new norms and positive values that are very different from those associated with the criminal environment in which the person was raised, but this process must be voluntary like an option, not like a duty. We perceive that on the other side of the prison, there are a lot of people with huge problems: destructured families, addictions (to alcohol or drugs), mental health and disability, educational problems, unemployment, etc. We perceive that the prison hide serious social problems that could produce social maladjustment. The way is to approach to the problem case by case. With regard to intervention, the majority of penitentiary programs try to approach the convicted to his environment but supervising his behavior and giving him new options to change his style of life. Therefore, the new technologies could support to resocialization because we might possibly get new opportunities to the prisoners for living with more freedom but with electronic monitoring. Expanding range of new opportunities (associated with a personal contact with the conditional officer and social assistant) we could build a new age on the penitentiary system more human and kind. Consequently, this work deals with widespread penitentiary issues in European prisons, leaded by the overcrowding of prisons. The ongoing increase of the number of inmates, the deficient infrastructures, the high number of inmates with mental illnesses, and/or the elevated percentage of foreign inmates determine that the prison system is not capable to accomplish one of its more important goals: the prisoners' rehabilitation. In that situation, the only expected, positive and plausible ambition would be at least not to increase prisoners' desocialization, a common consequence of incarceration pointed out in most of the prison literature.

*Palabras clave:* Prisión, Exclusión social, Masificación, Salud mental, Alternativas a la reclusión.

*Keywords:* Prison, Social exclusion, Overcrowding, Mental health, Alternatives to the prison.

## 1. INTRODUCCIÓN

La nueva Europa pretende erigirse como un faro que sirva de guía a todas las democracias avanzadas; en ese contexto, el ámbito penitenciario, como lugar que refleja el mayor grado de marginalización social, parece un adecuado termómetro al que se recurre para evaluar el progreso en el marco de la defensa de los derechos fundamentales. Mas el grado de desarrollo social está en buena medida vinculado a las posibilidades económicas de los Estados que

configuran la Unión Europea, al grado de compromiso con ciertos ideales, y de madurez y normalidad democrática. Paulatinamente, Europa ha atesorado una serie de prácticas y métodos de corte jurídico enfocadas a la hora de resolver civilizadamente los problemas que va generando su devenir como colectivo humano.

Junto a los altos propósitos, en la materia penitenciaria convergen numerosas variables difíciles de encauzar de un modo armónico: los sentimientos vindicativos de la población, la inseguridad y necesidad de control, las necesidades electoralistas de los grupos que ansían llegar al poder, el sentimiento de insatisfacción y desgaste en la defensa de los derechos fundamentales, las desigualdades sociales y las necesidades hedonistas de una sociedad de consumo, etc. Todos estos factores confluyen en un panorama complejo cargado de tensiones. Bajo este contexto, el Derecho penal (y el Derecho penitenciario como su necesario acólito) viene a ejercer un papel simbólico y se inocula en la población la ilusoria idea, auténtico espejismo, de que la vara penal puede servir como un instrumento útil para resolver los problemas básicos derivados de la convivencia; mas, en realidad, sólo puede ser utilizado para maquillar sus más dolorosas consecuencias.

La masificación penitenciaria que se está produciendo a nivel global es una secuela de un mundo que avanza tecnológicamente a un nivel más veloz que las estructuras organizativas que lo gobiernan. Pero, junto a todos estos desajustes, lejos de inclinarnos ante posturas fatalistas, también existen factores que nos permiten vislumbrar el futuro con cierto halo de esperanza, pues en esta sociedad de riesgos, con todas sus endémicas trabas también existen voces que buscan lograr marcos más inteligentes y racionalizados de convivencia.

Los derechos fundamentales que cimientan la Unión, son valores positivos que trascienden de los ecos autoritarios negativos que buscan la dureza y el control para marginalizar al hombre. Es posible y factible imaginar un mundo mejor, pero para ello es necesario realizar un análisis pormenorizado de cada institución, intentando diseccionar qué debe sobrevivir y qué aspectos constituyen rémoras arcaicas, obsoletas y arbitrarias que es preciso erradicar. El submundo carcelario proviene de otro cosmos más amplio sobre el que los Gobiernos, en la mayor parte de las ocasiones, no han sabido o querido actuar. Hablamos de un caldo de cultivo, potencialmente criminógeno, habitado por individuos marginalizados por numerosos factores (sociales, de salud mental, derivados de adicciones a las drogas y al alcohol, etc.). La institución penitenciaria es un ámbito donde han recaído tanto críticas absolutamente destructivas de carácter abolicionista como posturas de de-

fensa de los sistemas más brutales de reacción. Entre ambas posturas, surgen otras intermedias y es aquí donde recae nuestro análisis buscando otras respuestas racionales y acordes a los derechos fundamentales, no despreciando en ningún caso los eventuales beneficios que la nueva era tecnológica ha traído consigo.

Nunca hemos de olvidar que el sistema carcelario, ya desde sus inicios tras las cenizas de las guerras napoleónicas, ha presentado una imagen de «crisis» permanente<sup>1</sup>. El hecho de que haya sobrevivido estos dos siglos viene a significar según la Exposición de Motivos de nuestra ley penitenciaria que nos encontramos ante un «mal necesario». Este postulado nos indica que hay que optimizar las alternativas, siempre que las mismas cubran los mínimos de seguridad que la sociedad demanda.

Desde Ulpiano y sus *tria iura praecepta* nuestra concepción de Justicia pasa por adaptar y acoplar la norma a cada caso y no los casos a la norma inflexible, es decir en la máxima *suum cuique tribuere*. El derecho penitenciario busca alcanzar resultados positivos mediante el sistema de la individualización científica<sup>2</sup> orientado a adaptarse a la situación del afectado. Esto sólo resulta posible mediante un análisis casuístico incompatible tanto con prisiones masificadas como con reglas rígidas e inflexibles que anteponen la institución a las necesidades de los sujetos afectados.

## 2. LAS REGLAS PENITENCIARIAS EUROPEAS

Bajo una óptica garantista, la primera conquista internacional en aras a conseguir un *mínimum* normativo en esta materia, lo representaron las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, de 30 de agosto de 1955. En aras a la búsqueda de la universalidad y a alcanzar el mayor grado de aceptación se optó por un modelo de carácter programático que en muchos casos no permitía convertir su contenido en un compromiso político penitenciario de los países a los que iba destinado. Sin embargo, este complejo de postulados no se adaptaba a las mayores exigencias de la Europa desarrollada que se consideraba mucho más escrupulosa con el respeto a los Derechos fundamentales. Fue en este contexto, el de la precariedad y la insuficiencia, en el que se impulsó que en enero de 1973, el Consejo de Europa diera un paso más y dictará la Recomendación nº R (87) del Comité de Ministros sobre las Reglas Penitenciarias europeas (reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos).

Al hilo de esta normativa, comenzaron a aparecer un conjunto de *compendios* normativos penitenciarios avanzados<sup>3</sup>: así cabe citar la ley peniten-

ciaria sueca en 1974, la italiana en 1975, la alemana en 1976 y la portuguesa y española ambas de 1979. El hilo conductor de esta normativa era una subordinación de toda la estrategia penitenciaria bajo el axioma de la resocialización, aunque entendida ésta no bajo los patrones conductistas norteamericanos<sup>4</sup>, sino como una posibilidad que se otorga al interno penitenciario de ampliar sus horizontes incorporando nuevos roles que le adapten a los márgenes de vida en sociedad<sup>5</sup>.

Como refiere Nistal Burón<sup>6</sup> la actividad penitencia comporta una doble finalidad: por un lado, la de reeducación y reinserción, aparece como principal para los internos penados, y, por otro, la de retención y custodia. Mas si los aspectos tratamentales son esencialmente voluntarios, los regimentales son marcadamente imperativos y forzosos, en consecuencia, la materia penitenciaria parece poseer una naturaleza esquizofrénica que la doctrina se ha encargado convenientemente de ensalzar<sup>7</sup>.

Aunque un numeroso frente doctrinal ataca el postulado resocializador configurándolo como un «peligroso mito»<sup>8</sup>, la aceptación de la resocialización parece compatible con la idea de «mejora cualitativa en la existencia del infractor», no como objetivo, sino como tendencia en un Estado Social. En este sentido, cierta doctrina<sup>9</sup> ha promovido en nuestro país una rehabilitación centrada, más que en el sujeto como infractor, en el «hombre integral», en beneficio simultáneo de éste y de la sociedad.

Tras la primera reforma acaecida en 1987, la nueva versión de las Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa fue aprobada en enero de 2006<sup>10</sup> (relativa a la ejecución de la pena privativa de libertad), la nueva normativa asume y es consciente de las críticas concernientes al presunto fracaso de las pretensiones resocializadoras y a las tendencias institucionalizadoras que aparecían como indiscutibles en otra épocas. Por otro lado, se busca procurar un marco normativo positivo que confiera derechos concretos.

Entre la segunda y la actual versión de las Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa fueron aprobadas buen número de recomendaciones del Comité de Ministros relativas a la política y práctica penitenciaria en diferentes materias; así, sobre educación, control de enfermedades y problemas de salud, personal penitenciario, etc.<sup>11</sup>.

Pórtico de las Reglas (en esta última versión) son nueve principios fundamentales que inciden esencialmente en el mantenimiento y respeto de los derechos de los reclusos sobre la base del principio de reinserción y la adaptación, en la medida de lo posible, de la vida en prisión a los aspectos positivos de la vida en el exterior; normalización en la expresión utilizada por Mapelli Caffa-

rena<sup>12</sup>, y que trata de eludir las connotaciones autoritarias y manipuladoras que pudiera comportar la expresión<sup>13</sup> especialmente la acepción constitucional de reeducación, que entre adultos resulta notoriamente inapropiada. Como apunta este autor, en consonancia con las previsiones de reinserción «la cárcel debe ser un reflejo de la sociedad libre. No hay razón para que la vida dentro de una prisión se trate de prisionalizar y, sin embargo, si existen muchos argumentos a favor de su normalización social», siendo elemento determinante para ello «reforzar unas relaciones fluidas sociedad / prisión».

Prescindiendo, en parte, de la idea de la resocialización, se busca más modernamente la normalización penitenciaria<sup>14</sup>. De esta forma, la Regla 5ª («La vida en la prisión se adaptará en la medida de lo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión») se convierte en el auténtico eje en torno al cual deben resolverse los grandes y los pequeños problemas de la ejecución penitenciaria.

Con relación a la anterior versión de estas reglas llama la atención, entre otras cuestiones, el proceso de personificación que se produce («Las personas privadas de libertad deben ser tratadas en el respeto de los derechos del hombre» -Regla 1ª-) así como la desaparición de sus principios fundamentales de la finalidad reinsertadora hasta este momento contenido en la regla tercera. Para Téllez Aguilera esta desaparición o abandono de la finalidad reinsertadora sería fruto de la concurrencia de diferentes elementos entre los que cabría destacar, en el marco de una crisis de la ideología del tratamiento penitenciario, la falta de concreción de los fines asignados al mismo o el caótico panorama de los medios a aplicar así como la falta de evaluación del fruto del trabajo<sup>15</sup>.

Con una perspectiva, ciertamente crítica, refiere este autor que la aprobación de la nueva versión de las Reglas Penitenciarias no ha sido fruto en modo alguno de la mejor ciencia penitenciaria sino por el contrario del «pulso tembloroso de políticos timoratos» articulándose un texto que converge alrededor de dos elementos diferenciados, la «potenciación regimental» y la «relativización de derechos y garantías»; la «huella del Derecho Penal del enemigo ha llegado al humanista Consejo de Europa, ahora totalmente des preocupado de los temas tratamentales»<sup>16</sup>.

En el seno de la Unión Europea, y en conjunción con la actuación del Consejo de Europa, es importante apuntar que la deficitaria situación de los sistemas penitenciarios ha llevado a proponer, por más que no parece viable en modo alguno a medio plazo, la articulación de una Carta penitenciaria



europea común a todos los países del Consejo de Europa, sobre la base de una contribución común de los Estados miembros de la Unión.

La Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo así lo recomendó en su Informe sobre los detenidos en la Unión Europea<sup>17</sup>.

Dicha Carta, según se proponía en dicho Informe, habría de incluir normas precisas y obligatorias para los Estados miembros relativas tanto al momento de la detención como al de la reclusión *stricto sensu*.

Así, por ejemplo, cuestiones relativas a las actividades de reeducación, instrucción, rehabilitación y reinserción social y profesional, a la separación de detenidos en función de las categorías, a las comunicaciones, acceso a la información, sanidad o a la propia formación del personal penitenciario.

Y de igual forma la adopción de iniciativas a escala de la Unión para garantizar a los diputados individuales la prerrogativa de visitar e inspeccionar los lugares de detención así como a los diputados europeos en el territorio de la Unión y la reestructuración y modernización de los centros.

Mucho más recientemente podemos apuntar igualmente la Recomendación del Parlamento Europeo, de mayo de 2009, destinada al Consejo, con relación al desarrollo de un espacio de justicia penal en la Unión Europea, en donde se apunta que al tener que estar basado éste en el respeto de los derechos fundamentales debe adoptarse sin dilación medidas para establecer normas mínimas sobre las condiciones de detención y prisión y un conjunto común para la Unión Europea de derechos de los detenidos.

Anteriormente, la Resolución del Parlamento Europeo de hace una década sobre las condiciones carcelarias en la Unión (organización y penas de sustitución) donde, sobre la base de la preocupación por «las muy desfavorables condiciones que siguen existiendo en un gran número de centros penitenciarios europeos» se solicita a los Estados miembros la aplicación íntegra de «las disposiciones de las normativas penitenciarias del Consejo de Europa, en particular, las relativas a las exigencias mínimas de salubridad» y asimismo la previsión de «posibilidades de trabajo y de actividades formativas en estos establecimientos con el fin de preparar la vuelta de los presos a la vida civil, que tengan en cuenta su entorno familiar, y que protejan su salud, en particular, frente al sida y a las toxicomanías» y que «las medidas alternativas a la prisión y las penas de sustitución sean objeto de una concertación permanente entre los profesionales en los Estados miembros»; o la casi coetánea sobre las malas condiciones de detención de las cárceles de la Unión por la

que se solicitaba que los Estados hicieran todo lo posible para la aplicación de las Normas Mínimas del Consejo de Europa en todas las cárceles, pidiendo asimismo de forma más específica la no aplicación de tratos humillantes ni vejaciones a las mujeres encarceladas.

En esa misma estela hay que destacar la propia actuación desarrollada desde la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en orden a lo apuntado anteriormente: la articulación de una Carta Penitenciaria Europea en conjunción con la Unión Europea; así, en 2004 cabe citar la Recomendación 1.656 relativa a la situación de los reclusos en Europa donde se planteaba esta recomendación; también podemos citar la Recomendación 1.747 de 2006 que ha retomado esta cuestión por causa de la preocupante situación de las prisiones en buena parte de los países europeos. Se pretende de esta manera involucrar a la Unión Europea en el diseño de la carta con la participación del Parlamento Europeo y la Comisión. Junto a ello se apunta la posibilidad de articular un observatorio de prisiones.

No obstante, como ya hemos referido, no parece tener viabilidad alguna a día de hoy por la inexistencia de consenso en la materia como así se ha puesto de manifiesto recientemente al hilo de algunas preguntas parlamentarias.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa todo este acervo garantista aparece incardinado, como Derecho positivo en el Derecho de la Unión. Así el art.6.3 establece que: «el artículo 6 del nuevo Tratado de la Unión Europea (mismo número en la versión consolidada) (artículo 1§8 del Tratado de Lisboa): «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

### 3. CÁRCEL Y MARGINACIÓN SOCIAL

La idea de que la población carcelaria se recluta como un fracción de un detritus humano que la sociedad capitalista va generando por su propia dinámica de funcionamiento, como un elemento necesario para que los grupos dominantes alcancen su objetivo, proviene del siglo XIX, ya desde los primeros albores del capitalismo. No hemos de olvidar que la cárcel no custodial<sup>18</sup> y el capitalismo aparecen coetáneamente tras las cenizas de las guerras napoleónicas.

Aunque equiparar sin más delito con pobreza es un ejercicio simplista de maniqueísmo lo cierto es que la correlación entre estos dos factores es una variable que no es posible dejar de lado y resulta preciso analizar.

Se ha señalado hasta la saciedad, pero no debemos olvidarlo, que el sistema penal recluta su clientela de modo preferente entre las franjas menos cualificadas de la clase trabajadora<sup>19</sup>, proceso de selección que se agudizaría incluso en los sujetos a régimen cerrado, de esta forma, la cárcel como dispositivo excluyente centra su actuación sobre los grupos excluidos y genera más exclusión<sup>20</sup>.

Bajo ciertas corrientes criminológicas (como el labelling approach<sup>21</sup>) se enfatiza cómo el proceso de criminalización y descriminalización aparece diseñado de arriba hacia abajo, en perjuicio de la voluntad general y de las costumbres consagradas por la sociedad; los intereses de las autoridades gubernamentales son conducidos a través de las campañas publicitarias, al encubrir las causas reales del fracaso de la administración del sistema penal. Los objetivos principales e inmediatos del proceso de descriminalización, siempre están volcados a aligerar la sobrecarga del sistema punitivo, y generar determinada impunidad, o apariencias artificiales de control y de Justicia igualitaria, a retroalimentar los factores de marginación sobre los que se asientan diversas cultura alineadas.

Como se puso de manifiesto en el Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea «Las cárceles están llenas de hombres y mujeres con ingresos a menudo muy inferiores a los fijados por el umbral de pobreza, analfabetos o con poca instrucción, sin empleo estable, sin referencias morales o cívicas, que han perdido los vínculos familiares o afectivos y que, a menudo, incluso antes de convertirse en delincuentes, son ya víctimas de la delincuencia. Una aplastante mayoría (noventa y cinco por ciento) de los presos presenta al menos tres de los cinco criterios citados anteriormente. Se diría que la sociedad los castiga por actos contra los que no ha sabido protegerlos cuando ellos mismos han sido víctimas»<sup>22</sup>.

#### **4. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL RECLUSO BAJO EL CERCO CARCELARIO**

Como sostiene Tamarit Sumalla<sup>23</sup>, la naturaleza de la prisión como «institución total» (a la par que voraz), acaba imponiendo su propia lógica, según la cual el individuo debe adaptarse a un medio diferente al del mundo exterior, hecho que comporta una desocialización respecto del medio que des-

pués tendrá que volver. No es lo mismo ser un buen preso que ser un buen ciudadano. Concepción Arenal, ya en 1891, recelaba de los «buenos presos», seres serviles y sumisos en prisión que cuando volvían a la sociedad volvían a su antiguo rol delincencial.

Junto a ello, otra cuestión relevante: resocialización vs. desocialización<sup>24</sup>. Quizá, siendo realistas, el objetivo de las prisiones sería ya no resocializar (por imposible) sino aspirar a que las sanciones penales y, especialmente la pena privativa de libertad, no desocialicen más a la persona que queda sometida a ella<sup>25</sup>.

El Centro penitenciario que opera como «un mecanismo excluyente por excelencia, a los que afluyen los grupos más excluidos y marginales de nuestra sociedad que, lejos de reducir la exclusión social, no hace sino colaborar activamente a consolidarla, intensificarla y reproducirla día tras día»<sup>26</sup>.

La reclusión, en ese entorno anormal que suponen los centros penitenciarios, conlleva habitualmente, entre otros efectos, la ausencia de control sobre la propia vida, estado permanente de ansiedad, ausencia de expectativas de futuro, ausencia de responsabilidad, pérdida de vinculaciones o alteraciones en la afectividad<sup>27</sup>; en palabras de Ríos Martín y Cabrera Cabrera, estamos ante un medio de carácter esencialmente antiterapéutico, enormemente desequilibrador y estresante<sup>28</sup>. El denominado efecto de prisionización, concebido como la «habituaación del recluso a una serie de usos y costumbres propios del entorno carcelario, parece integrar todas estas consecuencias principalmente perjudiciales para la salud mental del recluso»<sup>29</sup>.

La prisión, sobre todo en el caso de estancias prolongadas, suele comportar que la persona vaya perdiendo todas sus referencias existenciales (trabajo, familia, amigos y demás vínculos o referencias sociales)<sup>30</sup>.

Para Manzanos la ruptura del círculo vicioso drogodependencia, cárcel y marginación precisa medidas que atenúen las condiciones de exclusión social, la creación de itinerarios en cada área de forma integrada, sanitaria, educativa, laboral, social, judicial pero fundamentalmente en drogodependencia<sup>31</sup>.

## 5. LA MASIFICACIÓN DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS

Como refiere Larrauri Pijoan<sup>32</sup> la masificación comporta un triple halo de consecuencias. De un lado, comporta que las condiciones de vida de las personas presas se degraden. Ello implica que los internos penitenciarios se ven obligados a convivir en celdas o dormitorios donde se apilan, que la

conflictividad se agudiza, que la posibilidad de participar en algún tipo de actividad se convierte en letra muerta de la ley y que finalmente otros derechos fundamentales que no debieran verse afectados por la condena se vean vulnerados<sup>33</sup>.

El hacinamiento carcelario constituye también un problema para todos los profesionales que trabajan en el interior de las prisiones, desde los funcionarios encargados de la seguridad, educadores, asistentes sociales hasta el juez de vigilancia, los cuales ven su tarea dificultada por la imposibilidad de ejercer su función en unos recintos que, por lo general, están muy por encima de su capacidad. La masificación penitenciaria provoca uno de los mayores cánceres de toda institución cerrada: la ociosidad. La inacción es y ha sido un mal permanente en los centros penitenciarios. Sus consecuencias son realmente nocivas para los internos reclusos. Un centro activo proporciona tranquilidad, satisfacción y enlaza directamente con los preceptos reglamentarios de rehabilitación del recluso. En los debates surgidos en el medio penitenciario al respecto nadie cree que un centro puede estar más tranquilo y controlado si en él no se realizan actividades.

Finalmente, la masificación constituye un inconveniente para el conjunto de la sociedad que observa como el gobierno debe estar constantemente, a no ser que estemos dispuestos a convertir la prisión en un castigo degradante vulnerando la prohibición constitucional, destinando recursos a la construcción de nuevas cárceles, desviándolos de otras tareas sociales.

En definitiva, la masificación de los centros penitenciarios y el aumento continuo de los reclusos se muestra como un mal endémico en la práctica totalidad de los países europeos; más de seiscientos mil en el conjunto de la Unión Europea<sup>34</sup>. Ante estos datos la búsqueda de alternativas parece cuando menos una necesidad (ya sea las penas de multas o trabajos, la mediación penal, el arresto domiciliario o la libertad vigilada, con o sin control electrónico).

Nuestras cifras son buena muestra del problema al que nos enfrentamos. Setenta y seis mil reclusos repartidos en ochenta y dos centros penitenciarios<sup>35</sup> (de los que casi la cuarta parte serían preventivos) cuando apenas una década atrás la cifra era de cuarenta y cinco mil, esto es, se ha producido un incremento de la población penitenciaria en un setenta por ciento. Si consultamos las cifras que teníamos al comenzar la década de los noventa el dato resulta todavía más revelador no en vano se contaba entonces con treinta y tres mil reclusos, cuarenta y dos mil menos que ahora; el incremento hasta la fecha sería aquí de un ciento treinta por ciento<sup>36</sup>. Una cifra de reclusos bastante pareja a la que habría, por ejemplo, en el Reino Unido (alrededor de

ochenta y dos mil, con un incremento de un sesenta y seis por ciento desde 1995<sup>37</sup>) pero debiendo tenerse en cuenta la mayor población de este territorio; en España la ratio población-población reclusa sería mucho más elevada encontrándonos a la cabeza de la proporción de la población reclusa con respecto a la población total. Y en lo relativo al crecimiento porcentual anual, únicamente Chipre y Luxemburgo han tenido un incremento en el último año superior a España, trece y nueve por ciento respectivamente, frente al cinco por ciento de España.

A esta generalizada situación (solventada temporalmente en algunos países acudiendo a una suerte de indultos masivos que alivian la espita penitenciaria<sup>38</sup>) escapa Holanda. La reforma de su Código Penal hace dos décadas permitió incidir en la sustitución del trabajo en beneficio de la comunidad antes que en la pena de reclusión; los estudios sobre la reincidencia de los condenados a aquella (un veinte por ciento inferior frente a los que lo fueron a pena de reclusión) han provocado lógicamente una mayor extensión en su uso. Esta «desocupación» ha tenido como curiosa respuesta el arrendamiento de algunos de estos establecimientos por parte de países cercanos. Así, Bélgica, cuyos centros penitenciarios datan de principios del siglo XX y tiene un importante problema de sobreocupación carcelaria, ha acordado enviar, hasta la creación de los nuevos centros proyectados, seiscientos reclusos a una cárcel holandesa cercana a la frontera belga tratando de minimizar al máximo algunos de los problemas logísticos de una decisión de este tipo, así, por ejemplo, los del propio desplazamiento de los familiares de los reclusos<sup>39</sup>. En menor medida también podemos citar a Finlandia, que al comienzo de la década de los ochenta tenía una de las tasas de encarcelamiento más altas de Europa.

La posibilidad de reducir el hacinamiento carcelario cambiando mecanismos legislativos ha sido también analizada por Kuhn<sup>40</sup> quien, tras estudiar las diversas medidas que ayudan a explicar la disminución de población reclusa añade, a los ya apuntados la posibilidad de incidir en los mecanismos que promueven una salida más rápida de la prisión (como por ejemplo el adelantamiento o ampliación de la posibilidad de obtener la libertad condicional) y la introducción de penas cortas.

Un factor altamente representativo que repercute en esta «inflación carcelaria» viene determinado por el «recurso desmesurado a la detención provisional, que debe ser una medida de excepción de conformidad con el conjunto de los textos legislativos y las declaraciones de los ministros de cada uno de los países de la Unión, pero que, de hecho, suministra una proporción importante de efectivos de presos. En unos años la excepción se ha convertido en regla y procede frenar esta peligrosa desviación»<sup>41</sup>.

Volviendo al caso español, los datos relativos a la masificación han llevado a que el Senado instara poco tiempo atrás al Gobierno a abordar diferentes frentes de contención. Por un lado, se instó a proceder a la creación de nuevos centros penitenciarios<sup>42</sup>, de régimen ordinario y abierto. Por otro, incrementar la dotación humana y material de los centros tanto para reforzar la reinserción social de los internos como para mejorar las condiciones laborales de su personal. Y, por último, abordar la posible mejora de la relación de puestos de trabajo existentes en la actualidad y a la intensificación de la formación de los funcionarios<sup>43</sup>.

No hay que dejar de lado aquí en todo caso lo llamativo de las cifras de encarcelamiento y criminalidad. Así, nos encontramos muy por debajo de la media en los países de nuestro entorno en lo relativo a tasas de criminalidad; por poner algún ejemplo dicha tasa es de ciento veinte en Suecia (medida por infracciones penales por cada mil habitantes), ciento uno en Reino Unido, noventa y cuatro en Bélgica, setenta y ocho en Dinamarca, setenta y seis en Alemania, setenta y cinco en Holanda, setenta y cuatro en Austria, y setenta de media en la Unión Europea; en España, se cifra en cuarenta y siete<sup>44</sup>. Por el contrario tenemos una de las tasas de encarcelamiento más altas de Europa: ciento cuarenta y seis por cada cien mil habitantes frente a ciento veintitrés en el seno de la Unión Europea<sup>45</sup>; las más elevadas corresponderían a algunos de los países incorporados más recientemente a la Unión; así, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia, aunque todos ellos las han venido rebajando tímidamente en los últimos años. En el caso de los países candidatos todos ellos tienen cifras inferiores a la media; Croacia, una tasa de ochenta y siete reclusos por cada cien mil habitantes, Antigua República Yugoslava de Macedonia, noventa y ocho, Turquía, ciento dos.

Esta masificación, generalizada como mal endémico, como se destaca en el Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea de hace una década, provoca la «imposibilidad o extrema dificultad para aplicar las medidas socioeducativas que no obstante forman parte integrante de las misiones de los centros penitenciarios; el deterioro de las condiciones de salubridad de los centros: higiene personal y colectiva, degradación de la alimentación, actividades físicas y deportivas reducidas o suprimidas y riesgo de patologías contagiosas como, en particular, la tuberculosis; así como la aparición y desarrollo de la violencia dentro de los centros; los grupos vulnerables son los que están más expuestos a la violencia: delincuentes juveniles, criminales sexuales, extranjeros, homosexuales, etc.»<sup>46</sup>.

Y como ha puesto de manifiesto el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura «el nivel de superpoblación en una prisión, o en una zona de-

terminada de la misma, puede ser tal, que resulte inhumano o degradante desde un punto de vista físico», constituyendo un «fenómeno que destruye el sistema penitenciario en toda Europa»<sup>47</sup>.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden citarse diferentes resoluciones en este sentido, al entender que las condiciones de detención, en particular el hacinamiento o masificación, unida a condiciones de luz o ventilación inadecuadas, régimen empobrecido, escasa higiene de las celdas son suficientes para causar una angustia de tal intensidad que excede el nivel tolerable de una privación de libertad, produciéndose así una vulneración del artículo 3 del CEDH<sup>48</sup>.

Al hilo de esta idea no está de más recordar la sorprendente previsión que nos refiere Téllez sobre el ordenamiento británico en el que el acceso a mejores condiciones carcelarias (celdas con mayores comodidades y elusión de obligación de limpieza o similares) resultaba posible mediante el pago de una determinada cantidad de dinero<sup>49</sup>.

Otro dato preocupante en el seno de estas prisiones masificadas, por los efectos que provoca en lo relativo al tratamiento, integración o convivencia *intramuros*, por mor de la mezcolanza de diferentes idiomas, culturas, costumbres o religiones, es el elevado número de reclusos extranjeros en prisión. Un fenómeno que es habitual en muchos países europeos (Alemania, Francia o Italia son buen ejemplo) y que ya provocaron un cuarto de siglo atrás por sus problemas subyacentes una recomendación del Consejo de Europa en la materia<sup>50</sup>.

Dentro de la Unión Europea, España ocupa el tercer lugar con relación al número de reclusos extranjeros. Concretamente, con un porcentaje del treinta y cinco por ciento respecto de la totalidad de la población reclusa (muchos de ellos con enfermedades mentales) aventurándose que alcance el cincuenta a lo largo del presente año. No hay que dejar de lado en todo caso que buena parte de ese porcentaje deriva de que la propia condición extranjera del recluso, su habitual falta de arraigo como variable de riesgo, provoca que tengan mayores dificultades en acceder a permisos, cuestión que determina que en demasiadas ocasiones las cifras desnudas de reclusos extranjeros se interpreten en función de específicos parámetros que vinculan sin más inmigración y delincuencia<sup>51</sup>.

El problema adaptativo y de integración es claro en múltiples aspectos partiendo de uno especialmente básico, el desconocimiento de la lengua de muchos de estos reclusos unido al contraste de códigos culturales diferentes<sup>52</sup>.



Fuera de la Unión Europea, Suiza es quizá el país que más elevado porcentaje de extranjeros tiene en sus centros penitenciarios. Desde la década de los noventa oscila entre el setenta y el ochenta por ciento de su población penitenciaria.

Por otro lado, aunque no entraremos en ello, es preciso apuntar igualmente la situación preocupante, de gran opacidad en muchas ocasiones, de los centros de internamiento de extranjeros<sup>53</sup>.

La tendencia actual va dirigida a la expulsión<sup>54</sup> que no viene configurada como una pena sino como una medida de seguridad o un sustitutivo penal sui generis en el que están presentes no sólo consideraciones de política criminal de acuerdo a los fines específicos del Derecho penal, sino también y de manera muy destacada, consideraciones de política de control de los flujos migratorios.

## 6. LA PARTICULAR PROBLEMÁTICA DE LAS MUJERES RECLUSAS

Como refiere Bueno Arús<sup>55</sup>, siempre ha llamado la atención el hecho de que, aunque la población femenina supere a la población masculina, las cifras de delitos cometidos por las mujeres o el número de internas en los establecimientos penitenciarios son muy inferiores a las correspondientes cifras referidas a los hombres. Un análisis pormenorizado de las estadísticas<sup>56</sup>, nos demuestra que la proporción de mujeres con respecto a los varones es extraordinariamente baja en todos los países. No obstante, si analizamos la evolución en Europa resulta evidente que en la mayoría de países ha habido un ligero aumento. Ahora bien, los porcentajes deben analizarse con cautela ya que hablamos de cifras muy pequeñas. Aumentos de la población carcelaria femenina en un cincuenta por ciento o más apenas representa uno o dos puntos porcentuales en el total de la población reclusa.

El delincuente tipo ha sido y sigue siendo varón (porcentajes ligerísimamente superiores al noventa por ciento) aunque se está incrementando en los últimos años. Apenas representan el cuatro o cinco por ciento de la población reclusa europea; a título de ejemplo, Suecia -5,7%-, Alemania -4,3%-, Bélgica -4,3%-, Inglaterra -4,1%-, Italia -4,1%-, Francia -4%-, Grecia -3,7%-, Polonia -2,9%- e Irlanda -2,3%<sup>-57</sup>.

El Derecho positivo va orientado a evitar situaciones de desigualdad material. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de las

Naciones Unidas, aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957, establecen que «No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo ... » (Regla 6.1), que «En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes ... » (Regla 23.1) y que «Cuando se permita a las madres reclusas conservar un niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil...» (Regla 23.2). El art. 13.1 de la tercera versión de las Normas Penitenciarias Europeas refiere que la normativa europea debe ser aplicada «con imparcialidad, sin discriminación alguna fundada en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otro tipo de opiniones, la procedencia nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, las condiciones económicas, el nacimiento o cualquier otra situación»<sup>58</sup>.

Los problemas subyacentes a esta reclusión, que revisten especiales peculiaridades son de diferente tenor: asistencia sanitaria, situación de las madres con hijos, mantenimiento de los vínculos familiares por la mayor dispersión existente en este colectivo, a título de ejemplo.

Ello llevó a la aprobación por parte del Parlamento Europeo de un Informe dos años atrás que abordó la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios. En él, se pide a los Estados mejorar las condiciones de detención de las mujeres, adoptar las medidas necesarias para garantizar un orden satisfactorio en los centros poniendo fin a las situaciones de violencia y abuso a las que son especialmente vulnerables, atender las necesidades específicas en materia de higiene, etc., todo ello dentro de una genérica incorporación de la dimensión de género en sus políticas penitenciarias<sup>59</sup>.

En el caso de España de los setenta y seis mil presos que en la actualidad tenemos repartidos en nuestros ultra masificados centros penitenciarios apenas el ocho por ciento (no llegan a seis mil) son mujeres. Se encuentran «recluidas en espacios insuficientes, no ideados para mujeres ni adecuados a sus circunstancias personales», especialmente porque no pocas de ellas son madres con hijos dentro de la prisión<sup>60</sup>. Insuficiencia de espacios que provoca, por ejemplo, que no se respeten habitualmente criterios de separación dentro de los centros (preventivas, penadas, jóvenes, adultas...). El Plan de Creación y Amortización de Centros Penitenciarios pretendió abordar alguno de estos problemas, en concreto, el aspecto relativo a las reclusas con hijos, no en vano está previsto crear cinco unidades para la estancia de mujeres con hijos menores<sup>61</sup>. El objetivo es claro: mejorar la

vida de esos niños, dentro de la máxima normalidad posible, potenciando su integración en la sociedad.

## 7. SALUD MENTAL Y CENTROS PENITENCIARIOS

### a) *Enfermos mentales en centros penitenciarios, un fracaso de la sociedad del bienestar*<sup>62</sup>

El criterio rector en este grave problema<sup>63</sup> viene reflejado en la Regla 12.1 de la tercera versión de las Normas Penitenciarias Europeas que preceptúa que los enfermos mentales cuando su estado de salud sea incompatible con la detención en una prisión deberán estar ingresados en un establecimiento especial concebido a tales efectos.

En el caso español, como ha señalado Mercedes Gallizo, la sanidad penitenciaria debe prepararse para liderar una segunda desinstitutionalización del enfermo mental. La reforma psiquiátrica de los años ochenta sacó a los pacientes crónicos de los manicomios defendiendo que las instituciones asilares no eran las adecuadas para el tratamiento del enfermo psiquiátrico. Desgraciadamente, las prisiones se han convertido en nuevos asilos para trastornados mentales. Si los manicomios no eran la solución, menos aún lo son los establecimientos penitenciarios, aunque estemos asumiendo con la mayor profesionalidad esta tarea. Es una reflexión que debe hacerse la sanidad pública y para la que tenemos que tener estrategias de prevención, de actuación y también de integración»<sup>64</sup>.

En este sentido, la tercera versión de las Normas Penitenciarias Europeas no son ajenas a esta problemática precisa que «si estas personas fueran, no obstante, excepcionalmente detenidos en una prisión, su situación y sus necesidades deben de estar regidas por unas reglas especiales» (Regla nº 12)<sup>65</sup>.

Mas la excepcionalidad termina por convertirse en regla, determinando ello la necesidad de proceder a una mayor atención para evitar su marginación o discriminación derivada de su mayor vulnerabilidad. Más aún cuando quizá, aquí enlazamos con lo apuntado anteriormente, resulta evidente que la reclusión en el centro penitenciario no es lo más adecuado desde perspectiva alguna (asistencial, de reinserción, etc.). Como ha señalado recientemente nuestro Defensor del Pueblo, son personas doblemente vulnerables por su discapacidad y por su situación de privación de libertad<sup>66</sup>; si cuando hablamos de personas con discapacidad estamos en un ámbito de ejercicio de los derechos en que resulta preciso una garantía reforzada al encontrarnos en

una «zona sensible» por afectar a colectivos que precisan atención especialmente cualificada para evitar su marginación o discriminación<sup>67</sup> esto se acentúa en el caso de las personas que se encuentran internas en los centros penitenciarios, dentro del marco de una relación de sujeción especial.

Apuntar por último que en España, en 2006, vio la luz el Programa de Intervención diseñado por la Comisión de estudio sobre el abordaje de los internos con discapacidades intelectuales, físicas o sensoriales cuyo elemento principal gira en primera instancia en la detección ya en el ingreso en el centro penitenciario ya en un momento posterior<sup>68</sup>. No obstante, como se ha destacado, si bien la creación de un programa específico por parte de la administración penitenciaria ha supuesto un paso fundamental, ahora resta lo más complicado, su efectiva implantación y consolidación; idea a la que añade que a pesar de este gran avance, el verdadero éxito se producirá cuando se potencie la prevención primaria reduciendo el fenómeno delictivo en las personas con discapacidad intelectual y cuando no sea necesario hablar de programas dentro de los centros penitenciarios porque no ingresen en prisión y se les aplique medidas alternativas o ingresos en centros específicos para su cumplimiento<sup>69</sup>.

En los casos de eximente completa, la propia Jurisprudencia del TEDH, concretamente de las sentencias Winterwerp, Luberti, X<sup>70</sup> y Ashingdane, señalan como condiciones mínimas las siguientes:

Salvo en casos de urgencia, debe haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haber demostrado ante la autoridad competente por medio de un dictamen pericial médico objetivo la existencia de un trastorno mental real. El trastorno mental debe revestir un carácter o una amplitud que legitime el internamiento. El internamiento no puede prolongarse válidamente sin que persista dicho trastorno.

Finalmente, en los años setenta se inició un movimiento de corte humanitarista orientado a cerrar los antiguos psiquiátricos. Sin embargo, este movimiento desinstitucionalizador de la sanidad psiquiátrica no derivó en una atención más humana y especializada que la que hasta ese momento se había venido ofreciendo sino que por el contrario avocó muchas de las cuestiones al marco sancionador y al de los centros penitenciarios<sup>71</sup>.

#### b) *Los suicidios en los centros penitenciarios*

Vinculada íntimamente a esta cuestión se encuentra uno de los problemas de primer orden en los centros penitenciarios europeos: el elevado número de suicidios de los internos. El impacto psicológico que lleva asociada

la reclusión, se une al hecho de que «las prisiones son depositarias de grupos tradicionalmente considerados vulnerables en lo que se refiere a las tasas altas de suicidio, tales como jóvenes, enfermos mentales, marginados sociales, toxicómanos»<sup>72</sup>; debiendo añadirse, claro está, la masificación de aquellas. La situación es especialmente preocupante en Francia, un país que tiene un grave problema de sobreocupación carcelaria y cuya tasa de suicidios es cercana a veinte por cada diez mil internos –ciento quince suicidios en 2009-; la más alta de la Unión Europea; en otros países de la Unión, como Alemania o Gran Bretaña, sin llegar a los niveles del país galo, resulta asimismo preocupante.

En España, para tratar de abordar este problema, existe un Programa Marco de Prevención de suicidios. Dicho Programa estableció la figura de los internos de apoyo (alrededor de mil en nuestros centros penitenciarios) que vienen desempeñando un papel muy relevante en esta prevención al estar pendientes de forma continua de los reclusos que pueden tener algún riesgo en este sentido de conformidad. Estos internos deben presentar una adecuada capacitación, actitud y motivación, situación estable en el Centro, buen comportamiento y sin traslado previsible; asimismo debe restarles para el cumplimiento definitivo o fecha de concesión de la libertad condicional, un tiempo superior a un año y no deben haber sido sancionados ni tener en su historial autolesiones o tratamiento psiquiátricos continuados por enfermedad psiquiátrica; lógicamente también quedan excluidos los reclusos consumidores de drogas. Desde la articulación de esta figura se ha reducido sensiblemente el número de suicidios en prisión.

La eficacia del programa llevó a que en noviembre pasado el Secretario de Estado de Justicia francés visitara diferentes centros penitenciarios españoles a la búsqueda de «recetas» exportables para reducir el número de suicidios en sus centros.

### *c) Drogas y centros penitenciarios*

Íntima vinculación, con lo hasta aquí abordado, tiene el tema de las drogas en prisión; una realidad palpable y un problema de compleja resolución al que deben hacer frente los sistemas penitenciarios europeos.

No se puede comprender la situación real de la prisión sin cerciorarse de los problemas de drogodependencias y, como ha detallado el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías en el último informe publicado, en general existe un escaso desarrollo de programas de atención en prisión<sup>73</sup>. En todo caso, en los últimos años han sido varios los países (seis en total) que

han reformado recientemente su normativa en orden a permitir los mismos; a título de ejemplo, Dinamarca lo ha hecho otorgando a los reclusos que fueren consumidores de drogas la posibilidad de recibir atención de forma gratuita.

En el caso de España se calcula que el setenta por ciento de los presos es drogodependiente<sup>74</sup> existiendo programas de tratamiento de desintoxicación y deshabituación que son utilizados por un buen número de reclusos.

Desde los años ochenta<sup>75</sup>, una de las vertientes más exitosas, a la par que más complicadas, para la resocialización viene erigida con el empeño del abandono del consumo de las drogas pues una vez que se ha derribado el fundamental y troncal problema el resto de los factores va cayendo paulatinamente cuan castillo de naipes.

Según datos dados a conocer por la titular de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en su comparecencia ante la Comisión Mixta para el Estudio del Problema de las Drogas, en 2008 se produjeron alrededor de cuatro mil incautaciones de droga en los centros penitenciarios; en 2004 apenas llegó a dos mil incautaciones. Entre 2004 y 2007 se han producido ciento sesenta y nueve fallecimientos por consumo de drogas; más de cuarenta anuales<sup>76</sup>. Desde Instituciones Penitenciarias se están potenciando programas de intervención psicosocial en reclusos en tratamiento de metadona o programas de deshabituación.

Algunos países (Inglaterra, Chequia, Escocia) prevén por razones de seguridad y salud la posibilidad de someter a determinados grupos de detenidos a pruebas de detección de consumo de drogas<sup>77</sup>.

No hay que dejar de lado que muchos de estos reclusos sufren asimismo problemas de salud vinculados a su consumo y a su dependencia; así, hepatitis B y C o el VIH/Sida. En el caso de España los programas de prevención han reducido de manera importante los internos afectados por estas enfermedades (por ejemplo mediante los –realistas- programas de intercambio de jeringuillas).

Al hilo de esta cuestión, es interesante destacar que en abril del año pasado, España fue condenada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por la muerte de un recluso, enfermo de SIDA, para el que la familia había solicitado en su momento la libertad condicional por su estado de salud. La resolución del Comité obliga al Estado a ofrecer a los familiares del fallecido «una reparación apropiada, incluida una indemnización adecuada a la violación que se ha producido»<sup>78</sup>.

Finalmente el consumo prolongado de drogas, toda adicción de larga duración a sustancias estupefacientes susceptibles de causar un grave daño a la salud, supone para el que la padece necesariamente unas graves alteraciones psíquicas a la par que complicaciones de tipo físico, suficientemente destacadas por la jurisprudencia<sup>79</sup>.

## 8. LAS ALTERNATIVAS A LA RECLUSIÓN Y LA REVOLUCIÓN TELEMÁTICA

La idea básica que preside los medios telemáticos como medios sustitutivos de la prisión viene enlazada a la idea que preside y justifica la *probation*. La *ratio iruis* de esta institución anglosajona consiste en la consideración de que para lograr la rehabilitación de la persona puede ser más efectiva el que la persona fuera supervisada en su propio entorno y ayudada por un agente de *probation*, de cara a llevar una vida sin delitos, que la entrada en prisión<sup>80</sup>.

Como apunta certeramente Bueno Arús, se tiene tan enraizada la idea de que la prisión constituye una institución arraigada en nuestro sistema social de premios y castigos que nos cuesta un verdadero esfuerzo reflexionar sobre el carácter histórico de la misma derivada de la evolución racionalizadora del derecho punitivo; evolución que todavía persiste no faltando las voces que postulan su supresión<sup>81</sup>. El hecho de que históricamente se haya contado con lugares de retención de las personas acusadas o culpables de la comisión de un delito no implica que su concepción haya sido siempre la misma<sup>82</sup>.

No obstante esta idea, lo cierto es que los sistemas penitenciarios europeos están potenciando desde tiempo atrás, con importantes diferencias entre unos y otros sistemas, el incremento de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad antes que optar por la pena de reclusión; una experiencia que está teniendo una valoración general muy positiva. Inglaterra, Francia y Alemania son los países en los que se está haciendo un uso más extenso de esta figura<sup>83</sup>.

En España se está haciendo todavía escaso uso de esta modalidad existiendo una deficiente oferta de plazas por parte de las diferentes administraciones. Contemplada como pena leve (de uno a treinta días) o menos grave (de treinta a ciento ochenta días) no puede imponerse contra la voluntad del penado, y obliga a su cooperación (no retribuida) en determinadas actividades de utilidad pública<sup>84</sup>. Estas pueden ser de muy diverso tenor, especialmente las vinculadas con el delito cometido.

Sostenía el juez Holmes<sup>85</sup> que la vida del Derecho no ha obedecido a la lógica sino a la experiencia y esto se hace especialmente patente en la evolución del Derecho penitenciario. En la última década se ha producido un incremento exponencial de las medidas alternativas. Específicas reformas legales que han transformado determinadas faltas en delitos tienen buena parte de culpa. De menos de mil personas condenadas en el año 2000 al cumplimiento de medidas alternativas se pasó a cuarenta mil en 2008<sup>86</sup>, y ochenta mil en 2009<sup>87</sup>; la gran mayoría por delitos de tráfico. Porcentualmente, comparando las cifras de personas sometidas a medidas alternativas con las que se encuentran en prisión, no es de las más elevadas de Europa, encabezando la lista los países escandinavos.

Como ha apuntado Mercedes Gallizo «nuestra gran tarea pendiente es en parte también una tarea pedagógica hacia la sociedad en general y hacia las instituciones en particular, que es el convencimiento de que un sistema penal alternativo es realmente eficaz en la consecución de la paz social, es más sano desde la perspectiva de una ética social y más productivo económicamente mas ello solo es posible desde la corresponsabilidad de las diferentes administraciones»<sup>88</sup>.

Si hablamos de crisis de los sistemas penitenciarios, indefectiblemente tenemos que hacer referencia a los medios telemáticos como alternativa a la pena de prisión. Lo que hace años se antojaba pura ciencia ficción es hoy una realidad consolidada, con múltiples ramificaciones y perspectivas.

Un proceso imparabile<sup>89</sup>, condicionado en buena medida por las propias tasas de sobreocupación de los centros penitenciarios y asimismo, aunque en menor extensión, por la propia bandera de la reinserción. La vigilancia telemática, que permite un control a distancia, es la alternativa principal a las penas privativas de libertad; como primera providencia implica un menor coste económico y menor necesidad de personal.

Junto a ello, y por encima de ello –destacaríamos nosotros-, permite el mantenimiento de los lazos familiares, relaciones sociales y laborales<sup>90</sup>. Con lo que nos encontramos, sin duda, ante «una sanción más benigna y eficaz (a efectos preventivos) que los efectos resocializadores que se pueden ofrecer desde el ambiente coartado carcelario, plagado de resentimientos y de sensaciones negativas hacia la sociedad»<sup>91</sup>. De cualquier forma hay que estar atento a una utilización correcta de estos instrumentos en orden a contribuir a la justicia y eficacia del sistema jurídico<sup>92</sup> y la salvaguardia de los derechos del penado.



Tres son las variables que determinarán el éxito del sistema, el personal de supervisión, los métodos y las posibilidades<sup>93</sup>.

Fue Reino Unido el primer país europeo en el que se aplicaron medidas telemáticas para presos preventivos (sistema de vigilancia de arrestos domiciliarios) aunque esta experiencia, iniciada a finales de los años ochenta, no fue satisfactoria por lo rudimentario de la tecnología<sup>94</sup>; en la década de los noventa, con la habilitante *Criminal Justice Act*, la situación cambia radicalmente obteniendo resultados positivos<sup>95</sup>.

A partir de este momento, diferentes países europeos (los países nórdicos serán casi coetáneos al Reino Unido) continuarán esta estela pretendiendo buscar en la mayor parte de los casos una solución al problema de la sobrecapacidad carcelaria o utilizarlo, los menos, como instrumento de resocialización; así, Francia, Suecia, Bélgica, Holanda, Escocia, Países Bajos, Portugal, etc.<sup>96</sup> Dos perspectivas de acercamiento, por tanto, control vs. reinserción.

En el caso de España desde 2001 se sigue un programa de vigilancia remota de internos, mediante pulseras, permitiendo que el penado pueda dormir en su domicilio. La aplicación de este régimen (conforme dispone la Instrucción 13/2006 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias<sup>97</sup>) encuentra justificación en «la existencia de circunstancias específicas de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas que, para su debida atención, requieren del interno una mayor dedicación diaria que la permitida con carácter general en el medio abierto», aplicándose los siguientes criterios para valorar su utilización: haber obtenido una valoración positiva en las diferentes evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizado de tratamiento; la existencia de factores que favorezcan una integración socio-laboral y la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Es interesante destacar también que la reforma del Código Penal de hace poco más de un lustro<sup>98</sup> introdujo como importante novedad la «pena de localización permanente» que al decir de su exposición de motivos pretende dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología, evitándose asimismo los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. Hay que destacar igualmente, desde el plano de la víctima, la importancia de las previsiones del artículo 48 del Código Penal, que aparece reforzada con la aparición por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, de las medidas de seguridad de la libertad vigilada que teóricamente busca, como afirma la Exposición a motivos, la rehabilitación y la reinserción social del delincuente fuera del halo prisional<sup>99</sup>.

Más allá de que determinados y puntuales sucesos han sembrado la duda en un sector de la opinión pública acerca de su utilidad, lo cierto es que sus ventajas resultan evidentes (de más de siete mil penados que han hecho uso de este instrumento apenas se ha producido un fracaso de un dos por ciento) y han provocado que desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se abogue por la intensificación de su uso, no en vano los proyectos de creación de nuevos centros penitenciarios no parece que puedan resolver el grave problema de masificación existente. Ello teniendo siempre en cuenta que este instrumento tiene que asociarse a los correspondientes y necesarios tratamientos.

## 9. LAS TENDENCIAS PRIVATIZADORAS

La variable logística no debe dejarse de lado al abordar estas cuestiones, como fácilmente puede comprenderse, aunque no puede elevarse como un criterio más de las variables penitenciarias<sup>100</sup>. La propia articulación histórica de las prisiones se encuentra vinculada a esta cuestión, no en vano, en palabras, nuevamente, de Bueno Arús, «el origen histórico de la prisión como pena sistemática utilizada responde a la aparición de las Sociedades mercantilistas en el marco de los estados renacentistas o prerrenacentistas; la prisión existe cuando hay dineros para edificar prisiones, y no solo como una exigencia principal de la filosofía ilustrada o de las doctrinas correccionalistas»<sup>101</sup>.

En España en 2005 se aprobó el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios (proyectado hasta 2012) que tendrá un coste de más de mil millones de euros en la presente legislatura<sup>102</sup> (los presupuestos de este año han recogido un incremento de un seis por ciento en materia penitenciaria). Un proyecto de ampliación de plazas que, no obstante, con las cifras de crecimiento anual que se producen, a largo plazo resultará insuficiente. Hasta el momento ya han sido cuatro los centros penitenciarios finalizados, a lo que habría que unir trece centros de inserción social.

El coste diario de mantenimiento de un recluso, más aún en épocas de crisis, suele ser objeto de intenso debate. Recientemente, los datos publicados por *Corrections Corporation of America*, que gestiona de forma privada, con importantes beneficios, más de sesenta centros penitenciarios en Estados Unidos, han llevado a la comparación de ese modelo con el modelo o modelos europeos. La comparación, no obstante, se ha hecho en términos meramente económicos, coste de un recluso en una prisión vs. coste de un recluso en otro; una cifra desnuda que no abunda en ninguna otra cuestión:

programas de tratamiento, condiciones de vida, alimentación, higiene, salud, etc.<sup>103</sup> No parece que este sea un adecuado elemento comparativo cuando menos desde los patrones de la reinserción y la protección de los derechos fundamentales.

Las Reglas Penitenciarias Europeas no son ajenas al debate sobre la introducción del sector privado en el ámbito penitenciario y señalan así (Regla 88) que «En aquellos países que contemplen la posibilidad de que existan prisiones regidas por sociedades privadas, en dichos establecimientos deben de aplicarse íntegramente las Reglas Penitenciarias Europeas».

En muchos países esta tendencia es ya una realidad y comienza a debatirse en otros tantos su adopción, sobre la perspectiva de la eficiencia económica<sup>104</sup>.

Los factores económicos constituyen una variable más, un componente más de la vida cuya importancia no debe ser ninguneada en pro de altruismos vacuos, tampoco cabe extrapolarlos hasta el paroxismo dándoles un protagonismo excesivo que no poseen, o que no deben poseer en el marco de una sociedad democrática avanzada<sup>105</sup>. Como ya apuntamos, no creemos que nos encontremos ante un buen elemento comparativo adecuado salvo que dejamos de lado la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social<sup>106</sup>. Como se ha señalado, en una idea que compartimos, «la privatización implica un pasaje hacia un sistema de control más impersonal y automatizado, en el cual los niveles de persona se reducen al máximo, a fin de maximizar beneficios. Existe poco interés intrínseco en las organizaciones privadas por suministrar a los internos programas constructivos y beneficiosos. Los contratistas privados no tienen mucho interés en reducir los niveles de reincidencia, por el contrario, es más probable que ellos se beneficien del reciclaje de prisioneros»<sup>107</sup>. Junto a ello, un peligro: la eventual modificación de las leyes penales para favorecer la privación de libertad a la «busca» del negocio; en palabras de Sanz Delgado «El negocio estaba hecho. Y eso ha sido así en los Estados Unidos de América y en otros ordenamientos afines»<sup>108</sup>.

Compartimos así las reflexiones plasmadas en el Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea que apuntaba en su momento que resulta «extremadamente peligroso y totalmente contrario a las costumbres europeas que el Estado deje de interesarse por la suerte de sus presos y subcontrate la administración de sus centros penitenciarios a empresas cuyos intereses no coinciden exactamente con los intereses de toda la sociedad. Evidentemente no se trata de criticar la subcontratación, mediante licitación, para el suministro de servicios como las comidas, el lavado

y el planchado, el mantenimiento de los locales, etc. Pero, la ejecución de las largas penas previstas por la ley no debe ponerse en manos de empresarios que suministran un servicio con el fin de obtener beneficios. Las leyes generales del mercado tienen sus límites en ámbitos que se refieren a la cohesión social de un país, a lo que ésta tiene de verdaderamente fundamental. Digámoslo claramente, *there are things that money can't buy*»<sup>109</sup>.

## 10. LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA

Últimamente numerosos sectores doctrinales<sup>110</sup> se hacen eco de las bondades de la mediación penitenciaria. Sin embargo, sus posibilidades de erigirse como eje del sistema de alternativas prisionales aparecen, a priori, tan loables como limitadas.

El perdón no puede erigirse, sin embargo, como un objetivo frontalmente perseguido, sino en todo caso, una alternativa potencial en el encuentro restaurador, por su potencial bilateralmente benéfico<sup>111</sup>.

Es innegable que la víctima, la misma se libera, al otorgarlo, del poder negativo de la ofensa, en tanto el infractor experimenta un sentimiento de re-instalación cívica (se habla gráficamente de cerrar el círculo). El perdón potenciado en el proceso restaurativo se distingue conceptualmente del acto de condonar, excusar u olvidar. Puede manifestarse de modo explícito o implícito, pero nunca ser forzado artificialmente ni, menos aun, venir impuesto a la víctima en nombre de ningún credo cívico religioso<sup>112</sup>.

Tres tipos de sistemas<sup>113</sup> se perfilan en la práctica internacional, con variantes respecto a su alcance, participantes y la función del mediador o facilitador: la conciliación víctima-ofensor, al abrigo del principio de oportunidad (en Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Austria y España); los «parlamentos o comités de grupo familiar» (*Family Group Conferencing*), en Nueva Zelanda y Australia, y los «Círculos o asambleas de individualización» (*Circle Sentencing*) en Canadá, donde, junto al juzgador y al abogado defensor, se sienta un conjunto de personas involucradas –víctima, ofensor, servicios sociales, o representante comunitario que coadyuvan a la determinación de una sanción reparatoria<sup>114</sup>.

Sin embargo, no podemos olvidar, que el art.8.3 de la referida Directiva constituye un obstáculo, casi insalvable, para la aplicación de técnicas mediadoras en el campo penal pues en su art.8.3 preceptúa la necesidad de evitar el contacto entre víctima y procesado en las dependencias judiciales, salvo

que el proceso penal lo requiera, disponiendo de lo necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de espacios de espera reservados a las víctimas y de otro lado el art. 8.4 instaura el derecho de la víctima a garantizar, cuando sea necesario para su protección, sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, permitiendo que las mismas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo, por cualquier medio compatible con los principios fundamentales de su Derecho.

En definitiva, las lógicas garantías de alejamiento entre víctima y ofendido parecen poco compatibles con la excitación a buscar sistemas neutros de corte restaurativo y será la experiencia la que nos muestre lo viable que puede llegar a ser este sistema, pues demanda un alto grado de paciencia, madurez y solidaridad en las víctimas con sus agresores. De otro lado, se exige por parte del responsable un reconocimiento de la comisión del hecho punible que muy raramente es reconocido por el delincuente atendiendo a las consecuencias negativas que tal hecho le pudiera reportar<sup>115</sup>.

Otra de las pegas que se opone al sistema es que en los delitos públicos nunca es fácil concretar el número de personas afectadas por su radio de acción pues se tiende a generar una conmoción social, no sólo un daño particularizado a una víctima concreta<sup>116</sup>.

Finalmente otro elemento, nada desdeñable, es que la doctrina victimológica deshecha por arriesgado esta práctica (en cuanto a que pudiera reportar consecuencias viciosas en la mente de la misma) en los delitos con sangre, (no sólo el homicidio), en los delitos con la libertad sexual y en muchas estafas (este último en cuanto al alto grado de resentimiento que el engaño sufrido genera).

## 11. CONCLUSIONES

El análisis de la situación de los diferentes sistemas penitenciarios europeos revela la existencia de numerosas carencias: masificación, hacinamiento, falta de medios materiales y personales, conflictividad, ausencia de confianza en el sistema, etc. Esta situación resulta común a la totalidad de los sistemas continentales, por más que existen notables diferencias entre unos y otros, especialmente significativas en el caso de algunos de los países incorporados a la Unión en los últimos años. Por citar algún ejemplo de nuestros países cercanos, que no son en todo caso los que peor situación reflejan, cabe destacar que tiempo atrás el Senado francés elaboró un informe sobre sus

centros penitenciarios. El título no puede resultar más ilustrativo: las prisiones, una humillación para la República<sup>117</sup>. Varias fueron las propuestas articuladas en dicho informe: luchar contra la masificación penitenciaria, rehabilitar y mejorar las instalaciones penitenciarias, favorecer el trabajo penitenciario con la reinserción del recluso como norte, etc.; pese a los esfuerzos en la actualidad la situación sigue siendo muy deficitaria<sup>118</sup>. Un informe elaborado recientemente por el Observatorio Internacional de Prisiones ha destacado graves problemas de hacinamiento, violencia, degradación de las condiciones sanitarias así como un permanente aumento del número de suicidios. Portugal tampoco ha salido bien parado en un reciente informe elaborado este año por el Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa: denuncias de malos tratos a los internos, connivencia de funcionarios en el tráfico de drogas, etc. Un informe que también recoge un dato terrible y nos pone de manifiesto el carácter «desocializador» de sus centros penitenciarios: un elevado porcentaje de los reclusos drogodependientes no lo eran antes de su entrada en los mismos.

Desde antiguo existe una marcada tendencia negativa (el ya famoso *nothing works* de Martinson<sup>119</sup>), de carácter fatalista, a desoír cualquier intención de ayudar a ciertos colectivos, desentenderse de los factores psicosociales que les impulsaron al crimen y marginalizarlos bajo un oprobioso manto de silencio. Como advierte Rutheford<sup>120</sup>: «las personas encargadas del sistema penal perpetúan el mito de que las prisiones están gobernadas por fuerzas más allá de su influencia y control. (...) Las estrategias que podrían evitar el crecimiento de la población reclusa son ignoradas y las personas encargadas prefieren continuar como si no existieran opciones políticas».

En síntesis, sólo advirtiendo que la población reclusa crece como consecuencia fundamental de una opción de política criminal, de marcado carácter defensivo, que va orientada a privilegiar el uso de la pena de prisión como si fuera la única pena posible, y no como consecuencia del incremento de delitos, podremos empezar a discutir cómo reducir el hacinamiento penitenciario con el convencimiento de que ello no alterará el índice de delitos ni en consecuencia la seguridad de las personas.

El sistema penitenciario español no es ajeno a esta crítica generalizada. No obstante, lo cierto es que puede afirmarse sin dificultad que nuestro país se encuentra sin duda en el pelotón de cabeza, siendo un claro referente en multitud de cuestiones, infraestructuras, seguridad, programas de tratamiento, actividades<sup>121</sup>, etc. No obstante esto, aquí conviene ver el vaso medio vacío para poder seguir avanzando en todas las cuestiones pendientes, que

son muchas, pudiendo citarse entre ellas, en nuestro caso concreto, la salud mental penitenciaria<sup>122</sup>.

Hacemos nuestras las palabras de Téllez Aguilera y García Arán cuando afirman, respectivamente, que el mejor sistema penitenciario no es el que potencia más sus aspectos represivos sino el que, sin dar la espalda a estos, los regula haciéndolos compatibles con los derechos de los internos<sup>123</sup> y que no existe un buen sistema de ejecución penal sin buen sistema de penas; cualquier buena intención o propuesta de mejora del entorno penitenciario tiene los días contados si el sistema penal en su conjunto sigue optando por la cárcel como la principal respuesta frente al delito si se deja dominar por la siempre irracional reivindicación de la retribución y el castigo<sup>124</sup>.

Bajo un prisma democrático, enderezado a la defensa de los derechos fundamentales, la prisión y las penas en general no deben convertirse en los instrumentos útiles para mejorar la sociedad, actúan simplemente como un procedimiento para paliar los aspectos más negativos de la convivencia, una *ultima ratio*<sup>125</sup>. Será la educación, la formación, la apuesta por la libertad, la autorresponsabilidad individual y la concienciación social en los valores positivos y constructivos la que nos sirva para edificar una nueva sociedad<sup>126</sup>.

No obstante, aunque sea una función secundaria, el castigo ejerce una función dentro del desenvolvimiento de la sociedad moderna. Por mucho que se critique lo cierto es que ninguna sociedad ha logrado funcionar sin la existencia de sistemas negativos de control y por mucho que se afirme que la «cárcel ha fracasado» no es menos cierto que es una institución que aparece, en mayor o en menor grado o intensidad, pero universalmente en todo el planeta como vehículo para mantener un determinado nivel de convivencia ordenada. Como refiere Garland<sup>127</sup>, todas las instituciones involucran costos sociales y tienen un éxito limitado en la consecución de sus múltiples objetivos; nuestro juicio sobre su desempeño depende de que comprendamos las metas y las expectativas que se les atribuyen.

Por lo tanto, tal como sostenía Durkheim<sup>128</sup>, el delito aparece como un hecho normal en una sociedad libre donde se puede elegir, ya que una sociedad abierta y plural exenta de delitos es del todo imposible, y paradójicamente el delito es una parte integrante de toda sociedad sana. Es cierto que en un mundo orwelliano, de carácter totalitario donde todo está visionado y controlado el delito puede llegar a desaparecer, mas ello será a costa de sacrificar la libertad individual y de basar nuestra existencia en factores negativos como el control y la desconfianza generalizada.

La nueva Europa surge bajo la égida de las cenizas de dos guerras mundiales y un amplio abanico de desgracias desencadenadas en el marco del postrero siglo XX; todo ello ha terminado por forjar una ideología donde el respeto a los valores esenciales de una sociedad democrática (respeto mutuo, libertad, solidaridad, igualdad y justicia) han cristalizado en sus reglas de convivencia<sup>129</sup>. Y uno de los espejos que nos sirven para observar que tales valores no son vacuos o meramente programáticos lo constituye el estado de sus prisiones y, en general, la humanidad y racionalidad<sup>130</sup> de su sistema de castigos.

## Referencias

- <sup>1</sup> Vid. Cuesta Arzamendi, José L. de la. «La prisión, historia, crisis, perspectivas de futuro», en Beristain, A. (coord.) *Reformas penales en el mundo de hoy*. Madrid: Edersa, 1984, pp. 142 y ss.
- <sup>2</sup> Los más modernos sistemas penitenciarios se basan en la idea de la individualización científica (art.72.1 LOGP española) cuya filosofía básicamente radica en adaptar el tratamiento no a las exigencias del centro sino a las necesidades tratamentales del individuo.
- <sup>3</sup> Como precedentes a este nuevo sistema garantista encontramos cómo la Constitución italiana de 1947 recogió el principio de legalidad penal y responsabilidad penal personal, y en su artículo 27 incluyó el principio de que las penas han de ser humanitarias y deben tender a la reeducación del delincuente: «Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de la humanidad y deben tender a la reeducación del condenado». Menos específica resultó la coetánea Ley Fundamental de Bonn; recordemos a tal efecto las palabras con que se iniciaba el art. 1º de dicho texto normativo (en cuyo tercer párrafo surgía la expresión derechos fundamentales): «la dignidad del hombre es intangible; respetarla y protegerla es obligación de todo poder público».
- <sup>4</sup> Bajo los postulados de Pavlov, el psicólogo americano John Broadus Watson planteó la posibilidad de modular el comportamiento humano bajo un sistema planificado de refuerzos positivos y negativos. Así llegó a afirmar: «Dadme una docena de niños sanos, bien formados, para que los eduque, y yo me comprometo a elegir uno de ellos al azar y adiestrarlo para que se convierta en un especialista de cualquier tipo que yo pueda escoger -médico, abogado, artista, hombre de negocios e incluso mendigo o ladrón- prescindiendo de su talento, inclinaciones, tendencias, aptitudes, vocaciones y raza de sus antepasados» La escuela conductista en psicología tiene su máximo arraigo en la Universidad de Harvard. Skinner, según lo escrito en su libro *Más allá de la libertad y de la dignidad* de 1971, tendente a erradicar en nombre de la ciencia determinista y naturalista, la concepción tradicional de occidente, que ve en el hombre a un ser libre y responsable, afirma que la lucha



del hombre por su libertad personal, no se debe a su inalienable voluntad, sino a una serie de procesos conductuales, característicos del organismo humano, cuyo principal efecto consiste en la tentativa de evitar lo que llama caracteres aversivos del ambiente; reacondicionando adecuadamente estos procesos conductuales. Así, la conducta no es ningún proceso interno, sino que es la acción del organismo ante las condiciones del mundo exterior, por esto considera Skinner que «no existe el hombre autónomo». Profesores de Harvard, también seguidores de estos postulados, los hermanos Schwitzgebel crearon los sistemas telemáticos de reacondicionamiento de conducta precedente de los nuevos artilugios penitenciarios telemáticos.

- <sup>5</sup> Las posibilidades de utilización de la resocialización como una parte del sistema autoritario de reacondicionamiento de conductas es puesta de manifiesto por Foucault con su famoso concepto de «cuerpos dóciles». Mediante los sistemas de control social (entre los que la prisión ocupa un lugar preeminente) se busca un encauzamiento de los comportamientos individuales anómicos por medio de la disciplina y corrección tratando de obtener un cuerpo manipulable afín a los intereses de las castas o grupos dominantes.
- <sup>6</sup> Vid. Nistal Burón, F. J. «El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y la custodia/ La reeducación y la reinserción», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, núm. 33, pp. 133-134.
- <sup>7</sup> Así, Ferrajoli sostiene: pena mantenga una finalidad pedagógica junto a la retributiva, la jurisdicción penal, en su conjunto, y la jurisdicción de vigilancia en particular, vienen abocadas a cumplir asimismo una «función reeducativa o pedagógica», pues tan reeducativo, legalmente hablando, es el hecho de su imposición (o la aplicación de otras penas alternativas o de medidas alternativas), como el de control de su cumplimiento. Se tenga o no clara conciencia de ello, todos los integrantes de la jurisdicción penal están atrapados por esta esquizofrenia». (Vid. Ferrajoli, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 410).
- <sup>8</sup> Tras el artículo doctrinal de G. Bettiol en 1964 «Il mito della rieducazione» en *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padua: Milani, se derivó una intensa artillería doctrinal en el mismo sentido.
- <sup>9</sup> Así, Herrero Herrero, C. *Delincuencia de menores: tratamiento criminológico y jurídico*, 2ª ed, Madrid: Dykinson, 2008, p. 249.
- <sup>10</sup> Comité de Ministros del Consejo de Europa, 11 de enero de 2006, Recomendación Rec (2006)2E. Es interesante apuntar que en junio de 2008 se hizo público el documento sobre el desarrollo y aplicación de esta Recomendación poniendo de manifiesto las disparidades existentes en los diferentes países miembros del Consejo de Europa.
- <sup>11</sup> Rec (1989)12, Rec (1993) 6, Rec (1997)12, Rec (1998)7, Rec (1999) 22, Rec (2003)22, Rec (2003) 23.
- <sup>12</sup> Vid. Mapelli Caffarena, B. «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm. 8.

- <sup>13</sup> Como dice García-Pablos, al menos evitar que desocialice más a la persona. Reclamar hoy una cárcel más digna, más humana y más justa, no necesariamente significa la creencia de que puede «cambiar individuos», sino que la privación de libertad es el castigo -y nada más- y que por consiguiente deberá lucharse contra los efectos negativos de la misma (*Manual de criminología: introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988, pp. 115 y ss). En el mismo sentido González Navarro critica las potestades administrativas tratamentales pues implican un «dominio del hombre mediante la obtención de un saber de su pasado, de su presente y de su futuro». («Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», en *Estudios sobre la Constitución Española*. Madrid: Civitas, 1991, vol. II, p. 1133).
- <sup>14</sup> En este sentido Giménez-Salinas afirma que: «Reclamar hoy una cárcel más digna, más humana y más justa, no necesariamente significa la creencia de que puede «cambiar individuos», sino que la privación de libertad es el castigo -y nada más- y que por consiguiente deberá lucharse contra los efectos negativos de la misma. Giménez-Salinas i Colomer, Esther. «Penas privativas de libertad y alternativas», *La individualización y ejecución de las penas*. En Madrid: Consejo del Poder Judicial, 1993, p. 120 (*Cuadernos de derecho judicial*, 9). El art. 4 del Reglamento Penitenciario español de 1996 establece que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad de los internos y los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- <sup>15</sup> *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa*, cit., pp. 7 y ss.
- <sup>16</sup> *Íbidem*.
- <sup>17</sup> *Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre los derechos de los detenidos en la Unión Europea*, 24 de febrero de 2004.
- <sup>18</sup> La privación de libertad como castigo es una concepción relativamente reciente en el Derecho Penal. Durante la Edad Media imperan la tortura, los castigos corporales y la pena de muerte. Las prisiones son concebidas como lugares de contención donde detener al reo a la espera de juicio o de ejecución. La cárcel surge del fracaso de las penas corporales. Así en el s. XVIII decía Von Hentig: «La pena privativa de libertad no tiene una larga historia. El arco de la pena de muerte estaba excesivamente tenso. No podía contener las tensiones, ni garantizaba la seguridad. La picota fracasaba tratándose muchas veces de delitos leves o de casos dignos de gracia, porque la publicidad de la ejecución daba más lugar a la compasión que al horror».
- <sup>19</sup> Así Chapman y los autores de la denominada teoría del conflicto enfatizan como nuestra cultura patrocina un concepto de criminal predeterminado y artificial. Bajo la línea de pensamiento conocida como *labelling approach* la diferenciación entre delincuente y no delincuente, depende de la suerte económico-social de

cada individuo, en relación al tratamiento diferenciado recibido por los agentes del sistema de Justicia, sea formal (vinculados a inmunidades legales) o informal (tráfico de influencias y privilegios). La teoría del etiquetamiento, o *labelling approach*, y, en general, los aportes del interaccionismo nos indican cuáles son las reglas que determinan, oficial o no oficialmente, la atribución de la calidad de criminal. El estatus de delincuente no es una entidad preconstituida respecto al derecho coercitivo, sino una característica atribuida por este mismo aparato de control. Entonces lo «desviado» es aquello que la sociedad o los «otros» definen que es o bien su contenido.

- <sup>20</sup> Sobre estas cuestiones, recomendamos la lectura de los trabajos de Ríos Martín, J. C. y P. Cabrera Cabrera. *Mirando el abismo: el régimen cerrado*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2002; *Mil voces presas*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1998.
- <sup>21</sup> Resulta destacable el trabajo de O. Kirchheimer quien en su libro *Punishment and Social Structure* llama la atención de cómo ciertos enunciados provenientes del derecho penal no se cumplen en la realidad o bien estos postulados no alcanzan su finalidad; el derecho penal no defiende a todos los individuos y los bienes en los cuales están interesados todos los individuos, sino por el contrario, de forma desigual; el estatus de criminal tampoco es igual para todos ni está preconcebido sino que es generado por distintas estructuras (sociales y económicas) institucionalizadas. Se manifiesta así la desigualdad existente entre el derecho formal y sustancial, y aplican la misma teoría social (crítica) a la criminología. (Rusche, G., O. Kirchheimer. *Punishment and social structure*. New Brunswick: Columbia University Press, 2003, pp. 233-268.
- <sup>22</sup> *Informe sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución*, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.
- <sup>23</sup> Vid. Tamarit Sumalla, J. M. *Curso de Derecho penitenciario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 33.
- <sup>24</sup> Desde 1958, D. Clemmer ya conceptualizaba este aprendizaje de «prisonalización» o «aculturización» y Goffman, en 1961 pasó a calificar de «desculturización» el recibimiento de valores considerados negativos por la sociedad libre, correspondiente a la pérdida de autodeterminación que genera en el interno; según V. Fox, crea una «personalidad institucionalizada».
- <sup>25</sup> En ese sentido, Olarte Hurtado, A. *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*. Vitoria: Ararteko, 2006, p. 35 (Colección Derechos humanos «Francisco de Vitoria», 9).
- <sup>26</sup> Cabrera Cabrera, P.J. «Cárcel y exclusión», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, núm. 35, pp. 83 y ss.
- <sup>27</sup> Clemente, M. «Los efectos psicológicos y psicosociales del encarcelamiento», en *Psicología jurídica penitenciaria*. Madrid: Fundación Universidad-Empresa, 1997, pp. 383 y ss.

- <sup>28</sup> *Mil voces presas*, op. cit., pp. 177-187. Desde una perspectiva más global, véase, VVAA, *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, Paris: Dalloz, 2007.
- <sup>29</sup> Cerezo Domínguez, A. I. «Origen y evolución histórica de la prisión», en Cerezo Domínguez, A.I., E. García España, (coords.). *La prisión en España: una perspectiva criminológica*. Madrid: Comares, 2007, p. 20.
- <sup>30</sup> Walker, N. *Why punish? Theories of punishment reassessed*. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 37.
- <sup>31</sup> Manzanos Bilbao, C., «Violencia, salud y drogas en prisión», en *La prisión en España: una perspectiva criminológica*, cit., p. 154.
- <sup>32</sup> Cfr. Larrauri Pijoan, E. «Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis», en *La criminología aplicada II*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 79 (*Cuadernos de derecho judicial*, 7-1998).
- <sup>33</sup> Así Farias describe adecuadamente las llamadas heridas de la prisión, empezando por la «ociosidad, llegando a la promiscuidad, la superpoblación, la macrocomunidad, la formación de grupos mafiosos, el trabajo esclavo o la irrisoria remuneración, la ley del silencio, la consecución y confección de las armas, los ataques sexuales de carácter homosexual y abusos sexuales de funcionarios a internos/as, el tráfico y uso de tóxicos, la fabricación y el uso de bebidas alcohólicas, la práctica de juegos de azar, las fugas, los motines y rebeliones, huelga de hambre en los servicios esenciales (aquellos que trabajan en la cocina, panadería, etc), la violencia entre los detenidos con las constantes muertes en el interior de las cárceles, las amenazas a través de las cartas, corrupción en alta escala entre los detenidos y funcionarios con discriminaciones y privilegios. (*Manual de criminología*. Curitiba: Educa, 1990).
- <sup>34</sup> Lo últimos datos ofrecidos por Eurostat (junio de 2009) daban una cifra de 591.443 reclusos en el conjunto de la Unión. La cantidad es notoriamente inferior a la que presenta Estados Unidos, así Hemos de recordar que 2.050.000 se encuentran reclusos en las cárceles norteamericanas y 6.9 millones de personas se encuentran sujetas a medidas penitenciarias sobre una población global de 302.688.000 de personas (3.2% de la población adulta). (Vid. Walmsley, *World prison population list*. 7ª ed. Londres: International Centre for Prison Studies, 2007, p. 1. También Tonry, M. «Crime and punishment in America, 1971-1996», *Overcrowded Times*, abril 1998, p. 15.
- <sup>35</sup> Datos de febrero de 2010 (76.227 reclusos; de los que el 92% serían hombres).
- <sup>36</sup> Desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se ha insistido en que las últimas reformas penales (en materia de violencia de género y seguridad vial) han supuesto un importante incremento de la población reclusa que ha venido a acentuar el problema existente. En materia de tráfico, por ejemplo, a junio de 2009, hay cerca de setecientos reclusos cuyo delito principal se encuentra relacionado con el tráfico habiéndose incrementado un ochenta y seis por ciento en apenas un semestre.

- <sup>37</sup> Vid. *Story of the prison population 1995 – 2009 England and Wales*, julio de 2009.
- <sup>38</sup> Podemos citar como botón de muestra los aprobados por el Parlamento italiano en 2006 con el objeto de descongestionar las cárceles; no obstante, el problema de sobreocupación sigue afectando en la actualidad al sistema penitenciario italiano debiendo destacarse el elevado número de reclusos extranjeros.
- <sup>39</sup> En este mismo país es interesante destacar la experiencia iniciada en 2006 con la cárcel de baja seguridad de Lelystad en la que se aplican técnicas de vigilancia electrónicas que proporcionan mayor movilidad a los reclusos; sobre esta experiencia, Gudín Rodríguez-Magariños, F., «La cárcel de Lelystad: otro modelo de cárcel electrónica», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2006, núm. 706. Si en 2004, eran veinte mil los reclusos en centros penitenciarios holandeses, cinco años después la cifra ha seguido bajando hasta los dieciséis mil.
- <sup>40</sup> Vid. Kuhn, A. «Incarceration rates: Europe versus USA», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1996, vol. IV/3, pp. 52-54. Si bien el autor destaca que estas dos medidas han comportado a veces efectos perversos. Así por ejemplo la desaparición de penas cortas de prisión conlleva en ocasiones, una elevación de las penas, y en el caso de la libertad condicional que en Austria pasó a concederse a mitad de la condena se observó que entonces se endurecían las condiciones para concederla.
- <sup>41</sup> *Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución*, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.
- <sup>42</sup> Debemos destacar la relevancia del Plan de Creación y Amortización de Centros Penitenciarios que prevé la construcción de cuarenta y seis nuevas infraestructuras penitenciarias hasta 2012.
- <sup>43</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, IX Legislatura, Comisión de Interior, nº 85, 2008 (sesión celebrada el 24 de noviembre de 2008.).
- <sup>44</sup> Datos tomados del Informe del Ministerio del Interior *Balance 2008. Evolución de la criminalidad*. Dos años antes, en 2006, la tasa de criminalidad era de 49,3, veinte puntos inferior a la media europea.
- <sup>45</sup> Informe de Eurostat: *Crime and Criminal Justice*, 36/2009; en septiembre de 2008 los datos ofrecidos por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias ante la Comisión de Interior hablaba de una tasa de ciento sesenta frente a ciento dos en el seno de la Unión, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.
- <sup>46</sup> *Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución*, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.
- <sup>47</sup> Sobre esta cuestión, Ruiloba Alvariño, J. *El Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes: su aplicación en España*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2005.

- <sup>48</sup> A título de ejemplo, Caso *Kochetkov v. Estonia*, 2 de julio de 2009.
- <sup>49</sup> Vid. Tellez Aguilera, A. *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa*, cit., pág. 32.
- <sup>50</sup> Rec (1984) 12.
- <sup>51</sup> Sobre esta cuestión, García España, E., «Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2003, núm. 4, pp. 43 y ss.
- <sup>52</sup> Con la cuestión religiosa como tema de fondo, pueden apuntarse los sucesos de la prisión de Topas, de todos conocidos.
- <sup>53</sup> En España el debate se ha suscitado recientemente con ocasión de la reforma de la llamada Ley de Extranjería pretendiendo alargarse el plazo de internamiento a sesenta días y especialmente con las graves deficiencias de los centros de internamiento.
- <sup>54</sup> Es sobradamente indicativa de esta tendencia, la Circular 1/2010 de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras que contiene las «Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la LO 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y recordatorio de otras actuaciones.
- <sup>55</sup> Vid. Bueno Arús, F., «La mujer y el sistema penitenciario», *Revista del Poder Judicial*, 1995, núm. 39, p. 69. Como refiere el autor numerosas son las explicaciones que se han dado para resolver este fenómeno, ya en el siglo XIX, Lombroso, quien, desde una perspectiva antropológico-social, lo fundamentaba en el hecho de que, entre las mujeres, «la prostitución reemplaza completamente a la criminalidad», por lo que, «si la prostituta se contara en la población criminal, la criminalidad de los sexos se equilibraría, notándose, quizá, hasta cierto predominio en la mujer». En cierto modo, la legislación penal española anterior al régimen democrático parecía apoyar esa cuasiequiparación lombrosiana de la prostitución a la delincuencia, desde el momento en que aquella, aun no tipificada en el Código Penal, constituía un supuesto de medida de seguridad por peligrosidad criminal (Leyes de 4 de agosto de 1933 y 4 de agosto de 1970) o de internamiento administrativo en centros dependientes de llamado Patronato de Protección a la Mujer (Decreto de 6 de noviembre de 1941 y Ley de 20 de diciembre de 1952).
- <sup>56</sup> En este sentido, Giménez-Salinas i Colomer, E. «Mujeres delincuentes: del mito a la prisión», *Revista del Poder Judicial*, 1997, núm. 48, pp. 271-273.
- <sup>57</sup> Véase, Leganés Gómez, S. «Mujer y prisión», *La Ley Penal*, 2009, núm. 59.
- <sup>58</sup> Paralelamente, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966: «Todas las personas son iguales ante la ley... La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo... ».
- <sup>59</sup> *Informe sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar*,

Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, 15 de febrero de 2008; véase, también, la Regla 34 de las Reglas Penitenciarias Europeas.

- <sup>60</sup> *Mujeres privadas de libertad en los centros penitenciarios de Andalucía*, Defensor del Pueblo de Andalucía, 2006.
- <sup>61</sup> Concretamente en las comunidades de Andalucía, Baleares, Canarias, Madrid y Valencia.
- <sup>62</sup> Nos servimos para el título de este apartado de la rúbrica de un reciente informe publicado en la materia elaborado desde la Asociación pro derechos humanos de Andalucía: *Enfermos mentales en las prisiones ordinarias: un fracaso de la sociedad del bienestar*.
- <sup>63</sup> Más en detalle, Reviriego Picón, «Centros penitenciarios y personas con discapacidad», en Sánchez, S. (coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 195 a 213.
- <sup>64</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.
- <sup>65</sup> Véanse, asimismo, las Reglas 39 y ss relativas a la sanidad penitenciaria; en especial, las Reglas 40.4, 42.3.b, 42.3.h y 47.2.
- <sup>66</sup> Así se expresaba en el prólogo al libro *Las personas con discapacidad en el medio penitenciario*. Madrid: CERMI-CINCA, 2008, pp. 7 y ss.
- <sup>67</sup> Vid. Pérez Luño, A. E. «Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad. A propósito de una convención internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad»; Campoy Cervera, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 35.
- <sup>68</sup> *Documentos penitenciarios*, nº 5, Madrid, 2006.
- <sup>69</sup> Vid. García Miranda, V., «La discapacidad intelectual en el medio penitenciario», en Carcedo González, R. y F. Reviriego Picón (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*. Salamanca: Amaru, 2007, p. 54.
- <sup>70</sup> También es necesario destacar que hay que establecer un control, al prever, obligatoriamente, un control judicial periódico sobre el sujeto una medida de seguridad de internamiento, pues como señaló la STEDH de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra el Reino Unido): «un enajenado detenido en un establecimiento psiquiátrico por una duración ilimitada o prolongada tiene en principio el derecho, al menos en ausencia de control judicial periódico y automático, de interponer a intervalos razonables un recurso ante un Tribunal para impugnar la legalidad de su internamiento...».
- <sup>71</sup> Vid. Nistal Burón, F. J. «La discapacidad psíquica en sede de ejecución penal. Principio de resocialización», *Revista General de Derecho Penal*, 2008, núm. 9.
- <sup>72</sup> Instrucción 14/2005 (programa Marco de Prevención de Suicidios), Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

- <sup>73</sup> *Informe 2008. El problema de la drogodependencia en Europa (Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías).*
- <sup>74</sup> Datos tomados de las Jornadas *XX aniversario del Servicio de Asesoramiento a Jueces e Información y Atención al Detenido Drogodependiente* celebradas en octubre de 2009. Sobre esta misma cuestión, con más lejanía en el tiempo, véase los datos recogidos por Gudín Rodríguez-Magariños, F., *Retos del Derecho Administrativo penitenciario frente al siglo XXI*, UNED, Madrid, 2004. (Tesis doctoral no publicada).
- <sup>75</sup> En aquella época en EE.UU se aplicaron diferentes programas (la comunidad terapéutica conocida como Stay N Out, el Lantana, Cornerstone, en Estados Unidos, y el Programa Educativo para Prisiones de la Universidad Simon Fraser, Canadá) han obtenido índices de reincidencia muy bajos (16%). Los elementos comunes encontrados en estos programas que pueden contribuir a su éxito incluyen: enfoques multifacéticos, suficiente duración e intensidad del tratamiento, admisión temprana en el mismo, personal dedicado y bien entrenado, y cooperación con el resto de la institución.
- <sup>76</sup> No se incluyen en esta estadística los fallecimientos producidos en las prisiones de Cataluña.
- <sup>77</sup> *Informe 2007. El problema de la drogodependencia en Europa (Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías).*
- <sup>78</sup> Para un estudio más profundo de este caso, véase, Nistal Burón, F.J., «Las muertes por enfermedad en prisión. Los elementos esenciales definidores de la responsabilidad de la Administración penitenciaria (a propósito de la condena del Comité de Derechos Humanos de la ONU a España por la muerte de un recluso por SIDA)», *La Ley*, núm. 7215, 2009.
- <sup>79</sup> STS 628/2000, (2ª), de 11 de abril, (Jiménez Villarejo). Sobre este tema vid. Nistal Burón, F. J., El tratamiento de los delincuentes toxicómanos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2000, de 11 de abril, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 248, 2000, pp. 193-203.
- <sup>80</sup> Vid. McWilliams, W. «The mission transformed: professionalisation and probation between the wars», *The Howard Journal of Criminal Justice*, núm. 24, vol. 4, pp. 257-274.
- <sup>81</sup> «Prólogo», Téllez Aguilera, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Madrid: Edisofer, 1998, p. 11.
- <sup>82</sup> Téllez Aguilera, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Madrid: Edisofer, 1998, p. 23.
- <sup>83</sup> Dentro de la amplia bibliografía existente sobre esta cuestión, véase, a título de ejemplo, Albrecht, H.J., Kalmthout, A., (eds), *Community sanctions and measures in Europe and North America*, Freiburg: Iuscrim, 2002; una breve reseña comparatista en nuestra doctrina puede verse en, Brandariz García, J. A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002,



- pp. 23-39; también, Téllez Aguilera, A. *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Madrid: Edisofer, 2005.
- <sup>84</sup> Código Penal (arts. 33 y 49).
- <sup>85</sup> Cit. en Schwartz, B. y otros, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Madrid: Civitas, 1980, p. 61.
- <sup>86</sup> Véase, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.
- <sup>87</sup> Los últimos datos de que tenemos noticia (junio de 2009) cifran en 84.326 las personas que están cumpliendo medidas alternativas (cifras dadas a conocer con ocasión de las XVIII Jornadas de los magistrados de Vigilancia Penitenciaria).
- <sup>88</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.
- <sup>89</sup> Como apunta González Rus, «La cuestión no es tanto pronunciarse a favor o en contra de la custodia domiciliar bajo vigilancia electrónica, sino determinar en qué casos y bajo qué garantías individuales debe producirse su incorporación al sistema penal penitenciario», (González Rus, J. J. «Control electrónico y sistema penitenciario», en *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, p. 84).
- <sup>90</sup> Así, Nistal Burón apunta las notables ventajas del sistema: bajo coste, evita la sobrecarga de los centros penitenciarios, que no entren en prisión individuos poco peligrosos, que el sujeto no pierda su trabajo y pueda atender las necesidades económicas de su víctima, que eluda los efectos desocializadores y que, a su vez, esté controlado por la sociedad. (Nistal Burón, F. J., «La prisión del siglo XXI», en *I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas Penitenciarias de Andalucía*. Jaén: Cámara Oficial de Comercio e Industria de Jaén, 2002, p. 44).
- <sup>91</sup> Vid. Gudín Rodríguez-Magariños, F. *Sistema penitenciario y revolución telemática ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*. Madrid: Slovento, 2005, p. 47; también, Otero González, M. P. *Control telemático de penados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- <sup>92</sup> Vid. Sartor, G. «Inteligencia artificial y Derecho», en *La crisis del Derecho y sus alternativas*. Madrid, 1995, pp. 197 y ss.
- <sup>93</sup> Vid. Schoen, B. «Administrative supervision of prison administration», en *Monitoring prison conditions in Europe*. Paris, 1997, p. 93.
- <sup>94</sup> Vid. Gudín Rodríguez-Magariños, F. *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., pp. 104 y ss.
- <sup>95</sup> Poza Cisneros y Gudín Rodríguez-Magariños resaltan que esta experiencia vino precedida de estudios rigurosos, una adecuada selección y la previsión de programas pilotos, «Las nuevas tecnologías en el ámbito penal», *Revista del Poder Judicial*, 2002, núm. 65, p. 262; *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., pp. 109 y 110 respectivamente. Desde otra perspectiva Parés i Galles apunta lo primi-

- tivo del sistema de pulseras articulado así como sus deficiencias técnicas, «Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro», *Revista del Poder Judicial*, 1997, núm. 46, p. 262.
- <sup>96</sup> Un detallado estudio sobre algunas de estas experiencias puede verse en Gudín Rodríguez-Magariños, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., pp. 87–130.
- <sup>97</sup> Con anterioridad, Instrucción 13/2001 («Aplicación del artículo 86.4 RP»), Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
- <sup>98</sup> Ley Orgánica 15/2003, de 15 de noviembre; Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; Instrucción 13/2005 («Procedimiento de Ejecución de la pena de localización permanente»), Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
- <sup>99</sup> Sobre este proyecto, véase Gudín Rodríguez-Magariños, F., «La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos», *Revista General de Derecho Penal*, 2009, núm. 11.
- <sup>100</sup> En el área penitenciaria, resultan muy esclarecedoras las palabras del conde de Torreonaz, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia, en su defensa ante la Cámara de Diputados del Proyecto español de 8 de enero de 1900 sobre la implantación de la condena condicional, señalando que ésta «es una de las cosas que pueden estudiarse y ponerse por obra sin gastar dinero. No nos equivoquemos: nuestro punto de vista ha de ser siempre no gastar dinero» (Por cit. Maqueda Abreu, M. L., *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, p. 38).
- <sup>101</sup> «Prólogo», Téllez Aguilera, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones: derecho y realidad*. Madrid: Edisofer, 1998, p. 13.
- <sup>102</sup> Los nuevos centros se ubicarán en Andalucía, Castilla y León, Ceuta, Islas Canarias, Murcia, Navarra, Valencia y País Vasco.
- <sup>103</sup> Como muestra, un botón: a la par que se publicaba esta «cuenta de resultados» una Comisión Federal sobre Violaciones en las prisiones estadounidenses ha dado a conocer que más de sesenta mil reclusos son violados cada año.
- <sup>104</sup> Matthews, R. *Privatizing criminal justice*. London: Sage, 1987; Vagg, J., *Prison systems*. Oxford: Clarendon Press, 1994, en nuestra doctrina, ofreciéndose un estudio histórico y comparatista de la participación privada en el ámbito penitenciario, véase Sanz Delgado, E., *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*. Madrid: Edisofer, 2000.
- <sup>105</sup> Sobre el coste de un recluso en España vid. «Mantener un preso en España es un 46% más caro que en EEUU», *Libertad Digital*, 26 de junio de 2009.

- <sup>106</sup> Sobre las consecuencias de la privatización en las condiciones de las prisiones véase, Lukemeyer, A., R. C. Mc Corkle, «Privatization of prisons», *The American Review of Public Administration*, 2006, vol. 36.2, pp. 189 y ss.
- <sup>107</sup> Matthews, cit. en Rivera Beiras, J. (coord.), *Política criminal y sistema penal*, Anthropos, 2005. Véase también, Rosal Blasco, B. del, «La privatización de las prisiones. Una huida hacia la pena de privación de libertad», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 1998, núm 12 extraordinario.
- <sup>108</sup> Sanz Delgado, E. «Las prisiones privadas. Una solución insatisfactoria al problema penitenciario», *El rapto de Europa*, 2007, pp. 31 y ss.
- <sup>109</sup> *Informe sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución*, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.
- <sup>110</sup> Vid. Petrucci Carrie, J. «Apology in the criminal justice setting: evidence for including apology as an additional component in the criminal system», *Behavioral Sciences and the Law*, 2002, 20, pp. 337 y ss.
- <sup>111</sup> Sobre los logros de este sistema vid. Ríos Martín, J. C., T. Olavarría Iglesia «Conclusiones del curso de mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2.ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos», en *La mediación civil y penal: un año de experiencia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 253-302 (*Estudios de derecho judicial*, 136-2007).
- <sup>112</sup> Una delimitación del sentido y función del perdón en la justicia restaurativa en Peterson, Armour M y M. S. Umbreit «Victim forgiveness in restorative justice dialogue», *Victim and Offenders*, 2006, pp. 123-140.
- <sup>113</sup> Vid. «Comparison of models», *Restorative Justice*, Australian Institute of Criminology, 2006.
- <sup>114</sup> La normativa internacional se hace eco de esta iniciativa y se puede resumir en la siguiente: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1950; Recomendación R (83), 7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; Recomendación R (85) II, de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal; Recomendación R (87) 21, del 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la «asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización»; Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985; Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) (Diario Oficial n.º L 082 de 22 de marzo de 2001 p. 0001-0004). Es de reseñar que la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, establece que «los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales (...), pondrán en vigor las disposicio-

nes legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de mayo de 2006» (arts. 10 y 17).

- <sup>115</sup> Decía Mittermaier que la confesión es un hecho antinatural pues nadie en su sano juicio se expondrá ante un hecho que le pudiera reportar consecuencias negativas. La mediación se basa no sólo en la superación del resentimiento de la víctima sino también, y esto es importante, en el reconocimiento de su ilícito por parte del autor.
- <sup>116</sup> Junto a los perjudicados, el sentido amplio ha de hacerse extensivo a lo que podemos llamar víctimas colectivas, indirectas o reflejas. Así Beristain refiere los supuestos de delitos terroristas en los que los sujetos pasivos (los heridos o fallecidos) son en cada caso un número mayor o menor, pero limitado, mientras que las víctimas que hemos dado en llamar indirectas o reflejas pueden ser muchas más. En algunas ocasiones, dice, «pueden ser miles los militares o los periodistas que ante el asesinato de un militar o un periodista por la banda terrorista se sientan directamente aterrorizados, victimizados. (Beristain Ipiña, A., «¿La sociedad/judicatura atiende a «sus» víctimas/testigos?», en *La victimiología*. Madrid: Consejo General del Plan Judicial, 1993, p. 1986 (Cuadernos de derecho judicial, 15).
- <sup>117</sup> *Prisons: une humiliation pour la République* (Rapport n° 449 -1999-2000).
- <sup>118</sup> Véase, «Les prisons francaises parmi les pires d'Europe ?», *L'humanité*, 11 de junio de 2009.
- <sup>119</sup> Vid. Martinson, R., «What works? Questions and answers about prison reform», *The Public Interest*, núm. 35, pp. 22-54. Tras la nihilista consigna de que «nada funciona», lejos de lograr imprimir un impulso positivo a la producción de nuevas y versátiles ofertas rehabilitadoras que pretendía el autor, su artículo contribuyó a que la Criminología, y de ahí, a la ley y al Derecho penitenciario, se vieran, imbuidas del desanimo, encaminadas hacia soluciones retributivas de signo neoclásico, así como al recurso a la pena de prisión con miras estrictamente inocuizadoras. Sobre el enorme impacto científico de las conclusiones del ensayo de Martinson, vid. ampliamente Cullen, Francis, T. y Paul Gendreau, «Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas», (trad. Christopher Birkbeck) en *Justicia penal siglo XXI: una selección de Criminal Justice 2000*, en Barberet, R., y J. Barquín, Justicia Penal. Albolote (Granada): Comares, 2006, 278 pp. y ss. Posteriormente, y bajo la misma egida negativa, Marc Ancel en el seno de II Centenario de la «Société Générale des prisons» formula la teoría de «la política de tratamiento ha fracasado» que reforzó en gran medida los posicionamiento ideológicos de carácter retribucionista como el denominado «movimiento de la ley y el orden».
- <sup>120</sup> Vid. Ruherford, A. *Prison and the process of justice: the reductionist challenge*. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 171.
- <sup>121</sup> No podemos dejar de recordar los módulos de respeto del Centro Penitenciario de Mansilla de las Mulas (León) y las unidades terapéuticas y educativas (UTES) del Centro Penitenciario de Villabona (Asturias).

- <sup>122</sup> Las conclusiones de la II Conferencia Temática Mundial de Psiquiatría Legal y Forense han destacado las serias deficiencias en materia de salud mental penitenciaria en nuestro país destacándose la labor desarrollada en otros como Bélgica, Canadá o Reino Unido.
- <sup>123</sup> Téllez Aguilera, A. «Aproximación al Derecho penitenciario de algunos países europeos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1998, núm. 1818, p. 19.
- <sup>124</sup> García Arán, M. «La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo», *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2006, núm. 30, p. 6.
- <sup>125</sup> Así Nistal Burón afirma «Todo el dinero que se emplea en escuelas, se ahorra en prisiones». (Vid. Nistal Burón, F. J., *La Opinión*, domingo 20 de julio de 2008).
- <sup>126</sup> Ya afirmaba Beccaria en su celeberrimo *Tratado de los delitos y las penas*: «El fin de la pena no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales, luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo».
- <sup>127</sup> Garland, D. *Castigo y sociedad moderna*. México: Siglo XXI, 1999. El autor entiende que todas las instituciones sociales tienen un margen de error o ineficiencia, pero en circunstancias normales puede tolerárselo en mayor o menor grado sin cuestionar a la institución misma; si esta satisface las expectativas habituales, y si, en general, su manejo y legitimidad son indiscutibles, las deficiencias no serán importantes.
- <sup>128</sup> Vid. Durkheim, E. *Las reglas del método sociológico*. Barcelona: Orbis, 1985, pp. 93-97.
- <sup>129</sup> Así el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de Niza de 2000 (incorporada al acervo comunitario tras el Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009) refiere que «Los pueblos de Europa, al crear entre sí una Unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación».
- <sup>130</sup> El derecho ansía y perpetúa la racionalidad en los problemas que trata de resolver. En palabras de Oliver Wendell Holmes en la sentencia *Abrahams v. United States*: «el bien común, última ratio, siempre se alcanza mejor mediante el libre intercambio de ideas; que la mejor prueba de la verdad reside en el poder de la idea para imponerse por la aceptación voluntaria y que la verdad es la única forma en que los deseos pueden llevarse a cabo con seguridad. En esto reside nuestra teoría de la Constitución».



## **CONSULTAS E INFORMES**





## RESPUESTAS DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA A CONSULTAS SOBRE SEGURIDAD CIUDADANA<sup>1</sup>

### **1. SOBRE LAS FUNCIONES QUE PUEDEN DESEMPEÑAR LOS VIGILANTES DE EXPLOSIVOS ARMADOS EN UNA OBRA PÚBLICA**

En contestación al escrito de un particular, formulando consulta relativa a las funciones que pueden desempeñar los vigilantes de explosivos armados en una obra pública consistente en la construcción de un túnel, esta Secretaría General Técnica, previo informe de la Comisaría General de Seguridad Ciudadana y de la Intervención Central de Armas y Explosivos, pone de manifiesto lo siguiente:

«...Centrándonos ya en el análisis de las cuestiones objeto de consulta, cabe formular las siguientes consideraciones:

El Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, así como las Instrucciones Técnicas Complementarias que lo desarrollan, prohíben la entrada de personal con armas de fuego en las obras subterráneas.

El último responsable de las voladuras en dichas obras y, por tanto, facultado para decidir si cualquier clase de personal, incluidos los vigilantes de seguridad, puede entrar en una obra subterránea es el Director Facultativo de la voladura, a quien corresponde asimismo determinar las condiciones en que tal entrada debe producirse y, más concretamente, si pueden o no portarse las armas reglamentarias.

Por otra parte el artículo 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, viene a establecer las obligaciones de los trabajadores para con las medidas de seguridad en el trabajo adoptadas por el empresario.

Igualmente, en el mismo artículo se recoge que el incumplimiento de las mismas es equivalente al incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, pudiendo ser sancionado el trabajador que no cumpla dichas medidas.

Finalmente, el artículo 211.4 del Reglamento de Explosivos, aprobado por el Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, modificado por el Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, establece: «Con la finalidad de reforzar la protección de los explosivos en su fase final de consumo, los responsables de la explotación u obra deberán contar con un servicio de vigilantes de seguridad de explosivos, los cuales a la finalización del proceso de voladura podrán efectuar de forma aleatoria registros individuales al personal que haya participado en dicha operación, todo ello de acuerdo con un plan aprobado y supervisado por la Intervención de Armas y Explosivos correspondiente, a la que se le enviará mensualmente un resumen de las actuaciones realizadas».

De lo anteriormente expuesto, y en respuesta concreta a las preguntas formuladas, se pone de manifiesto lo siguiente:

1. Los vigilantes de seguridad podrán penetrar en el interior del túnel acompañando a los explosivos y al personal que va a realizar el consumo y vigilar las operaciones, siempre y cuando cuenten con la autorización del responsable de la voladura.
2. En el caso de estar autorizados para penetrar en el mismo, deberán observar las medidas de seguridad impuestas por la empresa encargada de la obra para el resto de los trabajadores que realicen las labores de voladuras (uso de casco, calzado de seguridad, etc.), sin que se necesite otro tipo de autorización.
3. En el caso de no estar autorizados para penetrar en el túnel, los registros a los que se refiere el artículo 211.4 del Reglamento de Explosivos, se realizarán tal y como se dispone en el mismo, esto es, de forma aleatoria, salvo que en el plan autorizado y supervisado por la Intervención de Armas de la Guardia Civil se disponga otro modo de realizar dichos registros.
4. En lo referente a quién debe proporcionar el lugar adecuado para efectuar los registros, no existe reglamentación alguna que lo determine, por lo que habrán de ser las partes contratantes (cliente y empresa de seguridad) las que deban llegar a un acuerdo en el momento de firmar los correspondientes contratos de prestación de servicios».

## 2. SOBRE CUESTIONES RELACIONADAS CON LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SEGURIDAD PRIVADA CON ARMAS DE FUEGO

En contestación al escrito de un particular, formulando consulta sobre diversas cuestiones relacionadas con la prestación de servicios de seguridad privada con armas de fuego, esta Secretaría General Técnica, previo informe de la Comisaría General de Seguridad Ciudadana, pone de manifiesto lo siguiente:

«...Con carácter previo al análisis de las cuestiones objeto de consulta, cabe formular las siguientes consideraciones de carácter general:

Respecto a la exposición que se realiza en el escrito de consulta sobre las analogías entre las funciones y cometidos que desarrollan los vigilantes de seguridad y sus especialidades y las que realizan los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como la discriminación que se establece entre unos y otros en cuanto a la concesión de las correspondientes licencias de armas, debe recordarse lo siguiente:

En primer lugar, no puede olvidarse que son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quienes tienen la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y, al propio tiempo, garantizar su seguridad, siendo la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la que determina sus funciones, así como sus principios básicos de actuación.

Por su parte, las actividades o servicios que prestan las empresas privadas de seguridad, a través de su personal, en cuando complementarios y subordinados de los de la seguridad pública, lógicamente tendrán incidencia en la seguridad ciudadana, si bien las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben estar permanentemente presentes en el desarrollo de dichas actividades y servicios e informadas de cualquier circunstancia trascendente para la seguridad pública.

Puede decirse que el concepto de seguridad privada discurre por los siguientes criterios básicos:

- Vinculación contractual de la empresa de seguridad y cliente –persona física o jurídica–.
- Utilización de los medios humanos y materiales adecuados a su fin, cual es la protección y prevención.
- Especialización, en función del servicio contratado.

Frente a estos criterios, las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se concretan en garantizar el ejercicio de los derechos y libertades personales y preservar la seguridad ciudadana y la seguridad pública, con base en los siguientes criterios:

- Sus actuaciones se inscriben dentro del ámbito de la Administración Pública, con carácter de servicio público.
- Sus funciones se desarrollan de forma generalizada e indiscriminada respecto de los ciudadanos.
- Tienen conferida la prerrogativa del uso de la fuerza, con las limitaciones legales y con arreglo a los principios de objetividad y proporcionalidad.

Centrándonos ya en las cuestiones objeto de consulta, se informa lo siguiente:

1. En primer lugar, se plantea la posibilidad de que los vigilantes de seguridad, al igual que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tengan una licencia de armas que, una vez obtenida, vaya ligada inequívoca e indivisiblemente a su tarjeta de identidad profesional o, dicho de otro modo, que la propia tarjeta de identidad profesional sea considerada como licencia de armas C.

Pues bien, sobre este particular debe señalarse que el Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, prevé en su artículo 54.2.c), como requisito específico para la habilitación de los vigilantes de seguridad, el de reunir los requisitos necesarios para poder portar y utilizar armas de fuego, a tenor de lo dispuesto al efecto en el vigente Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero.

La normativa de seguridad privada no establece dos categorías distintas de personal según puedan o no portar armas, sino tipos de servicios que pueden o deben necesariamente prestarse con armas (artículo 81 del Reglamento de Seguridad Privada), por lo que, desde esta Secretaría General Técnica, se ha venido sosteniendo el criterio de que las empresas de seguridad podrán contratar vigilantes de seguridad, siempre que estén debidamente habilitados y provistos de la correspondiente tarjeta de identidad profesional, sin necesidad de que dicho personal esté dotado de licencia de armas, aunque sí debe estarlo de los requisitos necesarios para poder obtenerla, de conformidad con lo previsto en el vigente Reglamento de Armas.

Sin perjuicio de lo anterior, si los vigilantes de seguridad se contratan específicamente para prestar servicios con armas de fuego, con carácter

habitual o eventual, deberán estar provistos o proveerse de las correspondientes licencias de armas tipo C, en la forma prevenida en el aludido Reglamento.

Por otra parte, debe ponerse de manifiesto que la filosofía que preside la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, es que los servicios de seguridad privada, como norma general, se presten sin armas, previéndose la autorización del uso de las mismas únicamente cuando lo exijan las circunstancias concretas y, en todo caso, en los supuestos tasados legal y reglamentariamente establecidos.

Asimismo, tanto la normativa de seguridad privada como la de armas, condicionan la validez de las licencias de armas tipo C que corresponden al personal de seguridad privada a la prestación de determinados servicios de seguridad, quedando sin efecto –y careciendo por tanto de validez- cuando dejen de prestarse los servicios que motivaron su concesión.

En efecto, el artículo 61 del Reglamento de Seguridad Privada dispone que, para que los vigilantes de seguridad y escoltas puedan prestar servicios con armas, éstos habrán de obtener la licencia tipo C conforme a lo prevenido en el Reglamento de Armas. El propio artículo establece que dicha licencia tendrá validez exclusivamente para la prestación del servicio de seguridad; que carecerá de validez cuando su titular no se encuentre realizando servicios; que podrá ser suspendida temporalmente por falta de realización o por resultado negativo de los ejercicios de tiro regulados en el artículo 84 del Reglamento de Seguridad Privada; y que quedará sin efecto al cesar el personal de seguridad en el desempeño del puesto en razón del cual le hubiera sido concedida, cualquiera que fuese la causa del cese.

Por su parte, el Reglamento de Armas, en su Capítulo V, Sección 6ª (Licencias para el ejercicio de funciones de custodia y vigilancia), dispone los requisitos y condiciones que han de cumplirse para el otorgamiento de la licencia tipo C al personal de seguridad privada.

El artículo 125 del mismo Reglamento, en relación con el artículo 61.2 del Reglamento de Seguridad Privada, establece que la licencia C sólo tiene validez durante el tiempo de prestación del servicio de seguridad determinante de su concesión y que quedará sin efecto al cesar el personal que la tenga otorgada en el desempeño de las funciones o cargos en razón de los cuales le fueron concedidas.

Seguidamente, el artículo 126 del Reglamento de Armas se pronuncia del siguiente tenor literal:

«1. Al cesar en su cargo o función, temporal o definitivamente, al titular de una licencia de este tipo le será retirada por el superior jerárquico, entidad, empresa u organismo en el que prestan o han prestado servicios, y será entregada en la Intervención de Armas. El arma quedará depositada a disposición de la empresa, entidad u organismo propietario.

2. En los supuestos de ceses temporales, si el titular de la licencia hubiese de ocupar de nuevo un puesto de trabajo de la misma naturaleza, le será devuelta su licencia de uso de armas, cuando presente certificado o informe sobre dicho puesto, expedido de acuerdo con el artículo 122.a)».

En base a lo anteriormente expuesto, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

- La licencia C, correspondiente al ejercicio de las funciones de custodia y vigilancia, sólo será anulada cuando se pierda la condición de personal de seguridad privada por alguna de las causas previstas en el artículo 64.1 del Reglamento de Seguridad Privada.
- Cuando los incisos finales de los artículos 61.2 del Reglamento de Seguridad Privada y 125 del Reglamento de Armas hacen referencia a la expresión «quedará sin efecto» (la licencia), no puede interpretarse, en términos jurídicos, como sinónimo de anulación, puesto que tales incisos han de ser conjuntamente interpretados con los artículos 84 del Reglamento de Seguridad Privada y 126 del Reglamento de Armas, en relación con la suspensión temporal de la licencia C.
- En consecuencia, cuando el personal de seguridad deje de prestar servicios con armas, por haber cesado en su cargo o función, temporal o definitivamente, la licencia de armas quedará sin efecto –no anulada-, es decir, quedará suspendida y depositada en la correspondiente Intervención de Armas y Explosivos hasta que su titular presente un certificado de la empresa en el que se haga constar que tiene un cometido o puesto de trabajo para el que precisa dicha licencia (artículo 126 del Reglamento de Armas).

Ahora bien, si el cese en sus funciones deviene de la pérdida de la condición de personal de seguridad por alguna de las causas previstas en el artículo 64.1 del Reglamento de Seguridad Privada, dicha licencia quedará anulada definitivamente.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, esta Secretaría General Técnica entiende que cuando el personal de seguridad privada deje de prestar servicios con armas, deberá depositar su licencia en la Intervención de Armas correspondiente, toda vez que dicha licencia ha perdido su eficacia

—aunque no su validez jurídica— hasta que se acredite nuevamente la necesidad de la misma para desempeñar un puesto de trabajo con armas.

De todo cuanto antecede, y en respuesta a la cuestión concreta que se plantea, cabe concluir que, mientras la tenencia y uso de armas es consustancial a la condición de miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, condición que sigue ostentándose incluso fuera del servicio, no ocurre lo mismo en el caso del personal de seguridad privada, ya que, primero, no todos los servicios que desempeñan deben prestarse necesariamente con armas de fuego y, segundo, el uso de éstas está ligado únicamente a la prestación de un servicio concreto, a cuya finalización el arma debe ser depositada en los armeros de la sede de la empresa correspondiente.

De ahí que, a diferencia de lo que ocurre con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de las Fuerzas Armadas, a los cuales, siempre que se encuentren en servicio activo o disponible, les será considerada como licencia A su tarjeta de identidad militar o carnet profesional, en el caso de los vigilantes de seguridad no puede darse dicha circunstancia, puesto que tanto la normativa de seguridad privada como la de armas insisten en que las licencias C tendrán validez exclusivamente durante el tiempo de prestación del servicio correspondiente.

2. En segundo lugar, se alude a la discriminación consistente en que el resultado negativo de un ejercicio de tiro suponga la pérdida de la licencia de armas para el personal de seguridad privada, mientras que en el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los ejercicios de tiro no son evaluativos sino de perfeccionamiento.

La Ley 23/1992, de 30 de julio, contempla una serie de medidas destinadas a que el personal de seguridad privada, en cuanto personal que ejerce funciones complementarias y subordinadas de las de seguridad pública, mantenga actualizadas las aptitudes, conocimientos, habilidades o destrezas necesarias para el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, así como las condiciones físicas y psíquicas que su desempeño requiere.

A tal finalidad obedecen, además de la formación permanente prevista en el artículo 57 del Reglamento de Seguridad Privada (cursos de actualización y especialización), los ejercicios obligatorios de tiro que contempla el artículo 84 del mismo Reglamento o las pruebas psicotécnicas periódicas reguladas en el artículo 85.

La nueva redacción dada al apartado 1 del artículo 84 del Reglamento de Seguridad Privada por el Real Decreto 1123/2001, implica que la realización

de ejercicios periódicos de tiro es obligatoria tanto para el personal de seguridad privada que preste servicios con armas, como para los demás que puedan prestar dichos servicios por estar en posesión de las correspondientes licencias de armas, aún cuando las mismas se encuentren «suspendidas» y depositadas en las Intervenciones de Armas de la Guardia Civil. Por tanto, los ejercicios de tiro serán obligatorios para todo el personal de seguridad que se encuentre en posesión de la licencia C, debiendo las empresas de seguridad presentarlos a su realización, aún cuando en ese momento no estén desarrollando actividades con armas.

Cuestión distinta es que la licencia haya sido anulada definitivamente por haber perdido su titular la condición de personal de seguridad privada por alguna de las causas previstas en el artículo 64.1 del Reglamento de Seguridad Privada, en cuyo caso, obviamente, no existirá obligación alguna de presentarse a los ejercicios obligatorios de tiro.

Respecto a la cuestión concreta que se suscita, debe señalarse que el artículo 84, en su apartado 1, in fine, prevé que la falta de realización o el resultado negativo de un ejercicio de tiro podrá dar lugar a la suspensión temporal de la correspondiente licencia de armas hasta que el ejercicio se realice con resultado positivo. Por tanto, el resultado negativo de un ejercicio de tiro no implica en ningún caso la pérdida de la licencia, sino su suspensión temporal.

De ahí que sea lógico pensar que, circunstancias como las que se describen en el escrito de consulta como posibles causantes de un resultado negativo (inclemencias meteorológicas, armas que no están en perfectas condiciones, etc.), son excepcionales y no van a concurrir en las sucesivas repeticiones del ejercicio de tiro.

En cualquier caso, la Resolución de 28 de febrero de 1996 de la Secretaría de Estado de Interior (actualmente Secretaría de Estado de Seguridad), por la que se aprueban las instrucciones para la realización de los ejercicios de tiro del personal de seguridad privada, en su apartado primero, punto 11, establece que a los vigilantes de seguridad a los que se les haya suspendido temporalmente la licencia de armas se les autoriza su asistencia a los campos o lugares de tiro, que designe la empresa, para que, bajo la dirección de instructores habilitados, realicen las prácticas necesarias para recuperar la aptitud para disponer nuevamente de su licencia de armas C.

3. Se cuestiona en el escrito de consulta que la pérdida sensible de agudeza visual o auditiva sea motivo para que un vigilante de seguridad pierda la licencia de armas, mientras que los mismos defectos no incapacitan a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.



En primer lugar, cabe señalar que el Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada, procede a actualizar la enumeración y el sistema de evaluación y consideración administrativa de las enfermedades o deficiencias que impiden la obtención o renovación de las licencias de armas.

Los destinatarios de la normativa de referencia son, por tanto, todas aquellas personas que puedan tener y usar armas y ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, cual es el caso del personal de seguridad privada, que debe estar documentalmente habilitado para la tenencia y uso de armas.

En segundo lugar, el Gobierno consideró, y tal fue la finalidad perseguida por la norma, que cualquier actividad que requiera de la tenencia y uso de armas debe rodearse de las máximas garantías, y considera que la extrema cautela al respecto es fundamental para reducir los riesgos que el uso y aun la mera tenencia de armas comporta.

Por tanto, cualquier persona que pretenda obtener o renovar la licencia o autorización de tenencia de armas, necesita someterse a las pruebas de aptitud psicofísica y a las exploraciones necesarias para determinar si sus condiciones físicas o psíquicas le impiden la utilización de las armas y, especialmente, si la posesión o el uso de las mismas representan un peligro propio o ajeno.

Este fue el criterio del Consejo de Estado, en su dictamen de 30 de julio de 1998 sobre el Real Decreto de referencia, el cual, incluso, solicitó un endurecimiento de las restricciones de tenencia y uso de armas a quienes presenten alteraciones o deficiencias susceptibles de afectar a la regularidad de su conducta.

Por otra parte, el Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, lo único que se ha llevado a cabo es una actualización en la enumeración y el sistema de evaluación y consideración administrativa de las enfermedades o deficiencias con el fin de dotar de las máximas garantías la tenencia y uso de armas, aplicando más restricciones a quienes presenten alteraciones o deficiencias que puedan suponer un riesgo para la seguridad propia o ajena.

Por lo que se refiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, son sus disposiciones específicas sobre acreditación de aptitudes psicofísicas y cuadros de exclusiones médicas las que deben determinar los supuestos en los que, en atención a las anomalías o defectos presentados, deba privarse de la condi-

ción de policía o guardia civil, en su caso, con la consiguiente pérdida de la licencia de armas correspondiente, o bien procederse a la reasignación de destinos en función de la anomalía detectada.

4. Finalmente, se pone de manifiesto la insuficiencia, tanto en número como en frecuencia, de los ejercicios de tiro que realizan los vigilantes de seguridad, aduciendo que el vigilante no puede perfeccionar la técnica del disparo más que a través de los medios que le pueda proporcionar la empresa de seguridad a la que pertenece. En la nueva redacción dada por el Real Decreto 1123/2001, de 19 de octubre, al artículo 84.1 del Reglamento de Seguridad Privada, queda por determinar el número de disparos que debe realizar el personal que esté en posesión de la licencia C, al margen de que ésta se encuentre o no depositada en las Intervenciones de Armas correspondientes, cuya regulación corresponde al Ministerio del Interior.

Ello no obstante, sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda del referido Real Decreto, referente a la vigencia de normas preexistentes. En ella se dispone que en tanto tenga lugar la aprobación de las disposiciones precisas para el desarrollo y ejecución de lo previsto en el citado Real Decreto, continuarán en vigor las normas aplicables a los aspectos que remitan a ulterior desarrollo normativo.

Consecuentemente con lo anterior, la norma aplicable hasta que se desarrollen las características de los ejercicios de tiro regulados en el artículo 84 del Reglamento de Seguridad Privada, será la Resolución de 28 de febrero de 1996 de la Secretaría de Estado de Interior (hoy Secretaría de Estado de Seguridad), por la que se aprueban las instrucciones para la realización de los ejercicios de tiro del personal de seguridad privada.

En consecuencia, en el momento presente tanto la frecuencia de los ejercicios de tiro prevista en el artículo 84 del Reglamento de Seguridad Privada como el número de disparos que establece la ya aludida Resolución de 25 de febrero de 1996, son los que estiman suficientes para comprobar la aptitud en la conservación, mantenimiento y manejo de las armas del personal de seguridad privada.

En cualquier caso, debe señalarse que el artículo 84 del Reglamento de Seguridad Privada se refiere a ejercicios «obligatorios» de tiro por lo que, implícitamente, debe suponerse que la frecuencia que impone dicho artículo es la que se considera mínima para garantizar las referidas aptitudes, pero nada impide que las empresas de seguridad, con carácter voluntario, puedan presentar a sus trabajadores a la realización de otros ejercicios de tiro adicionales».

# RESPUESTAS DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA A CONSULTAS SOBRE MATERIA DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE ASOCIACIONES

## 1. IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS SOCIOS

Se vienen dirigiendo consultas al Registro Nacional de Asociaciones sobre la posibilidad de depositar en el Registro los Estatutos de aquellas asociaciones que regulen varias categorías de socios, con distintos derechos y la posible desigualdad en la forma de su ejercicio. Principalmente la duda se suscita con respecto al ejercicio del derecho al voto, tanto sobre si es admisible el privar a determinados socios del derecho al voto, como sobre si este puede ser ponderado en función de unos parámetros específicos establecidos en sus Estatutos.

Sobre estas cuestiones se ha respondido lo siguiente:

El artículo 21.a) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, entre otros derechos de los asociados, establece: *“participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General, de acuerdo con los Estatutos”*.

Consecuentemente estos derechos no pueden ser desconocidos por los Estatutos, que deberán contener, entre otros extremos, *“los derechos y obligaciones de los asociados y en su caso, de cada una de sus distintas modalidades”* (Art. 7.1.f de la L.O. 1/2002).

Ahora bien, cuando el artículo 21 de la Ley Orgánica reconoce estos derechos y su ejercicio *“de acuerdo con los Estatutos”*, parece que quiere indicar que a través de dichos Estatutos solo se podrá regular su ejercicio, e incluso, establecer desigualdades, tanto con respecto al voto como a los restantes derechos, siempre que éstas atiendan a criterios objetivos, pero entendiendo que dichas desigualdades no podrán conducir a la privación

total de los citados derechos y, en concreto, del derecho al voto a un grupo de asociados.

Esto no obsta a que puedan participar en la asociación otras personas sin derecho a voto, pero parece que deberían hacerlo en otro concepto diferente al de asociado, e incluso con otro nombre (miembros honorarios, benefactores, usuarios, beneficiarios, etc.), puesto que la condición de asociado lleva inherente el derecho al voto, con arreglo a los Estatutos.

No procede la pretensión de que el Registro rechace la inscripción de aquellos Estatutos que no recojan idénticos derechos y obligaciones para todos los miembros de la asociación, requiriendo la rectificación de su contenido, puesto que tal actuación podría suponer una injerencia impropia en la vida interna de la asociación y limitar el derecho de autorregulación estatutaria que determina el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/2002.

El Registro Nacional de Asociaciones al verificar si los Estatutos de una asociación cumplen los requisitos formales mínimos suficientes para acceder al Registro, no formula objeción cuando la diferencia entre las distintas clases de socios y el ejercicio de obligaciones y derechos, en particular del derecho al voto, atiende a criterios objetivos, públicos, razonables y no arbitrarios, observándose el principio de democracia interna y los restantes requisitos propios de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación.

## 2. RECONOCIMIENTO DE CONDICIÓN PARTICULAR A FAVOR DE UNA ASOCIACIÓN

Solicitada por una Federación de Asociaciones de vecinos la concesión o el reconocimiento y funciones de *agente social*, en base a lo dispuesto por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación, se informó de lo siguiente:

La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, en su Exposición de Motivos IX, se refiere al reconocimiento general de la Ley a la importancia de las funciones que las asociaciones cumplen en la sociedad como “...*agentes sociales de cambio y transformación social*”.

De esta redacción, carente de contenido dispositivo, puesto que se encuentra en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, no puede entenderse que se derive la existencia y posibilidad de concesión directa de un título o distinción con ese concepto a la asociación que lo solicite, ni que esto la

habilite para realizar determinadas funciones, pues, ni viene así regulado, ni puede deducirse que sea la intención del legislador establecer la posibilidad de obtención individualizada de esa declaración en base a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación.

Sin perjuicio de lo que pueda establecer la legislación sectorial sobre reconocimientos específicos y las condiciones que deban reunirse para obtenerlos, la Ley Orgánica a la que alude la solicitante, en su texto normativo únicamente regula el reconocimiento o la declaración de asociaciones de utilidad pública, distinción a la que pueden acceder aquellas asociaciones en las que concurran los requisitos que establece su artículo 32 y observen los trámites que determina el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública.



**LEGISLACIÓN  
Y JURISPRUDENCIA**





Día 2 de mayo de 2010

JORF n°0273 de 25 de noviembre de 2009

Texto n°1

LEY

**LEY n° 2009-1436 de 24 de noviembre de 2009 en materia penitenciaria (1)**

NOR: JUSX0814219L

La Asamblea nacional y el Senado han aprobado,

Vista la decisión del Consejo constitucional n° 2009-593 DC de 19 de noviembre de 2009;

El Presidente de la República promulga la ley cuyo contenido es el siguiente:

## TÍTULO PRELIMINAR: DEL SENTIDO DE LA PENA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

### Artículo 1

El régimen de ejecución de la pena de privación de libertad concilia la protección de la sociedad, la sanción al condenado y los intereses de la víctima, con la necesidad de preparar la inserción o la reinserción de la persona detenida, con el fin de permitir a ésta el llevar una vida responsable y evitar a la comisión de nuevas infracciones.

## **TÍTULO I: DISPOSICIONES RELATIVAS AL SERVICIO PÚBLICO PENITENCIARIO Y A LA CONDICIÓN DE LA PERSONA DETENIDA**

### **CAPÍTULO I: DISPOSICIONES RELATIVAS A LAS MISIONES Y A LA ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO PENITENCIARIO**

#### **Artículo 2**

El servicio público penitenciario participará en la ejecución de las decisiones penales. Contribuirá en la inserción o reinserción de las personas que le confíe la autoridad judicial, en la prevención de la reincidencia, y con vistas a la seguridad pública en cumplimiento de los intereses de la sociedad, de los derechos de las víctimas y de los derechos de las personas detenidas. Se organizará para garantizar la individualización y la reducción de las penas de las personas condenadas.

#### **Artículo 3**

El servicio público penitenciario estará garantizado por la administración penitenciaria bajo la autoridad del Ministro de Justicia, con la participación de los otros servicios de Estado, y de las entidades territoriales, las asociaciones y otras personas públicas o privadas.

Las funciones de dirección, vigilancia y registro de los centros penitenciarios estarán garantizadas por la administración penitenciaria. Las otras funciones podrán confiarse a personas de derecho público o privado que se beneficien de una habilitación, en las condiciones definidas por decreto en Consejo de Estado.

#### **Artículo 4**

El Controlador General de los centros de privación de libertad controlará las condiciones del cargo y del traslado de las personas privadas de libertad confiadas a la administración penitenciaria, con el fin de asegurar el respeto de sus derechos fundamentales.

La posibilidad de controlar y retener las correspondencias, prevista por el Artículo 40, no se aplicará a las correspondencias intercambiadas entre el

Controlador General de los centros de privación de libertad y las personas detenidas.

### **Artículo 5**

Se instituirá un consejo de evaluación en cada centro penitenciario con el fin de valorar las condiciones de funcionamiento del centro y de proponer, en su caso, todas las medidas encaminadas a mejorarlas.

La composición y las normas de funcionamiento de este consejo vendrán determinadas por decreto.

### **Artículo 6**

Con el fin de permitir que las personas detenidas se beneficien de las disposiciones de la Ley n° 73-6 de 3 de enero de 1973, que instituye un Mediador de la República, el Mediador de la República designará para cada centro penitenciario a uno o a más delegados destinados a esta misión.

### **Artículo 7**

Un decreto determinará las condiciones en que un observatorio independiente, encargado de recoger y analizar los datos estadísticos relativos a las infracciones, a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia penal, a la reincidencia y a la reiteración, redacte un informe anual y público que detalle los coeficientes de reincidencia y de reiteración en función de las categorías de infracción y las penas pronunciadas y cumplidas, así como una estimación de estos coeficientes por centro para cada pena. Incluirá también la tasa de suicidios por centro penitenciario. Este informe presentará una evaluación de las medidas llevadas a cabo en los centros penitenciarios, con el fin de evitar la reincidencia y la reiteración, de favorecer la reinserción y de evitar el suicidio.

### **Artículo 8**

Se establecerán por decreto las condiciones en las cuales los representantes de las entidades territoriales, los representantes de las asociaciones, y otras personas públicas o privadas puedan participar en las instancias encargadas de la evaluación del funcionamiento de los centros penitenciarios, así como del seguimiento de las políticas penitenciarias.

### **Artículo 9**

El Estado podrá, con carácter experimental y por un período de tiempo máximo de tres años a partir de 1 de enero siguiente a la publicación de la presente ley, confiar por convenio a las regiones o a la entidad territorial de Córcega, a petición de éstas, la organización y la financiación de las acciones de formación profesional continua de las personas detenidas en un centro penitenciario sito en su territorio.

Seis meses antes del término del período previsto en el primer párrafo, el Gobierno enviará al Parlamento un informe respecto de la puesta en marcha de esta medida experimental.

### **Artículo 10**

El primer Presidente del Tribunal de Apelación, el Fiscal General, el Presidente de la Sala de Instrucción, el Presidente del Juzgado de Primera Instancia, el fiscal, el juez de las libertades y de la detención, el juez de instrucción, el juez de vigilancia penitenciaria y el juez de menores visitarán al menos una vez al año cada centro penitenciario sito en su ámbito territorial de competencia.

## **CAPÍTULO II : DISPOSICIONES RELATIVAS A LAS PLANTILLAS DEL PERSONAL PENITENCIARIO Y A LA RESERVA CIVIL PENITENCIARIA**

### *SECCIÓN 1: DE LAS CONDICIONES DEL EJERCICIO DE LAS MISIONES DEL PERSONAL PENITENCIARIO*

### **Artículo 11**

La administración penitenciaria incluirá al personal de dirección, al personal de vigilancia, al personal de inserción y de puesta a prueba, y al personal administrativo y técnico.

Un código de deontología del servicio público penitenciario, establecido por decreto del Consejo de Estado, establecerá las normas que deban respetar estos agentes, así como los agentes de las personas de derecho público o privado habilitadas en aplicación del segundo párrafo del Artículo 3.

Este mismo decreto establecerá las condiciones en que presten juramento los agentes de la administración penitenciaria, así como el contenido de dicho juramento.

### **Artículo 12**

Las plantillas de vigilancia de la administración penitenciaria constituyen, bajo la autoridad del personal de dirección, una de las fuerzas de las que dispone el Estado para garantizar la seguridad interior.

En el marco de su misión de seguridad, velarán por el respeto de la integridad física de las personas privadas de libertad y participarán en la individualización de su pena, así como en su reinserción.

No deberán hacer uso de la fuerza, haciendo uso de un arma de fuego de ser ello necesario, más que en casos de legítima defensa, de intento de fuga o de resistencia a las órdenes emitidas, ya por uso de la violencia o por inercia física. Cuando recurran a la fuerza, sólo podrán hacerlo limitándose a lo que resulte estrictamente necesario.

### **Artículo 13**

Las plantillas de los servicios penitenciarios de inserción y de puesta a prueba se encargarán de preparar y de llevar a efecto las decisiones de la autoridad judicial relativas a la inserción y a la puesta en condiciones de prueba de las personas puestas a disposición de la justicia, bajo prisión preventiva o que cumplan condena.

A tal efecto, aplicarán las políticas de inserción y de prevención de la reincidencia, ejercerán el seguimiento o el control de las personas puestas a disposición de la justicia, y prepararán la salida de las personas detenidas.

### **Artículo 14**

Las plantillas de los servicios descentralizados de la administración penitenciaria ejercerán sus derechos de expresión y de manifestación según las condiciones previstas por su estatuto.

### **Artículo 15**

Las plantillas de la administración penitenciaria deberán recibir una formación inicial, y continuada, adaptada a la naturaleza y a la evolución de sus misiones.

Participarán, a petición propia suya o a la de la administración, en las actividades de formación o perfeccionamiento impartidas por la Escuela Nacional de la Administración Penitenciaria, por los servicios descentralizados o por cualquier otro organismo público o privado de formación.

### **Artículo 16**

I. La protección del Estado de la que se benefician los agentes públicos de la administración penitenciaria, con arreglo a lo establecido por el Artículo 11 de la Ley n° 83-634 de 13 de julio de 1983, relativa a los derechos y las obligaciones de los funcionarios, cubrirá los perjuicios que les sean ocasionados por motivo o en el cumplimiento de sus funciones.

Esa protección se extenderá a sus hijos, a sus ascendientes directos, a sus cónyuges, a sus parejas o a aquellas personas a las cuales les vincule un pacto civil de solidaridad cuando, a causa de las funciones de estos agentes, sean víctimas de amenazas, de violencias, de vías de hecho, de injurias, de difamaciones o de ofensas.

II. En el primer párrafo del apartado I del Artículo 112 de la ley n° 2003-239 de 18 de marzo de 2003 relativa a la seguridad interior, se suprimirán las palabras: «los agentes de los servicios de la administración penitenciaria,».

## *SECCIÓN 2: DE LA RESERVA CIVIL PENITENCIARIA*

### **Artículo 17**

Se creará una reserva civil penitenciaria destinada a asegurar misiones de refuerzo de la seguridad que dependan del Ministerio de Justicia, así como misiones de formación de plantillas, de estudios o de cooperación internacional. La reserva civil penitenciaria podrá, asimismo, encargarse de prestar ayuda a las plantillas de los servicios penitenciarios de inserción y de condiciones de prueba, en el ejercicio de sus funciones de prueba.

La reserva estará exclusivamente constituida por voluntarios jubilados, originarios de los cuerpos de la administración penitenciaria.

Los reservistas estarán sujetos al código de deontología del servicio público penitenciario.

Un agente que haya sido objeto de una sanción disciplinaria por motivos incompatibles con el ejercicio de las misiones previstas en el primer párrafo no podrá presentarse voluntario para ingresar en la reserva civil.

### **Artículo 18**

Los agentes mencionados en el Artículo 17 podrán solicitar su incorporación a la reserva civil penitenciaria en un plazo límite de cinco años, a partir del final de su vínculo con el servicio.

Los voluntarios deberán reunir las condiciones de aptitud que se establezcan por decreto. Aquellos cuya candidatura haya sido aceptada suscribirán un compromiso contractual de duración mínima de un año, que será renovable. Prestarán apoyo a los servicios que dependan del Ministerio de Justicia, en un límite de ciento cincuenta días al año.

### **Artículo 19**

Los agentes mencionados en el Artículo 17 participarán, a petición propia o a la de la administración, en las actividades de formación o perfeccionamiento impartidas por la Escuela Nacional de Administración Penitenciaria, por los servicios descentralizados o por cualquier otro organismo público o privado de formación.

### **Artículo 20**

El reservista, que esté ejerciendo funciones remuneradas y lleve a cabo las misiones previstas en el Artículo 17 del Título de la reserva civil penitenciaria a lo largo de su tiempo de trabajo deberá obtener, cuando la duración de éste supere los diez días trabajados por año civil, el permiso de su empresario, con la reserva de las disposiciones más favorables que sean resultado del contrato de trabajo, de los convenios o acuerdos colectivos de trabajo, o de los convenios firmados por el empresario y el Ministro de Justicia.

Un decreto determinará las condiciones de aplicación del presente artículo. En particular, determinará las condiciones de forma y de plazo en las cuales el asalariado haya de dirigir al empresario su solicitud de acuerdo, en aplicación del presente artículo, aquellas en las cuales el empresario notifique al asalariado su posible negativa, y aquellas en las cuales el asalariado informe de dicha negativa a la administración penitenciaria.

### **Artículo 21**

Los períodos de empleo de los reservistas se compensarán en condiciones establecidas por decreto.

Cuando el reservista ejerza una actividad por cuenta ajena, su contrato de trabajo quedará suspendido durante el período en que efectúe misiones a

título de reserva civil penitenciaria. No obstante, este período se considerará como período de trabajo efectivo en lo que sea relativo a ventajas legales y convencionales en materia de antigüedad, de promoción, de vacaciones retribuidas y de derechos a prestaciones sociales.

No podrá pronunciarse despido o descalificación profesional, ni ninguna sanción disciplinaria, contra un reservista, por las ausencias que resulten de la presente sección.

Durante el período de actividad en la reserva, el interesado gozará, en su persona y en las de sus propios beneficiarios, de las prestaciones de los seguros de enfermedad, de maternidad, de incapacidad y de fallecimiento, en las condiciones previstas en el Artículo L. 161-8 del código de la seguridad social, en el régimen de la seguridad social del que dependa, fuera de su servicio en la reserva.

### CAPÍTULO III: DISPOSICIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS DETENIDAS

#### *SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES*

##### **Artículo 22**

La administración penitenciaria garantizará a toda persona detenida el respeto de su dignidad y sus derechos. El ejercicio de éstos no podrá estar sujeto a más restricciones que las que resulten de las limitaciones inherentes a la detención, al mantenimiento de la seguridad y el orden adecuado de los centros, a la prevención de la reincidencia y a la protección del interés de las víctimas. Estas restricciones tendrán en cuenta la edad, del estado de salud, las desventajas y la personalidad de la persona detenida.

##### **Artículo 23**

En el momento de su admisión en un centro penitenciario, a la persona detenida se le informará de palabra, en un idioma que comprenda, y entregándole un cuaderno de recepción, de las disposiciones relativas a su régimen de detención, de sus derechos y obligaciones y de los recursos y las peticiones que pueda interponer. Se le pondrá también en conocimiento de las normas aplicables al centro, normas que estarán disponibles durante la duración de su detención.



### **Artículo 24**

Cualquier persona detenida deberá poder conocer sus derechos y beneficiarse, para ello, de un dispositivo de consultas jurídicas gratuitas establecido en cada centro.

### **Artículo 25**

Las personas detenidas se comunicarán libremente con sus abogados.

### **Artículo 26**

Las personas detenidas tendrán derecho a la libertad de opinión, de conciencia y de religión. Podrán ejercer el culto de su elección, según las condiciones adaptadas a la organización de los centros, sin más restricciones que las impuestas por la seguridad y por el orden adecuado del centro.

## *SECCIÓN 2: DE LA OBLIGACIÓN DE LA ACTIVIDAD*

### **Artículo 27**

Cualquier persona condenada deberá ejercer, al menos, una de las actividades que le sean propuestas por el jefe de centro y el director del servicio penitenciario de inserción y de pruebas, ya que tiene como fin la reinserción del interesado y está adaptada a su edad, capacidades, desventajas y personalidad.

Cuando la persona condenada no domine las enseñanzas fundamentales, la actividad consistirá, de forma prioritaria, en el aprendizaje de la lectura, de la escritura y del cálculo. Cuando no domine la lengua francesa, la actividad consistirá, de forma prioritaria, en el aprendizaje de ésta. La organización de los aprendizajes estará habilitada cuando ejerce una actividad de trabajo.

### **Artículo 28**

Bajo reserva del mantenimiento del orden adecuado y de la seguridad de los centros, y a título de excepción, podrán organizarse las actividades de manera mixta.

### **Artículo 29**

A reserva del mantenimiento del orden adecuado y de la seguridad del centro, la administración penitenciaria consultará a las personas detenidas sobre las actividades que se les proponen.

### *SECCIÓN 3: DE LOS DERECHOS CÍVICOS Y SOCIALES*

#### **Artículo 30**

Las personas detenidas podrán elegir domicilio, ante el centro penitenciario:

1. Para el ejercicio de sus derechos cívicos, cuando no dispongan de domicilio personal. Antes de cada escrutinio, el jefe del centro organizará, junto con la autoridad administrativa competente, un procedimiento destinado a garantizar el ejercicio de la votación por poderes;
2. Para solicitar el beneficio de los derechos mencionados en el Artículo L. 121-1 del Código de la Acción Social y de la Familia, cuando no dispongan de lugar donde domiciliar la ayuda en el momento de su encarcelamiento, o no pueden justificarlo;
3. Para facilitar todas sus gestiones administrativas.

#### **Artículo 31**

Las personas detenidas, cuyos recursos sean menores que un importe que se establecerá por vía reglamentaria, recibirán del Estado una ayuda en especie para mejorar sus condiciones materiales de existencia. Esta ayuda podrá también pagarse en efectivo en condiciones previstas por decreto.

#### **Artículo 32**

El Artículo 717-3 del Código de Procedimiento Penal se completará por un párrafo redactado de la manera siguiente:

«La remuneración del trabajo de las personas detenidas no podrá ser inferior a una tasa horaria fijada por decreto, y que siga el índice del salario mínimo de crecimiento determinado en el Artículo L. 3231-2 del Código de Trabajo. Este tasa podrá variar en función del régimen bajo el cual se emplee a las personas detenidas.»

#### **Artículo 33**

La participación de las personas detenidas en las actividades profesionales organizadas en los centros penitenciarios dará lugar al levantamiento de un acta de compromiso por parte de la administración penitenciaria. Este acta, firmada por el jefe de centro y por la persona detenida, detallará los derechos y obligaciones profesionales de ésta así como sus condiciones laborales y su remuneración.

En particular, precisará las modalidades según las cuales la persona detenida, en las condiciones adaptadas a su situación y pese a la ausencia de contrato de trabajo, se beneficia de las disposiciones relativas a la inserción por actividad económica, previstas en los artículos L. 5132-1 a L. 5132-17 del Código de Trabajo.

En el marco de la aplicación del presente artículo, el jefe de centro garantizará que se adopten las medidas convenientes con el fin de garantizar la igualdad de trato en materia de acceso y de mantenimiento de la actividad profesional, a favor de las personas discapacitadas detenidas.

#### *SECCIÓN 4: DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y DE LAS RELACIONES CON EL EXTERIOR*

##### **Artículo 34**

Los reos para quienes haya finalizado la instrucción de la causa, y que esperen su comparecencia ante la jurisdicción que los juzgue, podrán gozar de reunificación familiar hasta su comparecencia ante la jurisdicción que haya de juzgarlos.

##### **Artículo 35**

El derecho de las personas detenidas a mantener relaciones con los miembros de su familia se ejercerá, o bien por las visitas que éstos les hagan, o, para los condenados y si su situación penal lo autoriza, por los permisos de salida de los centros penitenciarios. Los reos podrán recibir visitas de los miembros de su familia o de otras personas al menos tres veces por semana, y los condenados, al menos una vez por semana.

La autoridad administrativa no podrá negarse a expedir un permiso de visita a los miembros de la familia de un condenado, o suspender o retirar este permiso, más que por motivos vinculados al mantenimiento del orden adecuado y la seguridad, o a la prevención de las infracciones.

La autoridad administrativa podrá asimismo, y por los mismos motivos, o si todo indica que las visitas suponen un obstáculo para la reinserción del condenado, negarse a extender un permiso de visita a otras personas que no sean miembros de la familia, suspender este permiso o, también, retirarlo.

La autoridad judicial entregará los permisos de visita de los reos.

Se motivarán las decisiones de denegación de expedir un permiso de visita.

### **Artículo 36**

Las unidades de vida familiar o los locutorios familiares establecidos en los centros penitenciarios podrán acoger a cualquier persona detenida.

A petición propia, cualquier persona detenida podrá beneficiarse al menos de una visita trimestral, en una unidad de vida familiar o en un locutorio familiar. La duración de dicha visita se fijará teniendo en cuenta el grado de lejanía del visitante. Para los reos, este derecho se ejercerá bajo reserva del acuerdo de la autoridad judicial competente.

### **Artículo 37**

- I. El Artículo 515-3 del Código Civil quedará modificado de la manera siguiente:
  1. El primer párrafo se completará con las palabras: «o, en caso de impedimento grave para la determinación de ésta, en el ámbito de competencia en el cual se encuentre el domicilio de una de las partes»;
  2. Después del primer párrafo, se insertará un párrafo redactado de la manera siguiente:
 

«En caso de impedimento grave, el fiscal ordenará al Secretario del Tribunal de Instancia que se traslade al domicilio o a la residencia de una de las partes, para proceder al registro del pacto civil de solidaridad.»;
  3. En el segundo párrafo, la palabra: «ellas» quedará sustituida por las palabras: «las personas que concluyan un pacto civil de solidaridad»;
  4. En el último párrafo, las palabras: «segundo y cuarto» quedarán sustituidas por las palabras: «tercero y quinto».
- II. En la primera frase del primer párrafo del Artículo 515-5 del mismo código, la palabra: «segundo» quedará sustituida por la palabra: «tercero».
- III. En el Artículo 2499 del mismo código, después de las palabras «“Secretaría del Tribunal de Primera Instancia”», se insertará las palabras “Secretario del Tribunal de Instancia” quedarán sustituidas por las palabras “Secretario del Tribunal de Primera Instancia”».

### **Artículo 38**

Un convenio entre el centro penitenciario y el departamento determinará el acompañamiento social propuesto a las madres detenidas con sus hijos, y preverá un dispositivo que permita la salida regular de los niños al exterior del centro, para permitir su integración social.

### **Artículo 39**

Las personas detenidas tendrán el derecho de llamar por teléfono a los miembros de su familia. Podrá autorizárseles a llamar por teléfono a otras personas, para preparar su reinserción. En todos los casos, los reos deberán obtener la autorización de la autoridad judicial.

El acceso al teléfono podrá ser rechazado, suspendido o retirado, por motivos vinculados al mantenimiento del orden adecuado y de la seguridad, o a la prevención de las infracciones y, en lo que se refiere a los reos, a las necesidades de la información.

El control de las comunicaciones telefónicas se llevará a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 727-1 del Código de Procedimiento Penal.

### **Artículo 40**

Las personas condenadas y, siempre que no se oponga la autoridad judicial, las sometidas a prisión preventiva, podrán corresponder por escrito con toda persona de su elección.

El correo dirigido a o recibido por las personas detenidas podrá ser controlado y retenido por la administración penitenciaria cuando ésta correspondencia dé indicios de comprometer seriamente su reinserción, o el mantenimiento del orden adecuado y de la seguridad. Además, el correo dirigido a o recibido por los reos será comunicado a la autoridad judicial, según las modalidades que ésta determine.

No podrán controlarse ni retenerse las correspondencias intercambiadas entre las personas detenidas y sus abogados defensores, las autoridades administrativas y judiciales francesas e internacionales, cuya lista se determinará por decreto, y los capellanes autorizados por el centro.

Cuando la administración penitenciaria decida retener el correo de una persona detenida, le notificará esta decisión.

### **Artículo 41**

Las personas detenidas deberán dar su consentimiento por escrito a la difusión o utilización de su imagen o su voz, cuando esta difusión o utilización pueda permitir su identificación.

La administración penitenciaria podrá oponerse a la difusión o uso de la imagen o la voz de una persona condenada, desde el momento que esta difusión o este uso puedan permitir su identificación, y tal restricción demuestre ser necesaria para salvaguardar el orden público, evitar las infracciones, proteger los derechos de las víctimas o de los derechos de terceros, así como para reinsertar a la persona en cuestión. En el caso de los sometidos a prisión preventiva, la autoridad judicial autorizará la difusión y uso de su imagen o de su voz.

### **Artículo 42**

Cualquier persona detenida tendrá derecho a la confidencialidad de sus documentos personales. Estos documentos podrán confiársele a la Secretaría del centro, que los pondrá a disposición de la persona interesada. Los documentos que mencionen el motivo del registro de ingreso en prisión de la persona detenida, a partir de su llegada, serán obligatoriamente entregados a la Secretaría.

## *SECCIÓN 5: DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN*

### **Artículo 43**

Las personas detenidas tendrán acceso a las publicaciones escritas y audiovisuales. No obstante, la autoridad administrativa podrá prohibir el acceso de las personas detenidas a las publicaciones que contengan graves amenazas contra la seguridad de las personas y de los centros, o términos o indicaciones injuriosas o difamatorias contra los agentes y los colaboradores del servicio público penitenciario, así como de las personas detenidas.

## *SECCIÓN 6: DE LA SEGURIDAD*

### **Artículo 44**

La administración penitenciaria deberá garantizar a cada persona detenida una protección eficaz de su integridad física, en todas las ubicaciones colectivas e individuales.

Incluso en ausencia de faltas, el Estado deberá reparar el daño ocasionado por la muerte de una persona detenida, debido a las violencias cometidas en un centro penitenciario por parte de otra persona detenida.

Cualquier persona detenida que sea víctima de un acto de violencia caracterizado y cometido por uno o más de los otros detenidos será objeto de una vigilancia y de un régimen de detención particulares. Se beneficiará, de forma prioritaria, de la disposición de celda individual.

Cuando una persona detenida se dé a sí misma la muerte, la administración penitenciaria informará inmediatamente a su familia o a sus allegados de las circunstancias en que se produjo la muerte y facilitará, a petición de éstos, las gestiones que puedan verse obligados a efectuar.

## *SECCIÓN 7: DE LA SALUD*

### **Artículo 45**

La administración penitenciaria respetará el derecho a la confidencialidad médica de las personas detenidas, así como el secreto de la consulta, en cumplimiento de lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del Artículo L. 6141-5 del Código de Salud Pública.

### **Artículo 46**

El cuidado de la salud de las personas detenidas estará asegurado por el servicio público hospitalario en las condiciones previstas por el Código de Salud Pública.

Se garantizarán la calidad y la continuidad de los cuidados a las personas detenidas en condiciones equivalentes a aquellas de las que se beneficia el conjunto de la población.

Un protocolo firmado por el director general de la Agencia Regional de Salud, el director interregional de los servicios penitenciarios, el jefe del centro penitenciario y el director del centro de salud involucrado determinará las condiciones en que se garantice la intervención de los profesionales facultativos que hayan de intervenir en caso de urgencia en los centros penitenciarios, con el fin de garantizarles a las personas detenidas un acceso a los servicios de urgencia en condiciones equivalentes a aquellas de las que se beneficia el conjunto de la población.

Se tendrá en cuenta el estado psicológico de las personas detenidas, en el momento de su encarcelamiento y durante su detención. La administración penitenciaria fomentará la coordinación de los distintos participantes que actúen en la prevención y la educación sanitarias.

La administración penitenciaria garantizará el alojamiento, el acceso a la higiene, a la alimentación y a la cohabitación propicias para la prevención de las afecciones fisiológicas o psicológicas.

#### **Artículo 47**

Una situación sanitaria adaptada a sus necesidades deberá garantizársele a las mujeres detenidas, ya estén acogidas en un módulo para mujeres detenidas, o en un centro destinado a ellas.

#### **Artículo 48**

No podrá solicitarse de los médicos ni de la plantilla facultativa que interviene en el ámbito penitenciario ni una actividad no vinculada con la asistencia o con la conservación de la salud de las personas detenidas, ni un reconocimiento médico.

#### **Artículo 49**

Deberán ser titulares de un permiso de visita que los autorice a entrevistarse con las personas detenidas, sin que esté presente el personal penitenciario:

1. Las personas voluntarias que intervengan acompañando a las personas enfermas moribundas, contempladas en el Artículo L. 1110-11 del Código de Salud Pública;
2. Las personas adultas que acompañan a los menores enfermos menores, contempladas en el Artículo L. 1111-5 del mismo código;
3. Las personas de confianza que acompañen y presten asistencia a las personas enfermas, contempladas en el Artículo L. 1111-6 del mismo código;
4. Las personas presentes en el momento de la consulta de la información que contiene el expediente médico de las personas enfermas, contempladas en el Artículo L. 1111-7 del mismo código;
5. Las personas, contempladas en el tercer párrafo del Artículo L. 2212-7 del mismo código, que acompañen a las detenidas menores de edad, con motivo de interrupción voluntaria del embarazo.



### **Artículo 50**

Toda persona detenida que se encuentre en la situación de desventaja prevista por el Artículo L. 1111-6-1 del Código de Salud Pública tendrá derecho a nombrar a un ayudante de su elección. La administración penitenciaria podrá oponerse a la elección del ayudante mediante una decisión especialmente motivada.

### **Artículo 51**

En el momento de su encarcelamiento, se propondrá a la persona detenida un examen de salud relativo a su consumo de productos estupefacientes, de alcohol y de tabaco. Este examen, llevado a cabo con carácter preventivo, a fines de la salud pública y en el interés del paciente, se mantendrá confidencial.

### **Artículo 52**

Todo parto o examen ginecológico deberá llevarse a cabo sin traba alguna y lejos de la presencia del personal penitenciario, con el fin de garantizar el derecho al respeto de la dignidad de las mujeres detenidas.

### **Artículo 53**

Se propondrá un examen médico a toda persona condenada, durante el mes que preceda a su liberación.

### **Artículo 54**

En el plazo de dos años a partir de la promulgación de la presente ley, se constituirá un expediente facultativo único, y en formato electrónico, para cada persona detenida.

### **Artículo 55**

El apartado 2° del Artículo L. 1431-2 del Código de Salud Pública, en su redacción que tiene como origen el Artículo 118 de la Ley n° 2009-879 de 21 de julio de 2009 de Reforma Hospitalaria y Relativa a los Pacientes, a la Salud y a los Territorios, se completará por un apartado i) redactado de la manera siguiente:

«i) Evaluarán y determinarán las necesidades sanitarias de las personas sometidas a detención. Determinarán y regularán la oferta de cuidados en el ámbito penitenciario.»

### **Artículo 56**

Después del apartado 4º del Artículo L. 1434-9 del Código de Salud Pública, en su redacción que tiene por origen el Artículo 118 de la ya citada Ley nº 2009-879 de 21 de julio de 2009, se insertará un apartado 5º redactado de la manera siguiente:

«5º los objetivos y los medios que tengan como finalidad la oferta de cuidados en el ámbito penitenciario.»

## *SECCIÓN 8: DE LA VIGILANCIA*

### **Artículo 57**

Los registros corporales deberán estar justificados por la presunción de que se haya cometido una infracción o por los riesgos que el comportamiento de las personas detenidas suponga para la seguridad de las personas y el mantenimiento del orden adecuado en el centro. Su naturaleza y frecuencia se adaptarán estrictamente a estas necesidades y a la personalidad de las personas detenidas.

Los registros corporales íntegros sólo serán posibles si resultan insuficientes los registros por palpamiento o la utilización de medios de detección electrónica.

Los registros corporales internos estarán prohibidos, excepto en casos imperativos especialmente justificados. Entonces, sólo podrán ser realizados por un médico que no ejerza en el centro penitenciario, y requerido a tal efecto por la autoridad judicial.

### **Artículo 58**

Podrán instalarse cámaras de vigilancia en los espacios colectivos que supongan un riesgo de ataque a la integridad física de las personas en los centros penitenciarios. Esta facultad constituirá una obligación para el conjunto de los centros penitenciarios cuya apertura sea posterior a la entrada en vigor de la presente ley.

## *SECCIÓN 9: MENORES DETENIDOS*

### **Artículo 59**

La administración penitenciaria garantizará a los menores detenidos el respeto de los derechos fundamentales reconocidos al niño.

### **Artículo 60**

Cuando no estén sometidos a obligación escolar, los menores detenidos deberán desarrollar una actividad de carácter educativo.

### **Artículo 61**

Las disposiciones de aplicación del presente capítulo serán determinadas por decreto del Consejo de Estado.

## **CAPÍTULO IV: DISPOSICIONES DIVERSAS**

### **Artículo 62**

El Artículo 205 de la Ley n° 2004-204 de 9 de marzo de 2004 respecto de la adaptación de la justicia a las evoluciones de la criminalidad quedará modificado de la manera siguiente:

1. El primer párrafo se redactará de la manera siguiente:  
«Un decreto del Consejo de Estado determinará las condiciones en que una institución pública nacional de carácter administrativo pueda ejercer, a petición del Ministro de Justicia, para las operaciones que se le confíen y en las condiciones previstas por convenio, el control de obra de pleno ejercicio.»;
2. El segundo párrafo quedará modificado de la manera siguiente:
  - a) Al principio de la primera frase, las palabras: «La agencia» serán sustituidas por las palabras: «el centro»;
  - b) En la última frase, las palabras: «la agencia» serán sustituidas por las palabras: «el centro»;
3. Al principio del último párrafo, las palabras: «La agencia de control de obra de los trabajos del Ministerio de Justicia» serán sustituidas por las palabras: «El centro».

### **Artículo 63**

Quedará derogado el Artículo 1° de la Ley n° 87-432 de 22 de junio de 1987 relativa al Servicio Público Penitenciario.

## **TÍTULO II: DISPOSICIONES RELATIVAS AL ESTABLECIMIENTO DE LAS PENAS, A LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL, A LAS REDUCCIONES DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y A LA DETENCIÓN**

### **CAPÍTULO I: DISPOSICIONES POR LAS CUALES SE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL**

#### **Artículo 64**

El código penal se modificará de acuerdo con las disposiciones del presente capítulo.

#### *SECCIÓN 1: REDUCCIÓN DE PENAS*

#### **Artículo 65**

El Artículo 132-24 se completará con un párrafo redactado de la manera siguiente:

«En materia correccional, fuera de las condenas por reincidencia legal dictadas al aplicar el Artículo 132-19-1, no podrá dictarse una pena de encarcelamiento sin suspensión sino en último recurso, si la gravedad de la infracción y la personalidad de su autor hacen necesaria esta pena y si cualquier otra sanción resulta manifiestamente inadecuada; en este caso, la pena de encarcelamiento deberá, si la personalidad y la situación del condenado lo permiten, y salvo caso de imposibilidad material, ser objeto de una de las medidas de reducción previstas en los artículos 132-25 a 132-28.»

#### **Artículo 66**

- I. El Artículo 132-25 será modificado de la manera siguiente:
  1. El primer párrafo será sustituido por seis párrafos redactados de la manera siguiente:

«Cuando la jurisdicción encargada de dictar sentencia establezca una pena igual o inferior a dos años de encarcelamiento, o, para una persona en estado de reincidencia legal, una pena igual o inferior a un

año, puede decidir que esta pena se realice, total o parcialmente, en régimen de semilibertad para al condenado que justifique:

1. O bien el ejercicio de una actividad profesional, incluso temporal, el seguimiento de un período de prácticas o su asistencia continuada a un curso de enseñanza o de formación profesional, o a un proceso de búsqueda de empleo;
2. O bien una participación de carácter esencial para la vida de su familia;
3. O bien la necesidad de seguir tratamiento médico;
4. O bien la existencia de serios esfuerzos de readaptación social, originados por su implicación continua en cualquier otro proyecto de integración o de reinserción caracterizado, con miras a evitar los riesgos de reincidencia.»

«Estas disposiciones se aplicarán, asimismo, en caso de fallo de un encarcelamiento combinado parcialmente con suspensión, o con suspensión condicionada a puesta a prueba, siempre que la parte firme de la pena sea inferior o igual a dos años, o, si la persona se encuentra en estado de reincidencia legal, inferior o igual a un año.»;

2. En el segundo párrafo, las palabras: «por el párrafo anterior» se sustituirán por las palabras: «en los párrafos anteriores»;
3. Se suprimirá el último párrafo.

II. El Artículo 132-26 será modificado de la manera siguiente:

1. En la primera frase del primer párrafo, después de la palabra: «profesional», se insertarán las palabras: «, en busca de empleo» y las palabras: «o al tratamiento» se sustituirán por las palabras: «, al tratamiento o al proyecto de integración o de reinserción»;
2. El segundo párrafo se redactará de la manera siguiente:

«El condenado que goce del beneficio de la localización en el exterior estará obligado, bajo control de la administración, a llevar a cabo actividades fuera del centro penitenciario.»

III. El Artículo 132-26-1 será modificado de la manera siguiente:

1. El primer párrafo será sustituido por seis párrafos redactados de la manera siguiente:

«Cuando la jurisdicción encargada de dictar sentencia dicte una pena igual o inferior a dos años de encarcelamiento, o, para una persona en estado de reincidencia legal, una pena igual o inferior a un año, podrá decidir que la pena se realice, total o parcialmente, en régimen

de puesta bajo vigilancia electrónica, para el condenado que justifique:

1. O bien el ejercicio de una actividad profesional, incluso temporal, el seguimiento de un período de prácticas o su asistencia continuada a un curso de enseñanza o de formación profesional, o a un proceso de búsqueda de empleo;
2. O bien una participación de carácter esencial para la vida de su familia;
3. O bien la necesidad de seguir tratamiento médico;
4. O bien la existencia de serios esfuerzos de readaptación social, originados por su implicación continua en cualquier otro proyecto de integración o de reinserción caracterizado, con miras a evitar los riesgos de reincidencia.»

«Estas disposiciones se aplicarán, asimismo, en caso de fallo de un encarcelamiento combinado parcialmente con suspensión, o con suspensión condicionada por una puesta a prueba, siempre que la parte firme de la pena sea inferior o igual a dos años, o, si la persona se encuentra en estado de reincidencia legal, inferior o igual a un año.»;

2. Se suprimirá la última frase del segundo párrafo.

IV. El Artículo 132-27 será modificado de la manera siguiente:

1. Se suprimirá la palabra: «grave»;
2. Las palabras: «de un año» se sustituirán por las palabras: «de dos años, o, si la persona está en estado de reincidencia legal, igual o inferior a un año»;
3. La palabra: «tres» será sustituida por la palabra: «cuatro».

## *SECCIÓN 2: DEL TRABAJO DE INTERÉS GENERAL*

### **Artículo 67**

En el primer párrafo del Artículo 131-8, las palabras: «cuarenta a doscientos diez» serán sustituidas por las palabras: «veinte a doscientos diez».

### **Artículo 68**

La última frase del primer párrafo del Artículo 131-22 será sustituida por dos frases redactadas de la manera siguiente:

«Este plazo se suspenderá durante el tiempo en que al condenado se le asigne la residencia bajo vigilancia electrónica, se le someta a prisión provisional, se le someta a una pena privativa de libertad, o se vea sometido a las obligaciones del servicio nacional.» No obstante, puede realizarse trabajo de interés general al mismo tiempo que la prisión domiciliaria bajo vigilancia electrónica, que la asignación de residencia fuera de la cárcel, que la semilibertad o que la puesta en vigilancia electrónica».

### Artículo 69

- I. El Artículo 132-54 será modificado de la manera siguiente:
  1. El primer párrafo se redactará de la manera siguiente:
 

«La jurisdicción podrá, en las condiciones y según las modalidades previstas en los artículos 132-40 y 132-41, prever que condenado realice, durante un período de tiempo de entre veinte y doscientas diez horas, un trabajo no remunerado de interés general a beneficio de una persona jurídica de derecho público, de una persona jurídica de derecho privado encargada de una misión de servicio público, o de una asociación habilitada a llevar a cabo trabajos de interés general.»;
  2. El segundo párrafo se redactará de la manera siguiente:
 

«La jurisdicción podrá, además, someter el condenado a la totalidad o a parte de las obligaciones previstas en el Artículo 132-45, durante un período de tiempo que no podrá superar dieciocho meses. La finalización del trabajo de interés general antes de que acabe dicho plazo no pondrá fin a estas obligaciones.»
- II. En el último párrafo del Artículo 132-55, la palabra «doce» será sustituida por la palabra «dieciocho».
- III. El Artículo 132-57 será modificado de la manera siguiente:
  1. Después de las palabras: «el condenado realizará», se redactará como sigue el final de la primera frase: «, durante un período de tiempo de entre veinte a doscientas diez horas, un trabajo de interés general no remunerado al beneficio de una persona jurídica de derecho público, de una persona jurídica de derecho privado encargada de una misión de servicio público, o de una asociación habilitada para llevar a cabo trabajos de interés general».
  2. Se añadirán tres párrafos, redactados de la manera siguiente:
 

«El presente Artículo resultará aplicable a las penas de encarceramiento que hayan sido objeto de suspensión parcial, combinada o no

con puesta a la prueba, cuando la parte firme de la pena sea inferior o igual a seis meses. En este caso, se mantendrá aplicable la parte de la pena bajo suspensión.

«El presente Artículo resultará, asimismo, aplicable a las penas de cárcel de duración inferior o igual a seis meses, que resultan de la revocación de una suspensión, combinada o no con una puesta a prueba.»

«En caso de ejecución parcial de un trabajo de interés general, el juez de vigilancia penitenciaria podrá ordenar la conversión de la parte no ejecutada en días-multa.»

## CAPÍTULO II: DISPOSICIONES QUE MODIFICAN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

### Artículo 70

El código de procedimiento penal se modificará de acuerdo con lo que establezcan las disposiciones del presente capítulo.

### *SECCIÓN 1: DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA BAJO VIGILANCIA ELECTRÓNICA*

### Artículo 71

- I. El encabezamiento de la Sección 7 del Capítulo 1º del Título III del Libro 1º se redactará de la manera siguiente: «Del control judicial, la prisión domiciliaria y la prisión provisional».
- II. El Artículo 137 se redactará de la manera siguiente:

«Art. 137.-Toda persona detenida, al aplicarse la presunción de inocencia, seguirá siendo libre.

«No obstante, debido a las necesidades de la instrucción o como medida de seguridad, podrá someterse a una o más obligaciones de control judicial o, si éstas se revelan insuficientes, podrá ser puesta en régimen de prisión domiciliaria bajo vigilancia electrónica.

«Excepcionalmente, si las obligaciones de control judicial o la residencia domiciliaria bajo vigilancia electrónica no permiten alcanzar estos objetivos, podrá ser sometida a prisión provisional.»



III. Las subsecciones 2 y 3 de la Sección 7 del Capítulo Iº del Título III del Libro Iº pasarán a ser, respectivamente, las subsecciones 3 y 4, el Artículo 143 pasará a ser el Artículo 142-4 y, después de este Artículo 142-4, se restablecerá una subsección 2 redactada de la manera siguiente:

«Subsección 2

»De la prisión domiciliaria bajo vigilancia electrónica

»Art. 142-5.- La prisión domiciliaria bajo vigilancia electrónica puede ser ordenada, con el acuerdo o a petición del interesado, por el juez de instrucción o por el juez de las libertades y de la detención, si la persona detenida incurre en una pena de encarcelamiento correccional de al menos dos años, o una pena más grave.

»Esta medida obligará a la persona a permanecer a su domicilio o en una residencia fijada por el juez de instrucción o por el juez de las libertades y de la detención, y a no ausentarse más que en las condiciones y por los motivos determinados por este magistrado.

»Esta obligación se realizará bajo el régimen de la puesta bajo vigilancia electrónica, y mediante el método previsto por el Artículo 723-8. También podrá llevarse a cabo bajo el régimen de puesta bajo vigilancia electrónica móvil, mediante el método previsto por el Artículo 763-12, si a la persona se la detiene por una infracción castigada con pena de más de siete años de encarcelamiento, y que suponga un seguimiento socio-judicial. Serán aplicables los artículos 723-9 y 723-12 así como, en su caso, los artículos 763-12 y 763-13, siendo el juez de instrucción quien ejerza las competencias asignadas al juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena.

»La persona podrá, por otra parte, estar sometida a las obligaciones y prohibiciones previstas por el Artículo 138.»

»Art. 142-6.- La prisión domiciliaria con vigilancia electrónica será determinada por un auto motivado del juez de instrucción o del juez de las libertades y de la detención, que la resolverá después de un debate contradictorio, según lo dispuesto en el Artículo 145.

»Podrá asimismo ser determinada, sin debate, por una resolución que dictamine respecto de una demanda de puesta en libertad.

»Art. 142-7. – La prisión domiciliaria se ordenará durante un período de tiempo que no podrá superar seis meses. Podrá prolongarse a lo largo de un mismo período de tiempo, según las modalidades

previstas en el primer párrafo del Artículo 142-6, sin que la duración total de la puesta en dicho estado supere dos años.

»Art. 142-8. - El segundo párrafo del Artículo 139 y los artículos 140 y 141-3 serán aplicables a la prisión domiciliaria bajo vigilancia electrónica.

»La persona que no respete las obligaciones que resulten de la prisión domiciliaria bajo vigilancia electrónica podrá ser objeto de una orden de detención o de detención a efectos de comparecencia, y ser sometido a prisión provisional, conforme a lo dispuesto en el Artículo 141-2.

»Art. 142-9.- Con el consentimiento previo del juez de instrucción y cuando se trate de modificaciones favorables a la persona inculpada que no afecten el equilibrio de la medida de control, los horarios de presencia en el domicilio o en los lugares que hayan sido asignados podrán ser modificados por el jefe de centro penitenciario o el director del servicio penitenciario de inserción y libertad provisional, que informará de ello al juez de instrucción.

»Art. 142-10. En caso de resolución de sobreseimiento, de sentencia absolutoria o de puesta en libertad que haya pasado a ser definitiva, la persona puesta bajo prisión domiciliaria con vigilancia electrónica tendrá derecho a la compensación por el perjuicio sufrido, según las disposiciones establecidas en los artículos 149 a 150.

»Art. 142-11. - La prisión domiciliaria bajo vigilancia electrónica será considerada como una prisión provisional, para la imputación íntegra de su duración con respecto a la de una pena privativa de libertad, conforme a lo dispuesto en el Artículo 716-4.

»Art. 142-12. - Los órganos jurisdiccionales a cargo de la instrucción y de la sentencia podrán dictar, como medida alternativa a la prisión provisional, un prisión domiciliaria bajo vigilancia electrónica en los casos previstos por los artículos 135-2, 145.,148.,201, 221-3, 272-1, 397-3, 695-34 y 696-19.

»Esta medida podrá suspenderse, mantenerse, modificarse o revocarse por parte de los órganos jurisdiccionales a cargo de la instrucción y de la sentencia, según las mismas modalidades que el control judicial, en aplicación de los artículos 148-2, 148-6, 213, 272-1, 695-35, 695-36, 696-20 y 696-21.»

»Art. 142-13. - Un decreto determinará las disposiciones de aplicación de la presente subsección».

## SECCIÓN 2: REDUCCIÓN DE PENAS

### SUBSECCIÓN 1: DE LA DECISIÓN DE LAS REDUCCIONES DE LAS PENAS

#### Artículo 72

- I. La primera frase del último párrafo del Artículo 707 se redactará de la manera siguiente:

«A tal efecto, las penas serán reducidas antes de su puesta en ejecución o durante su ejecución, si la personalidad y la situación material, familiar y social del condenado o su evolución lo permiten.»

- II. El Artículo 707 se completará por un párrafo redactado de la manera siguiente:

«En caso de expedición de un auto de prisión preventiva o de detención, las penas privativas de libertad podrán reducirse de forma inmediatamente, en las condiciones previstas por el presente código, sin esperar que la condena sea ejecutoria, de acuerdo con el presente artículo, y bajo reserva del derecho de apelación suspensiva de la Fiscalía prevista por el Artículo 712-14.»

#### Artículo 73

- I. En el Artículo 498, las palabras: «Excepto en el caso previsto por el Artículo 505» se sustituyen por las palabras: «Sin perjuicio de lo que establece el Artículo 505».

- II. El Artículo 505 se redactará de la manera siguiente:

«Art. 505. - En caso de juicio con condena, el Fiscal General podrá, asimismo, presentar su recurso en el plazo de veinte días a partir del día de pronunciarse la decisión.

»Sin perjuicio de la aplicación de los artículos 498 a 500, las otras partes dispondrán, entonces, de un plazo de cinco días para interponer un recurso de apelación provocado por la aplicación principal. Incluso en ausencia de esta apelación provocada, el Tribunal de Apelación podrá, en el caso de recurso formulado sólo por el Fiscal General, en aplicación del presente artículo, decidir una pena menos estricta que la decidida por el tribunal correccional».

- III. Se deroga el Artículo 548.

- IV. En el primer párrafo del Artículo 549, la referencia: «506» será sustituida por la referencia: «505».
- V. El segundo párrafo del Artículo 708 se completará con las palabras: «, cualquiera que sea su naturaleza».

#### **Artículo 74**

Después del segundo párrafo del Artículo 712-6, se insertará un párrafo redactado de la manera siguiente:

«El juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena también podrá, cada vez que lo considere necesario, decidir, de oficio o a petición del condenado o de la Fiscalía, volver a remitir el juicio de la causa ante el tribunal de aplicación de las penas. El juez que haya ordenado dicha remisión será miembro del tribunal que resuelve el fallo, conforme a lo dispuesto en el Artículo 712-7. La decisión de remisión constituirá una medida de administración judicial que no admite recurso».

#### **Artículo 75**

El Artículo 712-8 será modificado de la manera siguiente:

1. La palabra: «tercero» será sustituida por la palabra: «cuarto»;
2. Se añadirá un párrafo redactado de la manera siguiente:

«No obstante, para la ejecución de una medida de semilibertad, de señalamiento de residencia fuera de la cárcel o de puesta bajo vigilancia electrónica, o para la aplicación de los permisos de salida, el juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena podrá, en su decisión, autorizar al jefe del centro o al director del servicio penitenciario de inserción y libertad o, en el caso de menores, al director regional de protección judicial de la juventud, a modificar los horarios de entrada o de salida del condenado del centro penitenciario, o de su presencia en un lugar determinado, cuando se trate de modificaciones favorables al condenado y que no afecten al equilibrio de la medida. Será informado, sin demora, de las modificaciones desarrolladas, y podrá cancelarlas mediante una resolución que no admitirá recurso».

#### **Artículo 76**

En el Artículo 712-19, después de las palabras: «seguimiento socio-judicial», se insertarán las palabras: «de vigilancia judicial».

### **Artículo 77**

El Artículo 712-21 se completará con un párrafo redactado de la manera siguiente:

«Cuando se refieran a las infracciones con violencia o de carácter sexual mencionadas en el Artículo 706-47, los peritajes psiquiátricos solicitados antes de las medidas de reducción de las penas deberán, de acuerdo con el presente artículo, pronunciarse específicamente respecto del riesgo de reincidencia del condenado.»

### **Artículo 78**

El Artículo 712-22 pasará a ser el Artículo 712-23 y, después del Artículo 712-21, se restablecerá un Artículo 712-22 redactado de la manera siguiente:

«Art. 712-22. – Cuando emitan su decisión respecto de la concesión de una de las medidas previstas en los artículos 712-6 y 712-7, los órganos jurisdiccionales de aplicación de las penas podrán en el mismo juicio, y a petición del condenado, destacarla de modo total o parcial, incluso en lo referente a la duración, de una prohibición que se infiera automáticamente de una condena penal o pronunciada como pena complementaria, ya sea la de ejercer una función pública o la de ejercer una actividad profesional o social, o la de ejercer una profesión comercial o industrial, la de dirigir, administrar, regir o controlar con carácter cualquiera, directa o indirectamente, ya por cuenta propia o de terceros, una empresa comercial o industrial o una sociedad comercial.

»Esta decisión podrá ser también ser dictada por el juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena, resolviendo conforme a lo dispuesto en el Artículo 712-6, antes de la concesión de una medida de reducción de la pena, con el fin de permitir su fallo posterior. Podrá ser resuelta por mandato judicial, salvo oposición por parte de la Fiscalía.

»En las mismas condiciones, los órganos jurisdiccionales de aplicación de las penas podrán, en los casos previstos por los dos primeros párrafos, excluir también del boletín n° 2 del registro de antecedentes penales aquellas condenas que supongan un obstáculo para el proyecto de reducción de las penas.»

### **Artículo 79**

I. La primera frase del primer párrafo del Artículo 720-1 será modificada de la manera siguiente:

1. Las palabras «un año» serán sustituidas por las palabras «dos años»;

2. La palabra «grave» se suprimirá;
  3. La palabra «tres» será sustituida por la palabra «cuatro».
- II. El segundo párrafo del Artículo 720-1-1 se completará por una frase redactada de la manera siguiente:
- «No obstante, en caso de urgencia, cuando esté comprometido el pronóstico vital, podrá decidirse la suspensión, a la vista de un certificado médico establecido por el médico responsable de la estructura sanitaria a cuyo cargo se encuentre el preso, o por su sustituto.»
- III. El segundo párrafo del Artículo 712-23, tal como resulta del Artículo 78 de la presente ley, se completará por las palabras «, o bien en caso de expedición del certificado médico contemplado en la segunda frase del segundo párrafo del Artículo 720-1-1».

### **Artículo 80**

El Artículo 720-5 será modificado de la manera siguiente:

1. La primera frase se completará por las palabras «o de la puesta bajo vigilancia electrónica»;
2. El principio de la segunda frase se redactará de la manera siguiente:
 

«El tribunal ordenará, entonces, la semi-libertad o la puesta bajo vigilancia electrónica... (el resto, sin cambio alguno).»

### **Artículo 81**

- I. El primer párrafo del Artículo 723 se redactará de la manera siguiente:
 

«El condenado al que se haya concedido el beneficio de la localización en el exterior quedará sujeto, bajo el control de la administración, a ejercer actividades en el exterior del centro penitenciario.»
- II. El Artículo 723-1 se redactará de la manera siguiente:
 

«Art. 723 -1. El juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena podrá prever que la pena se lleve a cabo en régimen de semi-libertad o de señalamiento de residencia fuera de la cárcel, ya sea en el caso de condena a una o a más penas privativas de libertad cuya duración total no supere dos años, o ya sea cuando al condenado le queden por cumplir una o más penas privativas de libertad cuya duración total no supere dos años. Las duraciones de dos años, previstas por el presente párrafo, se reducirán a un año si el estado del condenado es el de reincidencia legal.»

»El juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena podrá, asimismo, supeditar la puesta en libertad condicional del condenado al cumplimiento, de carácter probatorio, de una medida de semi-libertad o de señalamiento de residencia fuera de la cárcel, durante un período de tiempo que no supere un año. La medida de semi-libertad o de señalamiento de residencia fuera de la cárcel podrá aplicarse un año antes del final del periodo de prueba previsto en el Artículo 729.»

III. El primer párrafo del Artículo 723-7 será sustituido por dos párrafos redactados de la manera siguiente:

«El juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena podrá prever que la pena se cumpla en el régimen de puesta bajo vigilancia electrónica determinado por el Artículo 132-26-1 del Código Penal, ya sea en el caso de condena a una o a más penas privativas de libertad cuya duración total no supere dos años, o ya sea cuando al condenado le queden por cumplir una o más penas privativas de libertad cuya duración total no supere dos años. Las duraciones de dos años, previstas por el presente párrafo, se reducirán a un año si el estado del condenado es el de reincidencia legal.

»El juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena podrá, asimismo, supeditar la libertad condicional del condenado a la aplicación, con carácter de prueba, de una medida de puesta bajo vigilancia electrónica, durante un período de tiempo no superior a un año.» La medida de puesta bajo vigilancia electrónica podrá llevarse a cabo un año antes del final del periodo de prueba previsto en el Artículo 729.»

IV. En el Artículo 723-11, las palabras: «previstas en el tercer párrafo del Artículo 723-7» se suprimirán.

## Artículo 82

El Artículo 729 será modificado de la manera siguiente:

1. La segunda frase del primer párrafo será sustituida por seis párrafos redactados de la manera siguiente:

«Los condenados que deban cumplir una o más penas privativas de libertad podrán beneficiarse de la medida de libertad condicional si manifiestan esfuerzos serios de readaptación social, y siempre que justifiquen:

»1° O bien el ejercicio de una actividad profesional, de un período de prácticas o de un empleo temporal, o su asistencia asidua a un ciclo de enseñanza o a formación profesional;

»2° O bien una participación esencial para la vida de su familia;

- »3° O bien la necesidad de proseguir un tratamiento médico;
- »4° O bien sus esfuerzos con el fin de indemnizar a sus víctimas;
- »5° O bien de su implicación en cualquier otro proyecto serio de integración o de reinserción.»;

2. Se añadirá un párrafo redactado de la manera siguiente:

«Cuando la edad del condenado supere setenta años, no serán aplicables las duraciones de las penas a cumplir previstas por el presente artículo, y podrá concederse la puesta en libertad condicional en cuanto quede garantizada la integración o la reinserción del condenado, en particular si es objeto de una puesta a disposición adaptada a su situación en el momento de salir del centro penitenciario, o si justifica la existencia de alojamiento, excepto en el caso de grave riesgo de repetición de la infracción, o de que esta liberación pueda originar serios inconvenientes de orden público.»

### **Artículo 83**

I. Después del tercer párrafo del Artículo 730, se insertará un párrafo redactado de la manera siguiente:

«Para las solicitudes de puesta en libertad condicional que se refieran a personas condenadas a una pena de encarcelamiento igual o superior a cinco años o a una pena de reclusión, el letrado que representa a la parte civil podrá, de solicitarlo, asistir al debate contradictorio desarrollado ante el juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena, en el tribunal de aplicación de las penas o en la sala de la aplicación de las penas del Tribunal de Apelación que entienda de los recursos, para exponer sus observaciones, antes de las conclusiones de la Fiscalía.»

II. Se suprimirá el último párrafo de los artículos 712-7 y 712-13.

III. En la primera frase del segundo párrafo del Artículo 712-13, las palabras «en los dos primeros párrafos de» se sustituirán por la palabra: «en».

## *SUBSECCIÓN 2: PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS DE REDUCCIÓN DE LAS PENAS*

### **Artículo 84**

I. El Artículo 723-14 pasará a ser el Artículo 723-13-1, y el encabezamiento de la Sección VII del Capítulo II del Título II del Libro V, así



como el Artículo 723-15, serán sustituidos por las siguientes disposiciones:

«Sección VII

»De los procedimientos simplificados de reducción de las penas

»Art. 723-14. Las personas condenadas a penas de encarcelamiento breves, ya estén libres o encarceladas, podrán beneficiarse de unos procedimientos simplificados de reducción de dichas penas, en las condiciones y según las modalidades previstas en los artículos 723-15 a 723-27.

»Estos procedimientos no excluirán la aplicación de los artículos 712-4 y 712-6.

»Un decreto determinará, de ser necesario, las modalidades y las condiciones de aplicación de la presente sección.

»Apartado 1

»Disposiciones aplicables a los condenados que estén en libertad

»Art. 723-15. Las personas no encarceladas, condenadas a una pena inferior o igual a dos años de encarcelamiento, o en cuyo caso la duración de la detención que quede por purgar sea inferior o igual a dos años, o para las cuales, en caso de acumulación de condenas, el total de las penas de encarcelamiento pronunciadas, o el resto de ellas que hayan de purgar, sea inferior o igual a dos años, se beneficiarán, en la medida de lo posible y si su personalidad y situación lo permiten, según el procedimiento previsto en el presente apartado, de una medida de semi-libertad, de una de señalamiento de residencia fuera de la cárcel, de una puesta bajo vigilancia electrónica, de un fraccionamiento o de una suspensión de penas, de una libertad condicional o de la conversión prevista en el Artículo 132-57 del Código Penal. Las duraciones de dos años que prevé el presente párrafo se reducirán a un año, si el condenado se encuentra en estado de reincidencia legal.

»Antes de pasar a cumplir la o las condenas, la Fiscalía informará al juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena de esta o de estas decisiones, enviándole todos los documentos pertinentes, y entre ellos una copia de la o de las decisiones, así como el boletín nº 1 del registro de antecedentes penales del interesado.

»Salvo si ya se hubiese advertido de estas convocatorias, después de la vista de juicio y en aplicación del Artículo 474 del presente código, al condenado se le convocará entonces, excepto decisión contraria del juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena, a comparecer en primer lugar ante el juez encargado de la imposición,

de la ejecución y del seguimiento de la pena, luego ante el servicio penitenciario de inserción y libertad provisional, en plazos que no podrán ser, respectivamente, superiores a treinta y a cuarenta y cinco días a partir de haber sido informados por la Fiscalía, con el fin de determinar las modalidades de cumplimiento de la pena mejor adaptadas a la personalidad y a la situación material, familiar y social del condenado.

»Art. 723-15-1.- Si, después de la convocatoria, el juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena juzga posible una medida de reducción o de conversión de la pena, y si el interesado está de acuerdo, el juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena ordenará esta medida o esta conversión según las modalidades previstas en el primero o el segundo párrafos del Artículo 712-6. Si el juez no dispone de elementos de información suficientes para ordenar de modo inmediato esta medida o esta conversión, podrá cargar el servicio penitenciario de inserción y de libertad provisional que estudie las modalidades de ejecución de la decisión que prevea adoptar y, en caso necesario, presentarle otra propuesta de reducción o de conversión, en un plazo de dos meses contados a partir de la formulación de esta propuesta. Habida cuenta del informe justificado del servicio penitenciario de inserción y de libertad provisional, podrá ordenar la reducción o la conversión de la pena del condenado, según las modalidades previstas en el primer o el segundo párrafo del Artículo 712-6.

»Art. 723-15-2.- Si el condenado no deseara beneficiarse de una reducción o de una conversión de la pena o si, habida cuenta del informe justificado del servicio penitenciario de inserción y libertad provisional, tal reducción o conversión no le pareciera posibles, el juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena podrá establecer la fecha de encarcelamiento.

»En caso de falta de resolución por parte del juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena durante los cuatro meses posteriores a la comunicación de la copia de la resolución, así como en los casos previstos por el Artículo 723-16, la Fiscalía podrá proceder a que se ejecute la pena.

»Si, excepto por motivo legítimo o por el ejercicio de las vías de recurso, la persona no se presenta a las convocatorias, el juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena informa de ello a la Fiscalía, que procederá para que se ejecute la pena.»

## II. El Artículo 723-16 será modificado de la manera siguiente:

1. En el primer párrafo, después de la palabra «procedimiento,», se insertarán las palabras «o bien de un riesgo comprobado de fuga del condenado,»;

2. El segundo párrafo se redactará de la manera siguiente:

«Informará inmediatamente de ello al juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena si a éste se le formuló la petición, en aplicación del segundo párrafo del Artículo 723-15.»

III. 1. Después del Artículo 723-18, se insertará a una división del apartado 2 con el encabezamiento: «Disposiciones aplicables a los condenados encarcelados».

2. Después del Artículo 723-19, se suprimirán la División Sección VIII y su título.

3. Los artículos 723-19 y 723-20 se redactarán así:

«Art. 723-19. Las personas detenidas condenadas a una o a más penas de encarcelamiento, cuyo duración acumulada sea inferior o igual a dos años, o que estén condenadas a una o a más penas de encarcelamiento cuya duración acumulada sea inferior o igual a cinco años, y cuyo remanente de pena a cumplir sea inferior o igual a dos años se beneficiarán, salvo caso de imposibilidad material y si su personalidad y situación lo permiten, de una semi-libertad, de un señalamiento de residencia fuera de la cárcel, de una colocación bajo vigilancia electrónica o de una puesta en libertad condicional, de acuerdo con el procedimiento previsto por el presente apartado. Las duraciones de dos años previstas por el presente Artículo se reducirán a un año, si el condenado se encuentra en estado de reincidencia legal.

»Art. 723-20. el director del servicio penitenciario de inserción y libertad provisional estudiará, a su debido tiempo, el expediente de cada uno de los condenados a los que se aplique el Artículo 723-19, con el fin de determinar, después del dictamen del jefe del centro penitenciario, la medida de reducción de pena mejor adaptada a su personalidad y a su situación material, familiar y social.

»Excepto en caso de ausencia de un proyecto serio de integración o reinserción, o por imposibilidad material de establecer una medida de reducción, el director, después de obtener el acuerdo del condenado respecto de la medida que se le propone, remitirá al fiscal, para que se proceda a la formulación ante el juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena, una propuesta de reducción que incluya, en caso necesario, unas o más de las obligaciones y prohibiciones enumeradas en el Artículo 132-45 del Código Penal. En su defecto, le remitirá, al igual que al juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la

pena, un informe motivado explicando las razones por las cuales no pueda proponerse ninguna reducción de la pena, e informará de ello al condenado.

»Si considera justificada la propuesta, el fiscal la transmitirá, con vistas a su aprobación, al juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena. Éste dispondrá, entonces, de un plazo de tres semanas a partir de la recepción de la formulación de la solicitud, para resolver, por mandato, la aceptación o la denegación de aprobar la propuesta.

»Si no considera la justificada propuesta, el fiscal informará de ello al juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena, remitiéndole dicha propuesta. Informará, asimismo, al condenado respecto de su postura. El juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena podrá, entonces, ordenar una reducción de la pena, tanto de oficio como previa petición del condenado, tras un debate contradictorio conforme a lo dispuesto en el Artículo 712-6 del presente código. Podrá, también, hacerlo después de haber recibido el informe que prevé el segundo párrafo del presente artículo.»

IV. Se deroga el Artículo 723-21.

V. Se deroga el Artículo 723-23.

VI. El Artículo 723-24 se redactará de la manera siguiente:

«Art. 723-24. – Por defecto de respuesta del juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena durante un plazo de tres semanas, el director del servicio penitenciario de inserción y libertad provisional podrá, por instrucción del fiscal, proceder a la ejecución de la medida de reducción. Esta decisión constituirá una medida de administración judicial que no admitirá recurso. Se le notificará, previamente, al juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena.»

VII. En la primera frase del Artículo 723-25, la referencia: «723-21» se sustituirá por las referencias: «723-20 o del Artículo 723-22»; y la referencia: «723-20» se sustituirá por la referencia: «723-19».

VIII. El Artículo 723-27 se redactará de la manera siguiente:

«Art. 723-27.- En el caso de los condenados mencionados en el Artículo 723-19, y con el fin de preparar una medida de semi-libertad, de señalamiento de residencia fuera de la cárcel, de colocación bajo vigilancia electrónica o de puesta en libertad condicional, según las disposiciones establecidas por el presente apartado, el director del servi-

cio penitenciario de inserción y de libertad provisional podrá remitir al fiscal, a efectos de formulación ante el juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena, una propuesta de permiso de salida, según las disposiciones establecidas por los artículos 723-19 a 723-24.»

IX. Después del Artículo 723-27, se restablecerá una división redactada de la manera siguiente:

«Sección VIII

»Modalidades de ejecución de las terminaciones de las penas de encarcelamiento, en ausencia de toda reducción de pena

»Art. 723-28.- En el caso de penas de encarcelamiento de duración inferior o igual a cinco años, y cuando no se ordene ninguna medida de reducción seis meses antes de la fecha de expiración de la pena, cualquier persona condenada a la cual quede por cumplir cuatro meses de encarcelamiento, o, para las penas inferiores o iguales a seis meses, a la cual le quede por cumplir dos tercios de la pena, cumplirá el remanente de su pena según las modalidades de la puesta bajo vigilancia electrónica, salvo en caso de imposibilidad material, de negativa del interesado, de incompatibilidad entre su personalidad y la naturaleza de la medida, o de riesgo de reincidencia.

»El director del servicio penitenciario de inserción y de libertad provisional hará proceder a dicha puesta bajo la autoridad del fiscal, que podrá establecer las medidas de control y las obligaciones enumeradas en los artículos 132-44 y 132-45 del Código Penal, a las que deberá someterse la persona condenada.

»En ausencia de la resolución de proceder a dicha puesta, la persona condenada podrá someter el caso al juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena, para que éste emita su resolución, mediante juicio y después de un debate contradictorio, conforme a lo dispuesto en el Artículo 712-6.

»Un decreto precisará las modalidades de la aplicación del presente artículo.»

### Artículo 85

En el Artículo 723-29, la palabra «juez» será sustituida por la palabra «tribunal».

### SECCIÓN 3: REGÍMENES DE DETENCIÓN

#### Artículo 86

El Artículo 728 se redactará de la manera siguiente:

«Art. 728. – Habrá reglamentos internos modelo, previstos por decreto del Consejo de Estado, para determinar las disposiciones tomadas con vistas al funcionamiento de cada una de las categorías de los centros penitenciarios.»

#### Artículo 87

I. Después del Artículo 715, se insertará un Artículo 715-1 redactado de la manera siguiente:

«Art. 715-1. – Se concederán todas las comunicaciones y todas las facilidades compatibles con las exigencias de seguridad de la prisión a las personas inculpadas, a las procesadas y a las acusadas, con vistas al adecuado ejercicio de su defensa.»

II. el Artículo 716 se redactará de la manera siguiente:

«Art. 716. Se pondrá a las personas inculpadas, a las procesadas y a las acusadas sujetas a prisión provisional en celdas individuales. No podrá haber derogación a este principio más que en los siguientes casos:

»1º Si los interesados lo solicitan;

»2º Si su personalidad justifica, en interés propio, que no se los deje solos;

»3º Si están autorizados a trabajar o a someterse a una formación profesional o escolar, y las necesidades de la organización así lo impongan.

»Cuando se coloque a las personas inculpadas, a las procesadas y a las acusadas en una celda colectiva, las celdas deberán estar adaptadas al número de las personas detenidas que estén albergadas allí. Estas personas deben ser capaces de cohabitar. Su seguridad y dignidad deberán estar garantizadas.»

#### Artículo 88

El segundo párrafo del Artículo 717 será modificado de la manera siguiente:

1. En la primera frase, las palabras «un año» se sustituirán por las palabras «dos años»;

2. Se añadirán dos frases redactadas de la manera siguiente:

«Cualquier persona condenada detenida en un centro de encarcelamiento y a quien quede por cumplir una pena de una duración superior a dos años podrá, a petición propia, obtener su traslado a un establecimiento penitenciario de cumplimiento de la pena, en el plazo de nueve meses a partir del día en que su condena haya pasado a ser firme.» Sin embargo, podrá retenérsela en el centro de encarcelamiento cuando se beneficie o pueda beneficiarse en breve plazo de una reducción de pena.»

### Artículo 89

I. El Artículo 717-1 será modificado de la manera siguiente:

1. Antes del primer párrafo, se insertará un párrafo redactado de la manera siguiente:

«A partir de su ingreso en el centro penitenciario y después de un período de observación multidisciplinar, las personas detenidas serán objeto de un balance de valoración de personalidad. Las etapas de la ejecución de la pena serán elaboradas por el jefe del centro y el director del servicio penitenciario de inserción y libertad provisional para los condenados, en concertación con estos últimos, en cuanto su condena haya pasado a ser firme. El proyecto inicial y sus posteriores modificaciones se pondrán en conocimiento del juez de la aplicación de las penas.»

2. El primer párrafo se completará por dos frases redactadas de la manera siguiente:

«Su régimen de detención se determinará en función de su personalidad, su salud, su peligrosidad y sus esfuerzos en materia de reinserción social. La puesta de una persona detenida en un régimen de detención más estricto no podrá menoscabar los derechos contemplados en el Artículo 22 de la Ley Penitenciaria n° 2009-1436 de 24 de noviembre de 2009.»;

3. En la primera frase del quinto párrafo, las palabras «segundo y tercero» serán sustituidas por las palabras «tercero y cuarto».

II. En el primer párrafo del Artículo 763-7, la palabra «segundo» será sustituida por la palabra «tercero».

### Artículo 90

El segundo párrafo del Artículo 717-2 se redactará de la manera siguiente:

«Sólo podrá transgredirse este principio cuando los interesados formulen la solicitud para ello, o si su personalidad justifica que, en su propio interés, no se les deje solos, o debido a las necesidades de organización del trabajo.»

## Artículo 91

El Artículo 726 se redactará de la manera siguiente:

«Art. 726. - El régimen disciplinario de las personas detenidas puestas en prisión provisional o que lleven a cabo una pena privativa de libertad vendrá determinado por un decreto del Consejo de Estado.

»Dicho decreto precisará, en particular:

»1° El contenido de las faltas disciplinarias, que se clasificarán según su naturaleza y gravedad;

»2° Las distintas sanciones disciplinarias incurridas, según el grado de gravedad de las faltas cometidas. La duración de la puesta en celda disciplinaria, o el confinamiento en celda individual ordinaria, no podrá superar veinte días, duración que, no obstante, podrá ser ampliada a treinta días por todo acto de violencia física contra las personas;

»3° La composición de la comisión disciplinaria, que deberá incluir, al menos, a un miembro exterior a la administración penitenciaria;

»4° El procedimiento disciplinario aplicable, en el curso del cual la persona podrá recibir la asistencia de un abogado, elegido o de oficio, beneficiándose en caso necesario de la ayuda del Estado en lo referente a la intervención de dicho abogado;

»5° Las condiciones en las cuales ejercerá su derecho a una sesión semanal, en locutorio, aquella persona puesta en celda disciplinaria o confinada en una celda individual;

»6° Las condiciones en las que el mantener una medida de puesta en celda disciplinaria o de confinamiento en celda individual sea incompatible con el estado de salud de la persona detenida.

»La puesta en celda disciplinaria, con carácter excepcional, de los presos menores con edad superior a dieciséis años no podrá superar siete días.

»En caso de urgencia, los detenidos adultos y los detenidos menores de más de dieciséis años de edad podrán ser objeto, con carácter preventivo, de una puesta en celda disciplinaria o de un confinamiento en celda individual. Esta medida no podrá superar dos días laborables.



»Cuando se ponga a una persona detenida en un módulo disciplinario, o en régimen de confinamiento, podrá consultar con el juez competente en materia de procedimientos de tramitación urgente, en aplicación del Artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa.»

### **Artículo 92**

Después del Artículo 726, se insertará un Artículo 726-1 redactado de la manera siguiente:

«Art. 726-1.- Toda persona detenida, salvo si es menor, podrá ser puesta, por parte de la autoridad administrativa, y durante un período de tiempo máximo de tres meses, en régimen de aislamiento, como medida de protección o de seguridad, ya por petición propia o ya de oficio. Esta medida no podrá renovarse por el mismo período de tiempo más que después un debate contradictorio, en el cual presentará sus observaciones orales o escritas la persona interesada, que podrá estar asistida por su abogado. El aislamiento no podrá prolongarse a más de un año, sin resolución previa de la autoridad judicial.

»La puesta en régimen de aislamiento no afectará al ejercicio de los derechos contemplados en el Artículo 22 de la Ley Penitenciaria n° 2009-1436 de 24 de noviembre de 2009, salvo la reserva de las adaptaciones que imponga la seguridad.

»Cuando se ponga a una persona detenida en régimen de aislamiento, ésta podrá someter el caso al juez competente en materia de procedimientos de tramitación urgente, en aplicación del Artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa.

»Un decreto del Consejo de Estado determinará las condiciones de aplicación del presente artículo.»

## *SECCIÓN 4: DISPOSICIONES DIVERSAS Y DE COORDINACIÓN*

### **Artículo 93**

- I. En el Artículo 113-5, después de las palabras «control judicial», se insertarán las palabras «, en prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
- II. El Artículo 138 será modificado de la manera siguiente:
  1. Se suprimirá el penúltimo párrafo;

2. Se suprimirán, en el último párrafo, las palabras «y a la puesta bajo vigilancia electrónica».
- III. El último párrafo del Artículo 143-1 se completará con las palabras «o de una prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
  - IV. El primer párrafo del Artículo 144 se completará con las palabras «o de prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
  - V. A continuación del Artículo 145-4, se insertará un Artículo 145-4-1 redactado de la manera siguiente:
 

«Art. 145-4-1. - El juez de instrucción, o el juez de las libertades y de la detención, podrá ordenar, mediante un auto motivado, que se someta al régimen de aislamiento a la persona detenida con el fin de separarla de las otras personas detenidas, si esta medida es indispensable para las necesidades de la información, por un período de tiempo que no podrá superar el de la orden de ingreso en prisión, y que podrá renovarse para cada prolongación de la detención. La resolución del juez de instrucción puede ser objeto de recurso ante el Presidente de la Sala de Instrucción.

»La puesta en régimen de aislamiento no afectará al ejercicio de los derechos contemplados en el Artículo 22 de la Ley Penitenciaria n° 2009-1436 de 24 de noviembre de 2009, salvo las reservas de las adaptaciones impuestas por motivos de seguridad.

»Un decreto del Consejo de Estado precisará las disposiciones de aplicación del presente artículo.»
  - VI. El Artículo 179 será modificado de la manera siguiente:
    1. En la primera frase del segundo párrafo, después de la palabra «provisional», se insertarán las palabras «, a régimen de prisión domiciliaria con vigilancia electrónica»;
    2. En la primera frase del tercer párrafo, después de la palabra «detención», se insertarán las palabras «, bajo prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
  - VII. El Artículo 181 se modificará de la manera siguiente:
    1. El quinto párrafo se redactará de la manera siguiente:
 

«El control judicial o la prisión domiciliaria con vigilancia electrónica a que esté sometido el acusado permanecerán con toda vigencia.»;
    2. En la primera frase del sexto párrafo, después de la palabra «provisional», se insertarán las palabras «, la prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».

- VIII. En el primer párrafo del Artículo 186, después de la referencia: «137-3», se insertarán las referencias «, 142-6, 142-7».
- IX. Al final de la última frase del primer párrafo del Artículo 207, las palabras «un control judicial, o modifica sus modalidades» se sustituirán por las palabras «o modifica un control judicial o una prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
- X. La segunda frase del segundo párrafo del Artículo 212 se completará con las palabras «o a prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
- XI. El tercer párrafo del Artículo 394 será modificado de la manera siguiente:
1. En la primera frase del tercer párrafo, después de la palabra «judicial», se insertarán las palabras «o de someterlo a prisión domiciliaria con vigilancia electrónica»;
  2. En la última frase, después de la palabra «judicial», se insertarán las palabras «o bajo prisión domiciliaria con vigilancia electrónica»;
  3. La segunda frase se redactará de la manera siguiente:  
«Después de haber oído al reo, y con conocimiento de su abogado, cuyas observaciones se escucharán, de pedirlo éste, dicho magistrado podrá resolver una de estas medidas, en las condiciones y según las disposiciones establecidas por los artículos 138, 139, 142-5 y 142-6.»
- XII. El último párrafo del Artículo 396 será modificado de la manera siguiente:
1. La primera frase se completará mediante las palabras «o someterlo a prisión domiciliaria con vigilancia electrónica»;
  2. En la última frase, después de la palabra «judicial», se insertarán las palabras «o en prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
- XIII. En la primera frase del Artículo 397-7, después de las palabras «control judicial», se insertarán las palabras «, sometido a prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
- XIV. En las frases primera y última del Artículo 495-10, después de las palabras «control judicial», se insertarán las palabras «, a la condena a prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
- XV. En el Artículo 501, después de la palabra «judicial», se insertarán las palabras «o de la condena a prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».

- XVI. En la primera frase del segundo párrafo del Artículo 569, la palabra «finaliza» se sustituirá por las palabras «y la prisión domiciliaria con vigilancia electrónica finalizan».
- XVII. En el apartado 5° del Artículo 706-53-2, después de la palabra «judicial», se insertarán las palabras «o condenado a prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
- XVIII. La segunda frase del último párrafo del Artículo 706-53-4 se completará mediante las palabras «o de la condena a prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
- XIX. En la segunda frase del Artículo 706-64, después de la palabra «provisional», se insertarán las palabras «, condenado a prisión domiciliaria con vigilancia electrónica».
- XX. El Artículo 706-71 será modificado de la manera siguiente:
1. En el tercer párrafo, después de las palabras: «jurisdicción encargada de dictar sentencia,» se insertarán las palabras: «durante el interrogatorio del acusado por parte del Presidente del Tribunal de Instancia, por aplicación del Artículo 272, en el momento de la comparecencia de una persona en la vista en cuyo transcurso se falle una resolución o se dicte una sentencia que se hubiese sometido a deliberación, o en cuyo transcurso se dictaminase sólo en materia de intereses civiles, o en el momento del interrogatorio por parte del fiscal o del Fiscal General de una persona detenida en virtud de una orden de detención a efectos de comparecencia, de una orden de detención o de una orden de detención europea,»;
  2. Después del tercer párrafo, se insertará un párrafo redactado de la manera siguiente:
 

«Serán, asimismo, aplicables ante la Comisión de Indemnización de las víctimas de las infracciones, ante el primer Presidente del Tribunal de Apelación competente respecto de las solicitudes de reparación de una prisión provisional, ante la Comisión Nacional de reparación por detenciones, ante la comisión y el tribunal de revisión, y ante la Comisión de Reestudio de las condenas.»;
  3. El cuarto párrafo será modificado de la manera siguiente:
    - a) En la primera frase, la palabra «dos» será sustituida por la palabra «tres»;

- b) En la primera frase, las palabras «de la jurisdicción competente» se sustituirán por las palabras «del magistrado, de la jurisdicción o de la comisión competentes»;
- c) La última frase se completará con las palabras «salvo si ya se hubiese entregado al abogado una copia de este expediente».

### **Artículo 94**

- I. El cuarto párrafo del Artículo 471 será modificado de la manera siguiente:
  - 1. La referencia «131-6» será sustituida por la referencia «131-5»;
  - 2. Después de la referencia «131-11», se insertarán las referencias «y de la 132-25 a la 132-70».
- II. El Artículo 474 será modificado de la manera siguiente:
  - 1. El primer párrafo será modificado de la manera siguiente:
    - a) Las palabras «un año», serán sustituidas, dos veces, por las palabras «dos años», y se suprimirán las palabras «ser inferior a diez días, ni»;
    - b) Se añadirá una frase redactada de la manera siguiente:
 

«Se informará, asimismo, al condenado, que se le convocará, con fines idénticos, ante el servicio penitenciario de inserción y libertad provisional en un plazo que no podrá superar cuarenta y cinco días.»;
  - 2. En el segundo párrafo, las palabras «Esta resolución» serán sustituidas por las palabras «El dictamen de convocatoria ante el juez encargado de la imposición, de la ejecución y del seguimiento de la pena»; y las palabras «a esta convocatoria» se sustituirán por las palabras «ante dicho magistrado»;
  - 3. En la segunda frase del tercer párrafo, las palabras «se le convocará ante» se sustituirán por las palabras «no se convocará sino ante».
- III. el Artículo 702-1 se completará por un párrafo redactado de la manera siguiente:
 

«Con vistas a la aplicación del presente artículo, el tribunal correccional estará formado por magistrado único, que ejercerá los poderes de presidente. Sucederá lo mismo con la sala de recursos correccionales o con la

sala de instrucción, que estará formada sólo por su Presidente y celebrará sesión con un único juez. No obstante, si la complejidad del expediente lo justificase, dicho magistrado podrá resolver, de oficio o a petición del condenado o de la Fiscalía, reenviar el juicio del expediente a la jurisdicción colegiada. El magistrado que haya ordenado dicho reenvío formará, entonces, parte componente de de esta jurisdicción. La decisión de reenvío constituye una medida de administración judicial que no admitirá recurso alguno.»

IV. El Artículo 710 se completará por un párrafo redactado de la manera siguiente:

«Con vistas a la aplicación del presente artículo, excepto en materia de que exista confusión de pena, el tribunal correccional estará formado por un único magistrado que ejercerá los poderes del presidente. Se aplicará lo mismo a las salas de apelación correccionales o a la sala de instrucción, que estará formada sólo por su presidente, y celebrará su sesión con un juez único. No obstante, si la complejidad del expediente lo justificase, dicho magistrado podrá resolver, de oficio o a petición del condenado o de la Fiscalía, reenviar el juicio del expediente a la jurisdicción colegiada. El magistrado que haya ordenado dicho reenvío formará, entonces, parte componente de de esta jurisdicción. La decisión de reenvío constituye una medida de administración judicial que no admitirá recurso alguno.»

V. El Artículo 712-4 se completará mediante un párrafo redactado de la manera siguiente:

«Si la duración de la pena fallada o que quede por cumplir lo permite, estas medidas podrán, igualmente, otorgarse según los procedimientos simplificados previstos por los artículos 723-14 a 723-27.»

VI. En la última frase del primer párrafo del Artículo 721-3, las palabras «en el penúltimo» se sustituirán por las palabras «en el noveno».

VII. El Artículo 733-1 se completará mediante un párrafo redactado de la manera siguiente:

«Esta decisión podrá, asimismo, producir efecto después de la ejecución parcial del trabajo de interés general.»

VIII. El primer párrafo del Artículo 747-2 se completará mediante las palabras: «o del Artículo 723-15».

IX. El primer párrafo del Artículo 775-1 se completará mediante una frase redactada de la manera siguiente:

«Los órganos jurisdiccionales competentes se compondrán, entonces, de acuerdo con las disposiciones del último párrafo del Artículo 702-1.»

## Artículo 95

- I. Al final de la segunda frase del Artículo 709-2, las palabras «en el primer día laborable del mes de mayo» serán sustituidas por las palabras «a lo más tardar, en el primer día laborable del mes de marzo».
- II. El Artículo 716-5 será modificado de la manera siguiente:
  1. Antes del primer párrafo, se insertará un párrafo redactado de la manera siguiente:

«Con el fin de garantizar la ejecución de una pena de encarcelamiento o reclusión, el fiscal y el Fiscal General podrán autorizar a los agentes de los cuerpos de orden público a penetrar en el domicilio de la persona condenada con el fin de aprehender a ésta. Sin embargo, los agentes no podrán penetrar en el domicilio de la persona antes de las 6 horas ni después de las 21 horas.»;
  2. En el segundo párrafo, en la primera frase del cuarto párrafo y en el quinto párrafo, después de las palabras «fiscal», se insertarán las palabras «, o el Fiscal General,»
- III. En el Artículo 719, después de las palabras «Los diputados y los senadores», se insertarán las palabras «así como los representantes elegidos en Francia ante el Parlamento Europeo».
- IV. 1. Se derogará el Artículo 727.
  2. En el Artículo 58 de la Ley n° 83-520 de 27 de junio de 1983, con vista a hacer aplicables en los territorios de ultramar el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y algunas disposiciones legales, se suprimirán las palabras «los párrafos segundo y tercero del Artículo 727,»

## Artículo 96

- I. Después del Artículo 844, se insertarán dos artículos, 844-1 y 844-2, redactados de la manera siguiente:

«Art. 844-1. - Con vistas a la aplicación en Nueva Caledonia del Artículo 474, cuando el condenado sea menor de edad, el servicio encargado de la protección judicial de la infancia ejercerá las funciones atribuidas al servicio penitenciario de inserción y libertad provisional.

»Art. 844-2. - Con vistas a la aplicación en las Islas Wallis y Futuna del Artículo 474, cuando el condenado sea menor de edad, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia ejercerá las funciones atribuidas al servicio penitenciario de inserción y libertad provisional.»

II. Después del Artículo 868-1, se insertará un Artículo 868-2 redactado de la manera siguiente:

«Art. 868-2. - En Nueva Caledonia, cuando condenado sea menor de edad, el servicio encargado de la protección judicial de la infancia, o su director, ejercerá las funciones atribuidas, según establezcan los casos, al servicio penitenciario de inserción y libertad provisional o a su director.»

III. Después del Artículo 868-1, se insertarán dos artículos, 868-3 y 868-4, redactados de la manera siguiente:

«Art. 868-3. – Con vistas a su aplicación en la Polinesia francesa y en Nueva Caledonia, el último párrafo del Artículo 713-3 se redactará de la manera siguiente:

“La remuneración del trabajo de las personas detenidas no podrá ser inferior a una tasa horaria fijado por decreto y que varíe en función del salario mínimo determinado localmente por las autoridades competentes de la Polinesia Francesa o de Nueva Caledonia. Esta tasa podrá variar en función del régimen bajo el cual se emplee a las personas detenidas”.»

»Art. 868-4. - Con vistas a su aplicación en las Islas Wallis y Futuna, el último párrafo del Artículo 713-3 se redactará de la manera siguiente:

“La remuneración del trabajo de las personas detenidas no podrá ser inferior a una tasa horaria fijada por decreto y que varíe en función del salario mínimo determinado en el Artículo 95 de la Ley n° 52-1322 de 15 de diciembre de 1952, que instituye un Código de Trabajo en los territorios y los territorios asociados que dependan de los Ministerios que rijan la Francia de ultramar. Esta tasa podrá variar en función del régimen bajo el cual se emplee a las personas detenidas”.»

IV. Después del Artículo 901-1, se insertará un Artículo 901-2 redactado de la manera siguiente:

«Art. 901-2. - Con vistas a su aplicación a Mayotte, el último párrafo del Artículo 713-3 se redactará de la manera siguiente:

“La remuneración del trabajo de las personas detenidas no podrá ser inferior a una tasa horaria establecida por decreto y que varíe en función del salario mínimo interprofesional determinado en el Artículo L. 141-2 del Código de Trabajo aplicable a Mayotte. Esta tasa podrá variar en función del régimen bajo el cual se emplee a las personas detenidas”.»

V. Después del Artículo 926, se insertará un Artículo 926-1 redactado de la manera siguiente:



«Art. 926 -1. – Con vistas a la aplicación del Artículo 474 en Saint Pierre y Miquelon, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia ejercerá las funciones atribuidas al servicio penitenciario de inserción y libertad provisional.»

VI. Después del Artículo 934, se insertarán dos artículos, 934-1 y 934-2, redactados de la manera siguiente:

«Art. 934-1. - Con vistas a la aplicación de los artículos 723-15, 723-24 y 723-27 en Saint Pierre y Miquelon, el jefe de centro penitenciario ejercerá las funciones atribuidas, según dicten los casos, al servicio penitenciario de inserción y de libertad provisional, o a su director.

»Art. 934-2. - Con vistas a la aplicación del Artículo 723-20 en Saint Pierre y Miquelon, el primer párrafo de este Artículo se redactará de la manera siguiente:

“El jefe del centro penitenciario estudiará, a su debido tiempo, el expediente de cada uno de los condenados a los que se refiere el Artículo 723-19, con el propósito de determinar la medida de reducción de pena que se adapte mejor a su personalidad”.»

### **Artículo 97**

El Código de Procedimiento Penal será modificado de la manera siguiente:

- I. Se derogará el Artículo 222.
- II. En el primer párrafo del Artículo 727-1, las palabras «que las personas detenidas hayan sido autorizadas a pasar» serán sustituidas por las palabras «de las personas detenidas».

## **TÍTULO III: DISPOSICIONES FINALES**

### **Artículo 98**

Antes del penúltimo párrafo del Artículo 5 de la Ley nº 2007-297 de 5 de marzo de 2007 de Prevención de la Delincuencia, se insertará un párrafo redactado de la manera siguiente:

«Las acciones desarrolladas por el Estado, por los municipios, por las instituciones públicas de cooperación intermunicipal, por los departamentos y por las regiones, así como por las personas jurídicas de derecho privado a cargo de una misión de servicio público, podrán ser seleccionables, en materia de asignación de un fondo interministerial para la prevención de la

delincuencia, sólo en el caso de que propongan trabajos de interés general destinados a las personas condenadas.» «

### Artículo 99

- I. La presente ley será aplicable:
  1. En Nueva Caledonia y en la Polinesia Francesa, exceptuando del Artículo 21, el segundo párrafo del Artículo 33, el del Artículo 55, el del Artículo 56 y el del Artículo 98;
  2. En las Islas Wallis y Futuna, exceptuando el Artículo 3, los párrafos desde el segundo al cuarto del Artículo 21, el segundo párrafo del Artículo 33, el del Artículo 55, el del Artículo 56 y el del Artículo 98.
- II. Refiriéndose a la aplicación de los artículos 3 y 8, se considera a Nueva Caledonia como a una entidad territorial.
- III. El Estado podrá acordar con las autoridades competentes [Disposiciones declaradas no conformes a la Constitución por resolución del Consejo constitucional n° 2009-593 CD de 19 de noviembre de 2009] de la Polinesia Francesa y de Nueva Caledonia un convenio para determinar las disposiciones de aplicación del Artículo 46.
- IV. Los párrafos segundo a cuarto del Artículo 21 serán aplicable a Mayotte.
- V. No obstante lo dispuesto en el Artículo 5, se creará en la Polinesia Francesa un consejo único de valoración, para el conjunto de los centros penitenciarios.
- VI. Con vistas a la aplicación del Artículo 27 en Saint Pierre y Miquelon y en las Islas Wallis y Futuna, se suprimirán las palabras «y el director del servicio penitenciario de inserción y de libertad provisional».
- VII. Con vistas a su aplicación en las Islas Wallis y Futuna, en la Polinesia Francesa y en Nueva Caledonia, el 2° del Artículo 30 se redactará de la manera siguiente:
 

«2° Para solicitar el beneficio de aquellos derechos y prestaciones de ayuda social previstos por la normativa localmente aplicable, cuando no dispongan de domicilio personal en el momento del encarcelamiento, o no puedan justificar su existencia;».
- VIII. Con vistas a la aplicación del Artículo 45 en las Islas Wallis y Futuna, en la Polinesia Francesa y en Nueva Caledonia, se suprimirán

las palabras «, en cumplimiento de los párrafos tercero y cuarto párrafos del Artículo L. 6141-5 del Código de Salud Pública».

- IX. El Artículo 37 no será aplicable en la Polinesia Francesa.
- X. Con vistas a la aplicación del Artículo 38 en las Islas Wallis y Futuna, en la Polinesia Francesa y en Nueva Caledonia, las palabras «el departamento» serán sustituidas por las palabras «las instituciones competentes de la colectividad».
- XI. Con vistas a la aplicación del Artículo 46 en las Islas Wallis y Futuna, en la Polinesia Francesa y en Nueva Caledonia, las palabras «por el Código de Salud Pública» y las palabras «el Director General de la Agencia Regional de la Salud» serán, respectivamente, sustituidas por las palabras «por la normativa localmente aplicable « y por las palabras «las instituciones competentes de la colectividad».
- XII. Con vistas a la aplicación del 1° del Artículo 49 en la Polinesia Francesa y en Nueva Caledonia, se suprimirán las palabras «, contempladas en el Artículo L. 1110-11 del Código de la Salud Pública».

### **Artículo 100**

En un plazo de cinco años a partir de la publicación de la presente Ley, podrá contravenirse lo relativo a la puesta en celda individual dentro de los centros de detención, dado el motivo de que la distribución interior de los locales, o el número de personas detenidas presentes, no permite su aplicación.

Sin embargo, la persona condenada o, bajo reserva del acuerdo del magistrado encargado de la información, la persona inculpada podrá solicitar su traslado al centro de detención más próximo, que permita que se le asigne una celda individual.

La presente ley será ejecutada como Ley del Estado.

Hecho en París, el 24 de noviembre de 2009.

Por el Presidente de la República:

El Primer Ministro,  
François Fillon

La Ministra de Estado, de Justicia y de las Libertades,  
Michèle Alliot-Marie

La Ministra de Sanidad y Deportes,  
Roselyne Bachelot-Narquin

El Secretario de Estado de Justicia,  
Jean-Marie Bockel

---

(1) Ley n° 2009-1436.

### **Trabajos de carácter preparatorio:**

#### *Senado:*

Proyecto de ley, n° 495 (2007-2008);

Informe del Sr. Jean-René Lecerf, en nombre de la Comisión de Leyes, n° 143 (2008-2009);

Dictamen del Sr. Nicolas About, en nombre de la Comisión de Asuntos Sociales, n° 222 (2008-2009);

Informe suplementario del Jean-René Lecerf, en nombre de la Comisión de Leyes, n° 201 (2008-2009);

Texto de la Comisión n° 202 (2008-2009);

Debate de los días 3,4,5 y 6 de marzo de 2009 y aprobación, después de la declaración de urgencia, el 6 de marzo de 2009 (TA n° 59, 2008-2009).

#### *Asamblea Nacional:*

Proyecto de Ley, aprobado por el Senado, n° 1506;

Informe del Sr. Jean-Paul Garraud, en nombre de la Comisión de Leyes, n° 1899;

Documento informativo del Sr. Guénhaël Huet, en nombre de la Delegación de los Derechos de las Mujeres, n° 1900;

Debate de los días 15,16 y 17 de septiembre de 2009, y aprobación el 22 de septiembre de 2009 (TA n° 336).

*Senado:*

Proyecto de Ley, modificado por la Asamblea Nacional, n° 628 (2008-2009);

Informe del Sr. Jean-René Lecerf, en nombre de la Comisión Mixta Paritaria, n° 20 (2009-2010);

Debate y aprobación, el 13 de octubre de 2009 (TA n° 2, 2009-2010).

*Asamblea nacional:*

Informe del Sr. Jean-Paul Garraud, en nombre de la Comisión Mixta Paritaria, n° 1962;

Debate y aprobación el 13 de octubre de 2009 (TU n° 349).

*Consejo constitucional:*

Decisión n° 2009-593 CD de 19 de noviembre de 2009, publicada en *el Diario Oficial* de esa fecha.

TRADUCCIÓN DEL GABINETE DE TRADUCTORES  
DEL MINISTERIO DEL INTERIOR



**RECENSIONES Y SELECCIÓN  
BIBLIOGRÁFICA**





González Gómez, María de los Ángeles. *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*. Navarra, Civitas, 2010. 216 p.

Para poder apreciar la monografía titulada *Régimen Disciplinario de la Guardia Civil*, escrita por M<sup>a</sup> Ángeles González Gómez, resulta imprescindible realizar previamente un somero repaso de los antecedentes del actual régimen jurídico y estatutos de la Guardia Civil, y en consecuencia, de su norma disciplinaria.

En el año 1844, durante el reinado de Isabel II, se impulsó la creación de un cuerpo de seguridad pública de ámbito estatal, para paliar la inseguridad ciudadana surgida por el bandolerismo que azotaba España desde el fin de la Guerra de la Independencia, agudizado aún más tras la primera Guerra Carlista.

Por este motivo, por Reales Decretos de 28 de marzo y, posteriormente de 13 de mayo, se fundó el Cuerpo de la Guardia Civil, cuya organización fue otorgada al II Duque de Ahumada.

Esta poseía una doble dependencia ministerial, por una parte respecto al Ministerio de la Gobernación en lo concerniente a los servicios que había de prestar y, por otra, en relación al Ministerio de la Guerra, en lo tocante a su organización, personal y disciplina, derivándose de este hecho el sometimiento de sus componentes a la norma estatutaria del Ejército y, por ende, la naturaleza militar de dicho Cuerpo.

Los servicios desarrollados para establecer la seguridad del orden, de las personas y de las propiedades y observar el cumplimiento de las Leyes, aumentaron el prestigio de la Institución y la estima de la sociedad hacia ésta, hasta el punto de que, sólo unos años después del comienzo de su andadura, se adaptó su organización para que, sin perjuicio de su servicio peculiar, pudiesen también cumplir misiones en caso de guerra.

No obstante, hasta 1878, la Guardia Civil no formó parte del Ejército de Tierra, situación que finalizó con la entrada en vigor de la Ley Orgánica

2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCS) que, en desarrollo del artículo 104 de la Constitución<sup>1</sup>, la define como un Instituto Armado de naturaleza militar que, junto con el Cuerpo Nacional de Policía, integra las Fuerzas de Seguridad del Estado.

Además, en el articulado de dicha Ley se continuó manteniendo la doble dependencia ministerial que la Guardia Civil adquirió en el momento de su fundación<sup>2</sup>, adaptada en este caso a la estructura gubernamental actual, es decir, subordinada al Ministerio del Interior en el ejercicio de las funciones policiales y, al Ministerio de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que le sean encomendadas. No obstante, se previó que, en tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependiera exclusivamente del Ministro de Defensa.

Son la doble dependencia ministerial y la naturaleza militar los grandes diferenciadores de las dos organizaciones policiales que integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Sin embargo, existen otros de gran calado, como son la distinta distribución competencial territorial de ambos cuerpos -en el desarrollo de las funciones comunes derivadas de la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana-, las desiguales funciones específicas asignadas o los diferentes regímenes estatuarios a los que se encuentran sometidos.

Así, mientras que para el Cuerpo Nacional de Policía la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consagraba su naturaleza civil y establecía determinadas peculiaridades en cuanto al régimen de asociación sindical y al régimen disciplinario, para la Guardia Civil, por su condición de instituto armado de naturaleza militar, previó el desarrollo de una normativa específica a efectos disciplinarios.

Lo cierto es que tuvieron que transcurrir cinco años hasta que este mandato se hizo efectivo y, entretanto, debido a su vinculación al Ejército, los poderes públicos decidieron que le fuera de aplicación a sus miembros la Ley Orgánica 12/1985 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LR-DFA), que separaba formalmente el ámbito penal del disciplinario, plasmando los delitos militares y sus penas en el Código Penal Militar (CPM)<sup>3</sup>, adicional al Código Penal y, en sí misma, las infracciones disciplinarias militares de carácter administrativo. Quedaban de este modo los guardias civiles sometidos también al Código Penal Militar, cuando se observara en ellos la comisión de un delito en él contemplado<sup>4</sup>.

La primera Ley Disciplinaria de la Guardia Civil llegó en el año 1991, con la entrada en vigor de la Ley 11/1991, de 17 de junio. Pero en ella el legislador

no desvinculaba totalmente a la Guardia Civil del régimen sancionador del Ejército, y establecía su aplicación supletoria en las cuestiones que no previera en su articulado.

Si bien, debido a la evolución de la sociedad y a la necesidad de adaptación de la Guardia Civil a ésta, fue aprobado el régimen disciplinario que actualmente se encuentra en vigor, por la Ley Orgánica 12/2007 de 22 de octubre de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (LRDGC)<sup>5</sup>. Éste moderniza y renueva el anterior, y consolida a la Guardia Civil como un cuerpo policial de idiosincrasia singular, que se encuentra desvinculado del Ejército en el ejercicio de sus funciones policiales, a la par que mantiene su naturaleza castrense.

De estas sucesivas reformas, se entrevé cierta voluntad por los poderes públicos de mantener la especificidad de dicho cuerpo policial, que es su naturaleza militar pues, tras 166 años, de historia sigue perdurando dicha singularidad.

Su peculiar naturaleza, como un instituto armado de naturaleza militar, ha dado lugar a que se hayan preservado y protegido una serie de valores propios de la Institución e íntimamente ligados al ámbito militar; valores que atribuidos a todos sus miembros y sumados a su esfuerzo por el correcto desempeño de las misiones asignadas, han fraguado el prestigio y reconocimiento de este Cuerpo Policial no sólo ante la sociedad española sino también en el ámbito internacional.

Como se mencionó al inicio, la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, es analizada con exquisito detalle y rigor por M<sup>a</sup> Ángeles González Gómez, en una monografía titulada *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, sobre la que trata esta recensión.

La obra en cuestión constituye el objeto de su tesis doctoral, calificada con la nota de *sobresaliente cum laude* por unanimidad del tribunal, valoración de la que se desprende el amplio conocimiento de la materia por su autora que, como abogada en ejercicio, es especialista en Derecho Militar y de la Guardia Civil y, por tanto, defensora de los miembros del Cuerpo sujetos al procedimiento administrativo sancionador.

Debido a la novedad y complejidad de los temas tratados, existen pocas monografías o libros editados sobre esta materia, sin perjuicio de que se hayan escrito numerosos artículos doctrinales y jurisprudenciales desde la entrada en vigor de la Ley. En concreto, aparte de la monografía referida, es inexcusable hacer alusión a otra obra como es el *Manual de derecho discipli-*

*nario de la Guardia Civil*<sup>6</sup> que, por su carácter eminentemente práctico, es particularmente útil para la correcta aplicación de la nueva normativa.

Por el contrario, el libro que nos ocupa se aleja de las características de manual al uso, por su menor extensión y su carácter predominantemente jurídico que dota a la obra de valor académico-técnico, gracias al cual, tras su lectura se obtiene una primera aproximación general al singular, y complejo, procedimiento sancionador de la Guardia Civil.

Asimismo, las numerosas y novedosas sentencias, tanto del Tribunal Constitucional (TC) como de la Sala Quinta del Tribunal Supremo (TS), citadas en el texto, ilustran y facilitan enormemente la comprensión de la materia objeto de estudio. De este modo, la autora se apoya, en gran medida, en el relato de conductas realizadas por guardias civiles que finalizaron siendo juzgadas por estos órganos jurisdiccionales, debido a la imprecisión de algunos tipos legales o de conceptos jurídicos indeterminados.

El libro se divide en dos partes claramente diferenciadas. En la primera de ellas se abordan de forma comprensible, detallada y sencilla los principios que el procedimiento administrativo sancionador de la Guardia Civil comparte con los modelos sancionadores propios de nuestro marco constitucional como son, entre otros, el de legalidad, el de proporcionalidad y el de tipicidad, el derecho a la presunción de inocencia o, en cuanto a la labor de la administración, la discrecionalidad, los conceptos jurídicos indeterminados, el margen de apreciación o el control jurisdiccional de su potestad sancionadora. De igual forma, se describen otros principios y actuaciones procedimentales que, en su aplicación, adquieren una singularidad específica por las propias peculiaridades de la Institución, tales como el principio *non bis in idem*, la competencia sancionadora, el estado de necesidad en las relaciones de sujeción especial, la información reservada, la notificación del expediente o la adopción de medidas cautelares.

En la segunda parte, la autora se ciñe a una breve descripción comentada de cada una de las infracciones disciplinarias tipificadas en el régimen disciplinario, siguiendo el esquema legal de faltas leves, graves y muy graves. En él se indican, caso por caso, el límite que el nivel de las faltas alcanzaría según la valoración de gravedad de los hechos cometidos, incluyendo los delitos penales previstos en el Código Penal Militar.

A su vez, se cotejan las infracciones administrativas y sanciones derivadas del régimen disciplinario de la Guardia Civil en comparación con las respectivas del antiguo régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, derogado recientemente por la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo.

Aún así, resulta el análisis muy interesante, pues se concluyen ciertas concordancias y discrepancias entre los tipos previstos en ambas instituciones policiales.

Sin embargo, respecto a esta comparativa, la opinión subjetiva de la autora es vaga, lo que genera sensación de indeterminación o irresolución en el lector, situación que se repite al terminar la lectura pues carece de conclusiones finales.

Del mismo modo, adolece la monografía, en esta segunda parte, de una mayor profundidad en la investigación y exposición de las diferencias existentes entre los expedientes por faltas leves, graves o muy graves, y sus desiguales fases y trámites.

Expuestas estas valoraciones generales, resulta esencial destacar, por su especial relevancia o por la práctica y útil explicación de la materia tratada, los siguientes aspectos del libro:

En el Capítulo I (1ª Parte), la autora realiza un análisis de la primera sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo (de 16 de abril de 2009) y sucesivas, sobre la interpretación del artículo 7 bis del CPM<sup>7</sup>, introducido por la disposición adicional cuarta de la nueva Ley Disciplinaria de la Guardia Civil.

Aunque posiblemente la aspiración del legislador fuera limitar la aplicación del Código Penal Militar a los guardias civiles, únicamente en tiempo de guerra, estado de sitio, cuando se integrasen en Unidades militares o durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, abstrayendo de su ámbito los actos propios de funciones «policiales», ha resultado de la jurisprudencia emanada del TS, que éste es de aplicación, *grosso modo*, cuando los miembros de la Guardia Civil realicen hechos que afecten a bienes jurídicos propios del orden castrense.

*«...llega a la conclusión que como únicamente las acciones policiales están excluidas de la aplicabilidad del CPM, éste es aplicable en los demás casos, como cuando no realicen ninguna clase de actividad, porque se trata de una situación excluida y en ella está presente la condición de militares».*

*«...el CPM sigue siendo de aplicación a los miembros de la Guardia Civil que se encuentren en situación libre de servicio».*

Igualmente, en este Capítulo se hace alusión a la necesidad de aplicación de las garantías penales en el procedimiento administrativo sancionador, aún cuando en el ámbito castrense existan una serie de peculiaridades, ajenas al resto de la administración, como por ejemplo la exigencia a los militares de

informar sobre asuntos del servicio de forma objetiva, clara y concisa, sin ocultar ni desvirtuar nada de cuanto supieran<sup>8</sup>.

*«...La referida STS 6 de marzo de 2009 [...], no deja lugar a dudas al anteponer el Derecho a no declarar sobre si mismo a la obligación establecida en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, señala la Sala: «Cuando un militar que razonablemente va a ser sometido a expediente es interrogado sin haber sido informado previamente de su derecho a no declarar contra si mismo, y él no es consciente de su situación real, la vulneración del derecho fundamental se proyecta sobre su declaración anulándola [...]».*

En el Capítulo V (1ª Parte), dedicado al estado de necesidad en las relaciones de sujeción especial, la autora utiliza el caso de un militar condenado por el Tribunal Militar Territorial Primero, por un delito de abandono de destino provocado por la necesidad de cuidar de su madre y de su hermano. Presentado un Recurso de Casación, éste fue estimado por el Tribunal Supremo y, en sentencia de 19 de octubre de 2009, en la que ella fue abogada defensora del condenado, se absolvió al recurrente.

*«...La mayoría de la Sala interpreta que no siempre el sujeto activo de la acción infractora es el sujeto necesitado [...]. Cuando el mal que se pretende evitar con la acción infractora es «ajeno», el necesitado es la persona que lo sufre o lo va a sufrir».*

*«...tampoco puede concluirse que el recurrente tuviera obligación de sacrificarse por su función o cargo, (el deber de presencia en una situación de paz, y respecto de un soldado, no contiene en sí mismo el deber de soportar tal sacrificio) [...]. El deber de sacrificarse ha de ser útil. [...], soportar el mal ajeno por un deber que no produce utilidad es difícilmente asumible.»*

Algunas de las disposiciones generales del procedimiento administrativo sancionador, que abarcan los artículos 38 al 49 de la LRDGC, se recogen brevemente en el Capítulo VI de la monografía (1ª Parte). Así, se tratan el inicio del procedimiento, los tipos de parte disciplinario y sus formas, la denuncia de los hechos y, de soslayo, el valor de la prueba.

*«El artículo 40<sup>o</sup> es una de las novedades que ha introducido el vigente Régimen Disciplinario. [...], se configura una nueva obligación para todos los miembros del Cuerpo que se convierte a su vez en un derecho –especialmente para los subordinados– que se ven amparados a la hora de dar parte de hechos ilícitos de sus mandos con mayor facilidad de la que existía en la práctica hasta ahora.»*

*«En la práctica forense, el supuesto más conflictivo que se produce, es la presunta comisión de una falta por un subordinado sin la concurrencia de*

*testigos, por lo que nos encontramos ante la disyuntiva de dar validez al testimonio del superior [...] o al testimonio del subordinado [...]. A favor del subordinado debe jugar la presunción de inocencia, a favor del superior juega la presunción de validez de los actos administrativos que evidentemente admitiría prueba en contrario. También juega a favor del superior los principios de jerarquía y disciplina que [...] se determinan a favor del superior al objeto de mantener y asegurar la gobernabilidad de las unidades».*

*«...[...] la STS de la Sala V de 22 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 1203), establece que, aún cuando admite que, en casos de discordancia entre las descripciones de un mismo hecho, por el superior y el inferior (subordinado); puede ponderar en mayor medida la palabra de quien actúa en cumplimiento de sus deberes de mando, criterio este, por cierto, no exactamente ajustado a la jurisprudencia en materia de prueba ni al principio de igualdad de partes, entiende que aparecen dudas razonables sobre la objetividad del relato y entra en el análisis más o menos pormenorizado de tales contradicciones y en la exposición de las consiguientes dudas».*

Se dedica la totalidad del Capítulo VII (1ª Parte) al análisis de las acepciones que el derecho fundamental «*non bis in idem*» presenta en el régimen disciplinario de la Guardia Civil, plasmado en el art. 4 de su norma<sup>10</sup>, que permite la existencia de dualidad de sanciones –penales y administrativas– por unos mismos hechos, sin que padezca el derecho fundamental mencionado.

*«La excepción a este principio ha sido declarada por el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 6 de junio y 21 de noviembre 1984 [...]».*

*«Desde el punto de vista técnico-jurídico, la explicación que cabe ante esta duplicidad es la diversidad de bienes jurídicos protegidos. Ej. las lesiones entre compañeros desde el punto de vista penal protegen la integridad física y desde el punto de vista disciplinario el compañerismo y la dignidad del Cuerpo.»*

*«Es por ello que no se permite la doble sanción (penal y administrativa) cuando entra en juego el Código penal Militar, ya que el código castrense protege los mismos bienes jurídicos que la norma disciplinaria.»*

La información reservada es otra de las muchas particularidades de este régimen sancionador, como se analiza en el Capítulo X (1ª Parte). Se otorga con esta actuación procedimental, a la Autoridad competente, la posibilidad de acordar la práctica de investigaciones para el esclarecimiento de los hechos (Art. 39.5 de la LRDGC)<sup>11</sup>.

*«...[...] al objeto de evitar futura causa de nulidad en dicho procedimiento –y aunque la norma disciplinaria no señala nada en relación a la forma de llevarse a cabo dicha información–, en la práctica, se ofrece a todos aque-*

*llos que prestan declaración los mismos derechos de los que disfrutará a lo largo del procedimiento, es decir, derecho a no manifestar, a no declararse culpable, asistencia letrada, etc., advirtiéndoles a todos ellos que del Informe que concluya la Información reservada puede resultar la imputación de falta disciplinaria, por lo que entendemos que en esta fase no es gratuita toda prudencia garantista de derechos fundamentales».*

*«Podrá incorporarse a la Información reservada toda la prueba documental del que se disponga, así como las manifestaciones efectuadas por todos aquellos que declaren en relación a los hechos».*

*«En el caso de que finalmente se inicie procedimiento sancionador, se incorporará la Información reservada en su integridad, procediendo el Instructor del expediente a su valoración a efectos probatorios y la ratificación de las pruebas testificales».*

Al haberse introducido con la LRDGC un nuevo procedimiento para el expediente por falta leve, la autora relata al inicio del Capítulo I (2ª Parte), sirviéndose de una STS, ciertos aspectos a remarcar sobre el procedimiento aligerado de trámites para la sanción de faltas leves.

*«La STS, sala V, de 7 julio 2008 (RJ 2008, 5975) [...] considera que la proscripción de la indefensión es aplicable a todos los procedimientos administrativos sancionadores, sin que sea la excepción el procedimiento preferentemente oral para la sanción de las faltas disciplinarias. Por ello, es de aplicación el derecho a la defensa, la verificación de la exactitud de los hechos, la formulación de alegaciones de descargo con posible aportación de documentos u otros justificantes que el encartado considere convenientes para su defensa, incluso la proposición de prueba que el mando sancionador estime pertinente y necesaria, y último, la subsunción de los hechos en el correspondiente tipo disciplinario».*

En términos generales, la monografía *Régimen disciplinario de la Guardia Civil* consigue sumergir al lector en el complejo procedimiento sancionador de la Guardia Civil, de tal forma que, tras su lectura, se adquieren una serie de conceptos básicos y necesarios para los integrantes del Benemérito Instituto en la salvaguarda de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones.

Asimismo, el libro puede ser de gran interés para aquellos lectores ajenos a la materia objeto de estudio pero que, por el contrario, no busquen una profunda inmersión en la materia, sino que aspiren a obtener una ligera aproximación a uno de los singulares procedimientos sancionadores que contempla nuestro marco constitucional.

VERÓNICA ISABEL GUILLÉN MALAGÓN



## Referencias

- <sup>1</sup> Artículo 104 de la Constitución Española:
1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.
  2. Una Ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.
- <sup>2</sup> Artículo 9 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y están integradas por:
- a. El Cuerpo Nacional de Policía, que es un instituto armado de naturaleza civil, dependiente del Ministro del Interior.
  - b. La Guardia Civil, que es un instituto armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que este o el Gobierno le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa.
- <sup>3</sup> Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar.
- <sup>4</sup> MARCHAL ESCALONA, A. NICOLÁS (Coordinador)., «*Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*», Editorial Aranzadi, 2010.
- <sup>5</sup> Como indica el preámbulo de la Ley, de entre las principales novedades introducidas, destacan, la supresión de la figura de arresto del cuadro de sanciones disciplinarias, la clarificación en la descripción de las conductas que constituyen el catálogo de faltas, la introducción del concepto jurisprudencial de la falta de abandono de servicio, o la tipificación expresa, como faltas muy graves, de conductas constitutivas de acosos de naturaleza moral o psicológica o atentatorias contra la libertad sexual. Además, se ha incrementado la protección del derecho fundamental de asociación y se ha reforzado la integridad y ejemplaridad del Cuerpo proscribiendo conductas que resultan incompatibles con su imagen.
- <sup>6</sup> MARCHAL ESCALONA, A. NICOLÁS (coord.) *Manual de Derecho Disciplinario de la Guardia Civil*. Editorial Aranzadi, 2010.
- <sup>7</sup> Artículo 7 bis del Código Penal Militar:
- Las disposiciones de este Código no serán de aplicación a las acciones u omisiones de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto.
- No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado

de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares.

<sup>8</sup> Artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (RROO).

<sup>9</sup> Artículo 40 LORDGC, sobre el parte disciplinario:

1. Todo componente de la Guardia Civil que observe hechos que pudieran constituir faltas imputables a miembros de mismo, superior o inferior empleo, deberá formular parte a la Autoridad o mando que tenga competencia para conocer de la presunta falta observada, informando seguidamente de ello a su superior inmediato, salvo que éste sea el presunto infractor.
2. El parte contendrá un relato claro de los hechos, sus circunstancias, la identidad del presunto infractor, así como de los testigos, y deberá expresar claramente la identidad de quien da el parte y los datos necesarios para ser localizado.
3. La Autoridad o mando competente que reciba un parte acusará recibo de inmediato, informando a su promotor de la incoación o no de procedimiento disciplinario.

<sup>10</sup> Artículo 4 LORDGC, sobre la tramitación del procedimiento penal por los mismos hechos:

La iniciación de un procedimiento penal contra miembros de la Guardia Civil no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva de dichos procedimientos sancionadores sólo podrá producirse cuando la dictada en el ámbito penal sea firme, vinculando la declaración de hechos probados.

<sup>11</sup> Artículo 39 LORDGC, sobre el inicio del procedimiento:

1. El procedimiento se iniciará siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa, o en virtud de parte disciplinario, denuncia u orden superior, o a propuesta de alguna de las Autoridades que están facultadas para instar el ejercicio de la acción disciplinaria.
2. Los órganos competentes para la imposición de una sanción lo son también para ordenar la incoación del correspondiente procedimiento.
3. El acuerdo de inicio expresará los hechos que lo motivan, la falta que presuntamente se hubiere cometido, el artículo y el apartado en que se encuentra tipificada, y el presunto responsable.
4. La incoación del procedimiento se notificará al interesado, así como, en el caso de faltas graves o muy graves, el nombramiento de instructor y secretario con indicación de las personas designadas para desempeñar dichos cargos.
5. Con anterioridad al acuerdo de inicio, la Autoridad disciplinaria podrá ordenar la práctica de una información reservada para el esclarecimiento de los hechos, la determinación de sus presuntos responsables y la procedencia de iniciar o no el procedimiento sancionador.

## SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA: BIBLIOGRAFÍA TEMÁTICA: RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL

1

BENÍTEZ MUÑOZ, Diego

El cese en sus funciones y la suspensión de funciones / Diego Benítez Muñoz  
En: Guardia Civil : revista oficial del Cuerpo. – Zaragoza ; Madrid : Dirección General de la Guardia Civil, [1944]-. – ISSN 0210-5470. – N. 678 (oct. 2000), p. 113-114  
1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario

2

COMENTARIOS a la Ley disciplinaria de la Guardia Civil : (Ley orgánica 11/1991) / coordinación José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto ; comentada por Antonio Morales Villanueva ... [et al.]. – 3ª ed. – [Madrid] : Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, 2001. – 2 v. ; 24 cm

ISBN 84-8150-230-8

Contiene: I. Comentarios y jurisprudencia – II. Formularios

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario I. Rodríguez- Villasante y Prieto, José Luis II. Morales Villanueva, Antonio III. España. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica

Signatura MIR-55

Signatura 28.150

3

DEMPSEY JIMÉNEZ, Dennis-John

Observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la Institución que no constituyan delito / Dennis-John Dempsey Jiménez

En: Guardia Civil : revista oficial del Cuerpo. – Zaragoza ; Madrid : Dirección General de la Guardia Civil, [1944]-. – ISSN 0210-5470. – N. 645 (en. 1998), p. 109-113

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario

4

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel A.

El modelo policial ante el Tribunal Constitucional / Miguel Domínguez Berrueta de Juan, Dionisio Fernández de Gata, Marcos Fernando Pablo

En: Revista de administración pública. – Madrid: Instituto de Estudios Políticos, [1950]-. – ISSN 0034-7639. – Madrid: Instituto de Estudios Políticos, [1950]-. – ISSN 0034-7639. – N. 23 (sept.-dic. 1990), p. 261-296

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. España. Policía Nacional-Régimen disciplinario 3. Policía-España I. Fernández de Gata, Dionisio II. Fernando Pablo, Marcos M.

5

EGIDO TRILLO-FIGUEROA, José Luis

El régimen disciplinario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad / José Luis Egido Trillo-Figueroa

En: Aspectos legales de la seguridad. – Madrid : Dykinson, [2006]. – ISBN 978-84-9772-871-3. – P. [115]-136

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. España. Policía Nacional-Régimen disciplinario 3. Derecho penal militar-España 4. Policía-España-Legislación

6

GARCÍA SAN PEDRO, José

Limitaciones en los derechos fundamentales del policía / José García San Pedro

En: Cuadernos de la Guardia Civil. – Madrid : Centro de Publicaciones, Ministerio del Interior, 1989-. – ISSN 1136-4645. – N. 21 (1999), p. 83-89

1. Policía-Régimen disciplinario

7

GONZÁLEZ GÓMEZ, María de los Ángeles

Régimen disciplinario de la Guardia Civil : LO 12/2007, de 22 de octubre / María de los Ángeles González Gómez ; prólogo de Fernando González Botija. – Cizur Menor, Navarra : Civitas, 2010. – 216 p. ; 21 cm. – (Monografías)

Bibliografía: p. [177]-[216]

ISBN 978-84-470-3425-3

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. España. Ley orgánica del régimen disciplinario de la Guardia Civil, 2007

Signatura 34.547

8

GUARDIA Civil : (documentación preparada para la tramitación del proyecto de Ley orgánica del régimen disciplinario de la Guardia Civil) : (BOGC Congreso, Serie A, nº 40, de 9 de octubre de 1990) / [preparada por la Secretaría General del Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios y Documentación]. – [Madrid : Secretaría General del Congreso de los Diputados, 1990]. – 657 p. ; 30 cm. – (Documentación ; 84)

1. España. Guardia Civil-Legislación  
 Signatura SL-351.74-ESP

9

HERNÁNDEZ, Víctor

Las bases para la Guardia Civil del siglo XXI : el Gobierno envía al Parlamento los proyectos de ley de derechos y deberes y de régimen disciplinario / Víctor Hernández  
 Sumario: El artículo destaca la introducción del «derecho de asociación profesional de los miembros de la Guardia Civil...»

En: Revista española de defensa. – Madrid : Ministerio de Defensa, DRISDE, D.L. 1988-. – ISSN 1131-5172. – Año 20, n. 228 (feb. 2007), p.30-33

1. España. Guardia Civil 2. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 3. Libertad de asociación-España 4. Derechos políticos y civiles-España

10

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe

Responsabilidad penal del personal de la Guardia Civil : eximentes del Código penal común de 1995 aplicables en el Derecho penal militar de 1985 / Juan-Felipe Higuera Guimerá

En: El estatuto de las fuerzas y cuerpos de seguridad de la Guardia Civil / X Seminario Duque de Ahumada, (5, 6 y 7 de mayo de 1998). – [Madrid] : Ministerio del Interior, [1999]. – ISBN 84-8150-191-3. – P. 237-258

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. España. Guardia Civil-Personal 3. España. Código penal militar, 1985

11

INFANTE MATEO, Miguel

Detención de militares / Miguel Infante Mateo

En: Guardia Civil : revista oficial del Cuerpo. – Zaragoza ; Madrid : Dirección General de la Guardia Civil, [1944-]. – ISSN 0210-5470. – N. 466 (feb. 1983), p. 11

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. Detención-España

12

LORENZO CASTELAO, Gonzalo

Modificaciones de la Ley Orgánica 11/1991 / Gonzalo Lorenzo Castelao

En: *Guardia Civil : revista oficial del Cuerpo.* – Zaragoza ; Madrid : Dirección General de la Guardia Civil, [1944-]. – ISSN 0210-5470. – N. 680 (dic. 2000), p. 109-114

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. España. Ley orgánica del régimen disciplinario de la Guardia Civil, 1991 3. España. Ley orgánica de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, 1998

13

MANUAL de derecho disciplinario de la Guardia Civil / A. Nicolás Marchal Escalona, coordinación ; autores, Jesús-Sotero Fernández Caballero ... [et al.] ; prólogo, Francisco Javier Velázquez López. – 1ª ed. – Cizur Menor (Navarra) : Thomson Aranzadi, 2008. – 808 p. ; 24 cm

Bibliografía: p. 777-782. Anexo legislativo

ISBN 978-84-8355-904-8

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario I. Marchal Escalona, Antonio Nicolás II. Fernández Caballero, Jesús-Sotero III. Velázquez López, Francisco Javier Signatura 21.287

14

MANZANO SOUSA, Manuel

Conflictos de jurisdicción en la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil / por Manuel Manzano Sousa

En: *Revista general de derecho.* – Valencia : [s.n.], [1944]-2001. – ISSN 0210-0401. – N. 538-539 (jul.-ag. 1989), p. 4761-4788

En: *Boletín de información.* – Madrid : Ministerio de Justicia, 1996. – ISSN 0211-4267. – N. 1565 (jun. 1990), p. 2510-2543

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. Fuerzas armadas-España 3. Disciplina militar-España

15

MARCHA ESCALONA, Antonio Nicolás

Atentado, resistencia, desobediencia : [caso práctico] / Antonio Nicolás Marcha Escalona

En: *Guardia Civil : revista oficial del Cuerpo.* – Zaragoza ; Madrid : Dirección General de la Guardia Civil, [1944]-. ISSN 0210-5470. – N. 729 (en. 2005), Formación, p. XIII-XV

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. Delitos militares-España

16

MARTÍN VICENTE, Manuel Antonio

Caracterización jurídica de la Guardia Civil / Manuel Antonio Martín Vicente  
En: Revista española de derecho militar. – Madrid : Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, D.L. 1956-. – ISSN 0034-9399. – N. 55 (en.-jun. 1990), t. 1, p. 187-212

1. España. Guardia Civil

17

MARTÍNEZ MICÓ, Juan Gonzalo

La prescripción de las faltas disciplinarias en el ámbito castrense / Juan Gonzalo Martínez Micó

En: La Ley : revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. – Madrid : Edilexsa, 1980-. – ISSN 1138-9907. – N. 5464 (en. 2002), p. 1-5

1. Disciplina militar-España

18

MATAMOROS MARTÍNEZ, Rafael

La Ley disciplinaria de la Guardia Civil : rasgos generales y peculiaridades / Rafael Matamoros Martinez

En: Revista española de derecho militar. – Madrid : Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, D.L. 1956-. – ISSN 0034-9399. – N. 61 (en.-jun.1993), p. 167-201

1. España. Guardia civil-Régimen disciplinario

19

MATAMOROS MARTÍNEZ, Rafael

Mitos y realidades en la nueva Ley disciplinaria de la Guardia Civil / Rafael Matamoros Martínez

En: Cuadernos de la Guardia Civil. – Madrid : Centro de Publicaciones, Ministerio del Interior, 1989-. – ISSN 1136-4645. – N. 37 (2008), p. 17-34

1. España. Ley orgánica del régimen disciplinario de la Guardia Civil, 2007 2. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario

20

MATAMOROS MARTÍNEZ, Rafael

Reforma de la Ley disciplinaria de la Guardia Civil / Rafael Matamoros Martínez

En: Cuadernos de la Guardia Civil. – Madrid : Centro de Publicaciones, Ministerio del Interior, 1989-. – ISSN 1136-4645. – N. XX (1999), p. 123-136

1. España. Ley orgánica del régimen disciplinario de la Guardia Civil, 1991 2. España. Guardia Civil

21

MATAMOROS MARTÍNEZ, Rafael

Régimen disciplinario de la Guardia Civil : crítica y propuestas de mejora / Rafael Matamoros Martínez

En: El estatuto de las fuerzas y cuerpos de seguridad de la Guardia Civil / X Seminario Duque de Ahumada, (5, 6 y 7 de mayo de 1998). – [Madrid] : Ministerio del Interior, [1999]. – ISBN 84-8150-191-3. – P. 179-235

1. España. Ley orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad, 1986 2. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario

22

MILLÁN GARRIDO, Antonio

La falta grave de reincidencia en el régimen disciplinario de las fuerzas armadas / Antonio Millán Garrido

En: Actualidad administrativa : revista semanal técnico-jurídica de derecho administrativo. – Madrid : La Ley, 1985-. – ISSN 1130-9946. – N. 2 (en. 2000), p. 77-91

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. Disciplina militar-España 3. Reincidencia-España

23

MILLÁN GARRIDO, Antonio

Régimen disciplinario de la Guardia Civil / Antonio Millán Garrido. – Madrid : Trotta, D.L. 1992. – 293 p. ; 23 cm. – (Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho) ISBN 84-87699-24-3

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario

Signatura 21.149

Signatura 21.150

24

MILLÁN GARRIDO, Antonio

El régimen penal y disciplinario de la Guardia Civil tras la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre / Antonio Millán Garrido



En: *La ley* : revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. – Madrid : Edilexxa, 1980-. – ISSN 1138-9907. – N. 7061 (21 nov. 2008), p. 7-9 = 2008, t. 5, p. 1456-1459

1. España. Ley orgánica del régimen disciplinario de la Guardia Civil, 2007 2. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario

25

PARDOS ALDEA, José

El arresto en el régimen disciplinario de la Guardia Civil / José Luis Pardos Aldea  
En: *Cuadernos de la Guardia Civil*. – Madrid : Centro de Publicaciones, Ministerio del Interior, 1989. – ISSN 1136-4645. – N. 34 (2006), p. 1-7

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. Sanciones disciplinarias-España

26

PARDOS ALDEA, José

Proyecto de nueva Ley de régimen disciplinario de la Guardia Civil / José Pardos Aldea

En: *Cuadernos de la Guardia Civil*. – Madrid : Centro de Publicaciones, Ministerio del Interior, 1989-. – ISSN 1136-4645. – N. XXVIII (2003), p. 1-9

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario-Proyectos de ley

27

PIMENTEL LUQUE, Rafael

El delito militar de embriaguez en acto de servicio : (estudio jurisprudencial en el ámbito de la Guardia Civil) / Rafael Pimentel Luque

En: *Guardia Civil* : revista oficial del Cuerpo. – Zaragoza ; Madrid : Dirección General de la Guardia Civil, [1944]-. – ISSN 0210-5470. – N. 729 (en. 2005), Formación, p. V-VII

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. Delitos militares-España

28

PIMENTEL LUQUE, Rafael

El delito militar de insulto a superior : [estudio jurisprudencial en el ámbito de la Guardia Civil] / Rafael Pimentel Luque

En: *Guardia Civil* : revista oficial del cuerpo. – Zaragoza ; Madrid : Dirección General de la Guardia Civil, [1944]-. – ISSN 0210-5470. – N. 726 (oct. 2004), Formación, p. I-IV

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. Delitos militares-España

29

PRADOS PRADOS, Santiago

La falta de respeto a superiores y, en especial, las razones descompuestas y réplicas desatentas a los mismos, en la legislación disciplinaria de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil / Santiago Prados Prados

En: Revista española de derecho militar. – Madrid : Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, D.L. 1956-. – ISSN 0034-9399. – N. 66 (jul.-dic. 1995), p. 177-189

1. España. Guardia civil-Régimen disciplinario 2. Disciplina militar-España

30

RODRÍGUEZ COQUE, Juan Antonio

El uso de la fuerza por parte de los miembros de la Guardia Civil / Juan Antonio Rodríguez Coque

En: Guardia Civil : revista oficial del Cuerpo. – Zaragoza ; Madrid : Dirección General de la Guardia Civil, [1944]-. – ISSN 0210-5470. – N. 721 (mayo 2004), Formación, p. V-IX

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario

31

RUBIO ÁNGEL, María de las Mercedes

Principios rectores y garantías del expedientado en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil / M<sup>a</sup> de las Mercedes Rubio Ángel

En: Revista española de derecho militar. – Madrid : Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, D.L. 1956-. – ISSN 0034-9399. – N. 91 (en.-jun. 2008), p. 195-242

1. España. Ley orgánica del régimen disciplinario de la Guardia Civil, 2007 2. España. Ley orgánica de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, 1998 3. Disciplina militar-España

32

SUÁREZ ESCALONA, José Carlos

El «Habeas Corpus» y el arresto domiciliario : régimen disciplinario de la Guardia Civil / José Carlos Suárez Escalona

En: Guardia Civil : revista oficial del Cuerpo. – Zaragoza ; Madrid : Dirección General de la Guardia Civil, [1944]-. – ISSN 0210-5470. – N. 674 (jun. 2000)

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. Habeas corpus-España

33

SUÁREZ ESCALONA, José Carlos

Presunción de inocencia : el parte militar en el procedimiento disciplinario : antecedentes / José Carlos Suárez Escalona

En: Guardia Civil : revista oficial del Cuerpo. – Zaragoza ; Madrid : Dirección General de la Guardia Civil, [1944]-. – ISSN 0210-5470. – N. 682 (feb. 2001), p. 107-110

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario 2. Presunción de inocencia-España

34

TÁBARA CARBAJO, Zacarías

Ley disciplinaria de la Guardia Civil. – 2ª ed. – [Guadalajara] : Z. Tábara, 1994. – 295 p. ; 21 cm

1. España. Guardia Civil-Régimen disciplinario I. España. Ley orgánica del régimen disciplinario de la Guardia Civil, 1991

Signatura 22.471

35

YÉBENES GADEA, Antonio

Fuero militar de la Guardia Civil / Antonio Yébenes Gadea

En: Policía : – Madrid : Centro de Publicaciones M.I., D.G. Policía, D.L., 1985-. – ISSN 0213-4012. – N. 53 (en. 1990), p. 53-56

1. España. Guardia Civil 2. España.



# INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

## I. La **Revista** admite la publicación de:

1. Trabajos de carácter doctrinal, que sean **originales e inéditos**.
2. Notas breves sobre experiencias o proyectos en curso
3. Notas de legislación y jurisprudencia sobre materias del ámbito de competencias del Departamento
4. Reseñas bibliográficas de obras de reciente aparición y, en general, documentación sobre recursos de información de materias relacionadas con el ámbito competencial del Departamento.

## II. NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE COLABORACIONES

Los criterios para la presentación de los originales son los siguientes:

- **EXTENSIÓN.** La extensión máxima aconsejable -para los trabajos doctrinales y estudios- es de 25-30 páginas. Las reseñas bibliográficas no superarán las 5 páginas. Las páginas estarán numeradas en el margen inferior derecho.
- **TÍTULO Y AUTORÍA.** En la primera página se pondrá el título del artículo (en mayúsculas y negrita) y, debajo, el nombre completo del autor (también en mayúsculas), indicando Centro Directivo -si es personal del Ministerio del Interior- o Departamento, Facultad o Universidad en la que esté adscrito, si es personal investigador o docente. Se incluirá, en párrafo aparte -sin sangrado-, y precedido de la expresión "Resumen", un extracto en castellano del contenido del artículo (con una extensión aproximada de 10 líneas) y, en el párrafo siguiente -también sin sangrado-, precedido de la expresión "Palabras clave:" las palabras clave que expresen el contenido del artículo (con un máximo de cinco).
- **ESTRUCTURA DE LOS ARTÍCULOS.** Se recomienda que los artículos se dividan en apartados y secciones (dos niveles) numerados, los cuales se titularán con letra mayúscula negrita en el primer nivel de jerarquía y con mayúscula redondo en el segundo (sin negrita). De ser necesarios más niveles, el título del tercer nivel se escribirá en minúscula y en negrita, y el cuarto, en minúscula y cursiva.
- **ELEMENTOS TIPOGRÁFICOS.** Se escribirá a doble espacio.
  - **TIPO DE LETRA.** Se utilizará un solo tipo de letra -Times New Roman-, y de un solo tamaño -12 puntos-, excepto en las transcripciones de citas textuales largas en párrafo aparte del texto general, las notas finales y en las indicaciones sobre las fuentes bibliográficas, en los cuadros y figuras, que serán de cuerpo menor -10 puntos-.
  - **MAYÚSCULAS.** En general, las mayúsculas se utilizarán solamente para el título del artículo y para los apellidos de los autores en la bibliografía.
  - **NEGRITA.** La letra negrita se utilizará solamente para los títulos de las subdivisiones de primer -y tercer- nivel del artículo, y para los títulos de los cuadros y figuras. No debe utilizarse en el cuerpo del texto del artículo propiamente dicho.
  - **CURSIVA.** La cursiva se utilizará para el resumen, las palabras claves y los títulos de libros, monografía, revistas, etc., así como para los títulos de las subdivisiones de cuarto nivel en el artículo. Dentro del texto las cursivas se utilizarán para indicar la inclusión dentro del texto de palabras o expresiones en otro idioma diferente al del artículo (expresiones en latín, ...). También podrán usarse excepcionalmente para destacar/resaltar alguna expresión.
  - **PÁRRAFO.** Cada párrafo se iniciará con un sangrado de 5 espacios, con un espaciado interlineal 1,5.
  - **CITAS.** Las citas textuales cortas (inferiores a cuarenta palabras) se escribirán entre comillas (dobles) integradas en el texto. Las citas textuales largas (cuarenta o más palabras) se escribirán iniciando una nueva línea con un sangrado del margen normal de la izquierda de 10 espacios y manteniendo este nuevo margen hasta el final de la cita, excepto si la cita contiene, a su vez, otros párrafos, en cuyo caso, la primera línea de cada uno de ellos se sangrará cinco espacios en relación con el margen de la cita.
  - **CUADROS Y FIGURAS.** Su inclusión en el artículo debe responder a verdaderas exigencias de su contenido. Los cuadros y figuras deben enviarse en ficheros aparte, en alguno de los formatos que permiten su publicación en Internet, en especial JPG, GIF o PNG. Deben ir numeradas y llevar un encabezamiento conciso.
  - **NOTAS.** Las notas deben ser solo las imprescindibles y se situarán al final del artículo en forma numerada. Al inicio de la lista de notas y referencias se pondrá la palabra «Referencias». Las referencias bibliográficas se limitarán a las obras citadas en el texto y se presentarán siguiendo la norma UNE 50-104-94, correspondiente a la norma ISO-690, numeradas por orden de aparición. Las citas a recursos electrónicos han de hacer constar, entre corchetes, la fecha en que se ha efectuado la consulta.

## III. NORMAS PARA EL ENVÍO Y RECEPCIÓN DE COLABORACIONES

- **PRESENTACIÓN.** Los originales deben ser remitidos en versión electrónica Word para Windows como archivo adjunto a **publicaciones@amador.mir.es**.
- **DATOS.** Debe indicarse dirección postal, correo electrónico y teléfono.
- **EVALUACIÓN.** Antes de su publicación los artículos serán evaluados siempre por los directores y miembros del consejo de redacción. Además, en los casos de artículos de carácter doctrinal y en todos aquellos que por su naturaleza lo requieran, lo serán asimismo por expertos externos en la materia.
- **PRUEBAS.** Las pruebas se enviarán a los autores si hubiera tiempo para ello, y habrán de ser corregidas y devueltas en un plazo de cinco días. Las correcciones no pueden significar modificaciones considerables del texto.
- **COPYRIGHT.** Tras su publicación en la revista los artículos pueden reproducirse en otros medios por parte del autor, pero haciendo constar siempre el lugar de la primera publicación. Para cualquier otro uso, deberá obtenerse la autorización de la revista o de los autores.
- **RESERVA.** La *Revista* no asume las opiniones expresadas en los trabajos que publica.



MINISTERIO  
DEL INTERIOR

ISSN 1889-6316



10,00 €