

**DIALÓGO INTERNACIONAL CON LA JUSTICIA PENAL. ENCUENTRO
ITALO-ESPAÑOL, 22 Y 23 DE NOVIEMBRE DE 2018, UNIVERSITAT DE
VALENCIA**

**I.- CONCLUSIONES A LA PRIMERA MESA: FEMINIZACIÓN DE
LA JUSTICIA. UNA NECESIDAD INDISCUTIBLE.**

Conclusiones: Carmen Azcárraga Monzonís
Profª Titular de Derecho internacional privado
Universitat de València

1.- Feminización de la justicia como paradigma orgánico y material.

El derecho de acceso a la justicia de las mujeres se ve condicionado por una sociedad y un Derecho andrógino, que conforman un marco en el que formalmente se reconocen derechos de igualdad (entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva) pero donde se percibe que la igualdad no existe todavía en todos los ámbitos de la justicia. Por ello se considera que la feminización de la justicia es una necesidad indiscutible, aun siendo conscientes de la dificultad que entraña su consecución. Porque feminizar la justicia va más allá de aumentar el número de operadoras jurídicas, una cuestión importante si bien no suficiente. Se trata, además, de llegar a las esferas de poder, de la participación en el diseño de las instituciones y las leyes, de la manera de aplicarlas, de la imperiosa necesidad de superar la mirada masculina del sistema y de incluir una perspectiva feminista en la configuración y la aplicación del Derecho.

2.- La aparente neutralidad de las normas en su configuración y aplicación.

Las normas se formulan de manera aparentemente neutral pero su aplicación no lo es. El hombre ha sido el protagonista durante largo tiempo de la configuración del sistema y de la adopción de las normas, por lo que las experiencias y particularidades de las mujeres han permanecido silenciadas. Son diversos los ejemplos que resulta interesante destacar, divididos en dos momentos temporales.

En el pasado (aunque no hace tanto), la negación del derecho de sufragio, la limitación de la capacidad y la libertad una vez contraído matrimonio o las

distintas muestras de la tradicional mirada patriarcal del Derecho penal. Así, el diferente tratamiento penal del adulterio, la inexistencia de reproche penal en casos de violencia conyugal, la consideración de la mujer como autora de delitos –infanticidio, aborto- o las penas superiores para las mujeres que cometen determinados actos como el asesinato de sus hijos.

En la actualidad, es posible apreciar esta falta de neutralidad en dos ámbitos: a) en la configuración de las normas y b) en la interpretación de las mismas. En ambos casos se plantearon posibles soluciones ante esta carencia. a) En el primer caso, y aunque se considera que no se trata tanto de reformar el Derecho como de interpretarlo de distinta forma, resultaría pertinente emprender reformas legales basadas en el Pacto de Estado contra la violencia de género. Asimismo cabría reflexionar sobre la necesidad de ampliar el concepto de violencia de género para aproximarlos al Convenio de Estambul de 2011 y de abordar claramente la problemática de los derechos del maltratador (presunto y condenado) respecto a los hijos. Se debatió también sobre la pervivencia, limitación o eliminación del artículo 416 LECrim (dispensa de declarar). b) En relación con la falta de neutralidad en la interpretación de las normas, se destacó la importancia de introducir la perspectiva de género en la aplicación del Derecho, para sentar jurisprudencia, debido al poder transformador de las sentencias. Se mencionaron diversas decisiones basadas en argumentos carentes de esta perspectiva (la sentencia de La Manada ha sido la más mediática pero no la única), junto con la positiva alusión a la primera sentencia del Tribunal Supremo, de 24 mayo 2018, en la que se establece que debe aplicarse la perspectiva de género.

3.- La obligación del Estado de eliminar todos los obstáculos que impiden la igualdad.

El ordenamiento jurídico español de fuente nacional e internacional impone al Estado un deber de diligencia debida que adopta una doble dimensión, sistémica e individual. La primera implica, por ejemplo, que España ha de dotar de presupuesto para formar a los jueces; la segunda se refiere a la exigencia de protección a una víctima concreta. La obligación de incorporar la perspectiva de género en la justicia deriva de fuentes diversas, tales como el art. 10.2 de la Constitución Española, que obliga a realizar un análisis integrador multinivel (destaca en este sentido el citado Convenio de Estambul de 2011), los arts. 1.4 y 3.1 del Código Civil, que apelan a los principios generales del Derecho como la igualdad en la aplicación de las normas y a atender a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, o el art. 4 Ley de Igualdad que obliga asimismo a la contextualización del Derecho al señalar que “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador

del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

4.- El papel de los medios de comunicación.

En este contexto se destacó, en primer lugar, la relevancia del papel de los medios de comunicación y su responsabilidad en la materia que nos ocupa. En el ámbito penal se hace necesario reflexionar sobre la ponderación entre el secreto de sumario y la libertad de información, ya que se considera posible el ejercicio de esta libertad en la fase de instrucción sin desvirtuar el secreto. No obstante, resulta imprescindible imponer límites a la información para evitar la transmisión amarillista y sensacionalista de la violencia de género, ante los efectos adversos que pudiera tener para las víctimas y la sociedad en su conjunto. El tratamiento inadecuado de esta información en los medios conlleva el riesgo de imitación y de desensibilización. Debería exigirse la aplicación de Códigos de conducta éticos y la Fiscalía debería vigilar lo que emiten los medios e incoar acciones legales ante contenidos que promuevan la violencia de género. De igual modo, se debe reflexionar sobre el uso de la imagen de la mujer en los medios de comunicación, con especial énfasis en el ámbito de la publicidad.

5.- La necesaria formación feminista.

Solo es posible alcanzar los objetivos antedichos apostando por la formación de todos los agentes implicados. Es la única forma de garantizar que los legisladores y los aplicadores del Derecho comprendan por qué una víctima actúa del modo en que lo hace. Destaca en este contexto la implicación del Consejo General del Poder Judicial por contribuir a la conciliación y fomentar la formación sobre igualdad. Sin formación es imposible deconstruir el sistema para volver a construirlo con una perspectiva feminista que garantice la consecución de una igualdad real y efectiva. Los prejuicios y estereotipos existentes en múltiples ámbitos de la sociedad, también en la justicia, constituyen un lastre todavía hoy pero la celebración de debates jurídicos como el propiciado por este Congreso al incluir la mesa de la que se extraen las presentes conclusiones contribuye a visibilizar los problemas existentes, plantear posibles soluciones y, por ende, vislumbrar un futuro más igualitario.

II. CONCLUSIONES A LA SEGUNDA MESA: “TECNOLOGÍAS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL”

PRESENTADAS POR : Dra. Ana Isabel Blanco García

Ayudante Doctor de Derecho Procesal, UV

La segunda mesa del Congreso, moderada por el prof. Dr. Francisco Javier Jiménez Fortea (TU de Derecho Procesal, UV), versó sobre “Tecnologías e Inteligencia Artificial”, y estuvo integrada por los prof. Dres. Juan Luis Gómez Colomer (CU de Derecho Procesal, UJI), Renzo Orlandi (CU Derecho Procesal, Università di Bologna), Ignacio Colomer (CU Derecho Procesal, UPO) y Jorge Correcher (Ayudante Doctor de Derecho Penal, UV), así como por la profa. Dra. Miren Josune Pérez (Prof. Adjunta de Derecho Procesal, UPV-EHU).

Esta mesa abordó un tema de rabiosa actualidad como es la irrupción en el proceso de las tecnologías en general y la inteligencia artificial, en particular. Tecnología transformadora de la sociedad que se abre paso con firmeza en la cotidianidad. Ello, empero, supone un reto para el Derecho, que debe cuidar y garantizar el respeto a los Derechos Fundamentales, a la par que regular con responsabilidad el uso y funcionamiento de las nuevas tecnologías. Se trata, pues, de un desafío jurídico ante la necesidad de regular y adaptar nuestro ordenamiento jurídico al paradigma tecnológico venidero, centrando la atención en el equilibrio con las garantías procesales, especialmente en el proceso penal.

La inteligencia artificial es una herramienta al servicio del Derecho que puede ser altamente eficaz en la persecución de los delitos, así como en la creación de un sistema jurídico más seguro tendente a evitar sentencias contradictorias. Asimismo, la tecnología puede servir para la investigación de delitos que se producen en entornos virtuales a través de la Red. Ahora bien, debe entrar en juego el equilibrio entre garantismo y tecnología, entre la lucha contra el crimen y el intervencionismo del Estado. Cuestión nada baladí porque en todo caso debe respetarse el derecho al debido proceso y el resto de derechos fundamentales.

Los progresos de la sociedad digital y de la tecnología también han sido aprovechados por los delincuentes para ampliar su infraestructura, cada vez más sofisticada. Un Estado garantista debe ponerse a la altura de los delincuentes y desarrollar mecanismos de vigilancia y control de los delitos, así como regular de forma adecuada las técnicas y diligencias de investigación para la persecución de los delitos. No obstante, la intervención del Estado y, en su caso, de la policía, en la investigación y enjuiciamiento de los delitos no debe quebrantar ningún derecho fundamental procesal, clave para garantizar un proceso justo.

En este escenario se plantean dos cuestiones trascendentales sobre la aplicación de la inteligencia artificial al mundo jurídico. En primer lugar, la posibilidad de admitir este tipo de herramientas como prueba científica o pericial en el proceso penal y su visión bajo el prisma del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. En segundo lugar, las limitaciones y exigencias que presenta la decisión del juez del orden penal cuando interviene una inteligencia artificial que determina una realidad que ha sido sometida a criterio del juzgador.

Respecto de la primera cuestión, resulta obvia la mejora del funcionamiento del proceso mediante la utilización de herramientas de inteligencia artificial. En concreto, se plantean dos formas de introducir una prueba “pericial algorítmica” en el proceso penal. Por una parte, como “pericial científicamente objetiva” cuyo resultado será vinculante para el juez que esté conociendo del asunto, dejándole sin posibilidad para apartarse del resultado sin mediar justificación. Sin embargo, la justificación se complica en tanto en cuanto no se conoce –o entiende- el funcionamiento del algoritmo. Por otra parte, como “opinión científica” que no vinculará al juez. Ahora bien, el problema puede surgir de la utilización de dos algoritmos que ofrezcan dos opiniones científicas diferentes, así como de la decisión sobre qué información se debe tener en cuenta para generar dicho resultado.

Por otro lado y respecto de la segunda cuestión, la mayor preocupación es la evolución futura de estos algoritmos a auténticas “redes cerebrales”, esto es, que pasen de ser una herramienta del proceso penal para el descubrimiento

del hecho a un resultado vinculante o, peor aún, a un sustituto de la decisión del juez. Como cabría esperar, existe una posición unánime para rechazar cualquier posibilidad de que la voluntad del juez sea sustituida por cualquier tipo de inteligencia artificial.

Ello por varios motivos. En primer lugar, porque a pesar del número de ítems - 137 en el sistema COMPAS- y variables que puedan incluirse –de naturaleza jurídica o no-, la toma de decisiones aúna los conocimientos jurídicos con las habilidades cognitivas tales como valoración de hechos y comportamientos o interpretación de textos normativos, entre otros. Segundo, porque la esencia de la motivación de una decisión consiste en explicar la *ratio decidendi*, esto es, cómo se ha alcanzado ese resultado y ponderado las pruebas. Las máquinas, de momento, colaboran en el proceso, pero a pesar de las correlaciones de las premisas y patrones integrados, no es posible explicar ese proceso intelectual por el cual se ha obtenido un resultado.

A la vista de lo anterior, el criterio de admisibilidad de la prueba dependerá de su encaje con la protección de los derechos fundamentales, cuyas principales dificultades giran en torno al derecho de defensa por la imposibilidad de poder confrontar un algoritmo o contradecirlo. En este sentido, el Estado podría concretar una serie de actuaciones que permitiría o, al menos facilitarían, esa defensa. Primero, un control de calidad de los datos o ítems introducidos. Segundo, una correcta formulación del algoritmo. Ello redundaría en la posibilidad de garantizar el principio de igualdad entre las partes, dependiente de la fiabilidad o certeza con la que actúa el algoritmo. Además, la correcta confección del mismo también permitiría garantizar la imparcialidad. Tercero, una adecuada gobernanza del algoritmo que permitiera su accesibilidad y correcta utilización.

Ahora bien, debemos tener presente que la utilización de algoritmos o incluso de malware como medios investigativos de un delito no es un debate autóctono, sino más bien global. Precisamente, en países vecinos como Italia ya se ha regulado su uso para la interceptación de comunicaciones. Sin embargo, se precisa que la norma sea general, pero a la vez integradora de los derechos que derivan de las nuevas tecnologías, así como establezca los

límites competenciales de los agentes implicados –Fiscal, policía...- en la investigación del delito. Si bien es cierto que la inteligencia artificial puede resultar útil no solo en la persecución del delito, sino también en la prevención del mismo y lucha contra la criminalidad, no lo es menos que se reclama una normativa más general que, regulando las nuevas tecnologías, permita el desarrollo del individuo y lo proteja ante cualquier injerencia, incluida aquella que provenga del Estado.

La tecnificación de los delitos conlleva también nuevos tipos penales. Sin embargo, debemos ser críticos ante posibles “sobrecriminalizaciones” de algunos delitos por el mero hecho de haber sido cometidos en la Red, normalmente a través de las redes sociales. Precisamente, esto es lo que está sucediendo con ocasión de los delitos de opinión cometidos en las redes sociales, medio de expresión y comunicación que forma parte del día a día de las personas. Obviamente, el objetivo de cualquier regulación o actuación judicial debe ser el imperio de la Ley y el equilibrio entre los derechos y las libertades. Equilibrio que estamos viendo se complica en los entornos digitales, siendo necesaria la actualización, adaptación y mejora de la legislación y de la protección de todos los ciudadanos.

El concepto de “panóptico digital”, desarrollado por el filósofo coreano Byung-Chul Han, permitió poner de relieve la existencia en las redes sociales de un espacio de vigilancia, donde ciudadanos, actores y víctimas de este escenario aceptan un control totalizador, suponiendo esto el advenimiento de una nueva cultura de la vigilancia. Así es, este nuevo escenario de control social que supone la revolución digital, especialmente en lo que concierne al uso de las redes sociales como forma preeminente de interacción social, ha permitido –y justificado- las reformas legislativas llevadas a cabo por la LO 2/2015, de reforma del Código Penal, para agravar las penas del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, cuestionándose su necesidad ante la existencia del artículo 18 del CP que, de forma genérica, regula la punición de los actos preparatorios apologéticos.

En este sentido, es palmaria la preocupación por la persecución y punición de cualquier manifestación llevada a cabo en el entorno digital, sean las redes sociales o cualquier otro espacio interactivo. Así pues, ante la agravación de la pena a la mitad superior del tipo básico –conllevando penas de entre 2 años y 1 día a 3 años–, se cuestiona, en línea con el objetivo de encontrar un equilibrio razonable entre las libertades y los derechos fundamentales, si el agravamiento de la pena podría suponer una limitación innecesaria de la libertad de expresión, conllevando a su vez una vulneración del principio de proporcionalidad en el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En conclusión, podemos afirmar que el objeto trascendental del debate es la garantía y salvaguarda del principio de presunción de inocencia y el equilibrio de las garantías ante la irrupción de aplicaciones o programas de inteligencia artificial que utilizan algoritmos o malware e incluso la agravación de las penas por tratarse de delitos cometidos en el entorno digital.

Se trata de una problemática nada baladí en tanto en cuanto estamos hablando del ámbito penal, con una trascendencia mayor que en el orden civil. Ahora bien, sin perder de vista que los sistemas de inteligencia artificial han venido para quedarse, debemos cuidar y regular el alcance del intervencionismo del Estado en la regulación, supervisión y control de las conductas y comportamientos para evitar que la búsqueda de la eficiencia en el proceso permita y favorezca un desequilibrio entre la propia intervención del Estado y el respeto de los Derechos fundamentales.

Estamos, pues, ante un cambio de paradigma que supone un cambio en el acceso a la justicia, si bien es necesario imponer cautelas para proteger la figura y papel del juez en la toma de decisiones. Ello por cuanto la inteligencia artificial debe servir como un instrumento o herramienta más del proceso, pero dejando el control de los datos obtenidos y, en definitiva, la *ratio decidendi*, a manos del juez, no de la máquina.

En suma, la regulación de la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el marco de un proceso penal debe buscar el consenso e ir orientada a la eficiencia del proceso, pero sin desvirtuar su esencia ni alterar el equilibrio y proporcionalidad en la salvaguarda de todas las garantías y derechos fundamentales.

III. CONCLUSIONES A LA TERCERA MESA: SUPRANACIONALIDAD Y JUSTICIA PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA UNIÓN EUROPEA

Los participantes en esta mesa han sido:

- Prof. Montserrat de Hoyos, Prof. Titular (acreditada CU), Do Procesal, Universidad Valladolid
- Prof. José Francisco Etxeberría Guridi, Catedrático de Do Procesal, Universidad País Vasco
- Prof. Serena Quattrococo, Catedrática de Do Procesal Penal, Università del Piemonte Orientale
- Prof. Dra. Ana Beltrán, Contratada Doctora Do Procesal, UJI
- Prof. Dra. Ana Montesinos, Prof. Titular Do Procesal, UV
- Prof. Dr. Luigi Foffani, Catedrático de Do Penal, Università di Modena

En la mesa se han abordado dos grandes bloques temáticos. Por un lado, la mayoría de los ponentes han hecho referencia al proceso de integración de la Unión Europea (en adelante UE), hablando de la cooperación judicial en materia penal. Por otro, la profesora Ana Beltrán ha cerrado la sesión con un tema relativo a la justicia penal internacional: la violencia sexual.

I. Cooperación judicial en materia penal en la UE.

1. Orden Europea de Investigación

Dentro del bloque de la integración de la cooperación judicial en materia penal dentro de la UE, ha adquirido protagonismo la nueva Orden Europea de

investigación, impulsada desde la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación (en adelante OEI) en materia penal, y recientemente transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación.

Dentro de este primer bloque, la profesora Montserrat de Hoyos Sancho ha comenzado la sesión aportando una visión general de la Directiva. Para ello, se ha centrado en valorar el nuevo instrumento de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de investigación y prueba penal transfronteriza en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE, con el objetivo de reflexionar sobre su configuración normativa y potencial efectividad práctica.

Las principales conclusiones generales respecto a este nuevo instrumento son las siguientes:

A. Reconocimiento mutuo limitado.

La Directiva 2014/41/CE, y su correlativa transposición a las legislaciones nacionales, se inspira en el principio de reconocimiento de resoluciones judiciales, sin embargo, realmente es un instrumento de carácter híbrido, a medio camino entre la asistencia judicial clásica más avanzada y la cooperación judicial transfronteriza basada en la confianza mutua.

¿Por qué no se ha avanzado más? La OEI no se sustenta en una previa armonización/aproximación de las legislaciones nacionales en materia de investigación y prueba penal, ni siquiera de los extremos más determinantes, lo que sin duda ha condicionado el concreto resultado normativo alcanzado.

Este carácter híbrido, se puede observar claramente si acudimos a las causas de denegación, suspensión y aplazamiento etc. En ellas, podemos apreciar como el reconocimiento mutuo se limita finalmente a unas medidas muy concretas.

Si analizamos con detalle todos los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de la OEI –tanto los genéricos, como los específicos de algunas concretas actuaciones – comprobamos que la regla

general es que la medida de investigación o prueba solicitada sólo se ejecutará si, *conforme a la legislación del Estado requerido*, una medida de ese tipo se hubiera podido acordar en un “caso interno similar”, incluida una valoración de proporcionalidad de la medida, siguiendo incluso la jurisprudencia nacional en la materia del Estado de ejecución. Esta regla general se aplicará en relación con medidas que son muy importantes para investigar hechos delictivos de carácter transnacional, como la intervención de telecomunicaciones, la entrada y registro en lugar cerrado, la obtención de datos sobre cuentas y operaciones bancarias o financieras, la obtención de pruebas en tiempo real, etc.

Por lo demás, se contienen también en la regulación aplicable causas o motivos obligatorios de suspensión y aplazamiento del reconocimiento y ejecución de la OEI, o de reconocimiento condicionado, lo que igualmente debilita la efectividad del reconocimiento mutuo. Entre otros podemos destacar algunos susceptibles de amplia interpretación, como, por ejemplo: la falta de acuerdo con el Estado de emisión, *con intervención de los respectivos Ministerios de Justicia*, sobre el reparto y asunción de gastos de la ejecución de la OEI cuando éstos sean excepcionalmente elevados; o el posible perjuicio a una investigación o proceso penal en curso en el Estado de ejecución.

El principio de reconocimiento mutuo sólo opera con cierta intensidad – se mantienen causas de denegación genéricas en todo caso – en relación con un concreto grupo de medidas de tratamiento “privilegiado” en la norma: información o pruebas ya en poder de la autoridad competente requerida, información contenida en bases de datos directamente accesibles por las autoridades policiales o judiciales, declaraciones de testigos, peritos, víctimas, investigados, encausados o terceros, cualquier medida de investigación no restrictiva de derechos fundamentales y garantías procesales, identificación de personas titulares de un número de teléfono o concreta dirección IP.

Estas medidas han de existir en todos los ordenamientos nacionales, no pueden ser reemplazadas por otras, no están sometidas al requisito de doble incriminación de los hechos delictivos que las justifican y no se controlará si se adoptarían en España en tal supuesto delictivo o concreto umbral punitivo en el Estado de emisión. Es en este conjunto de medidas donde se ha producido un mayor avance con la aprobación de la nueva normativa europea.

Realizada esta primera valoración general por la Profesora De Hoyos, el profesor José Francisco Etxeberría Guridi ejemplifica el diferente régimen de reconocimiento mutuo de la Directiva desde la perspectiva concreta de la obtención de perfiles de ADN. Efectivamente, el tratamiento difiere dependiendo de si trata o no de una medida limitativa de un derecho fundamental. Es decir, de si a) se trata de obtener un perfil de ADN que no existe o no está almacenado en una base de datos mediante la correspondiente intervención corporal; o b) si se trata de obtener un perfil de ADN ya almacenado en una base de datos.

Desde la perspectiva A), al tratarse de una medida restrictiva de derechos fundamentales, la Directiva y la Ley 3/2018 permiten desplegar desde el Estado de emisión y del de ejecución una serie de garantías en relación con los derechos fundamentales (motivos de denegación, autoridades que intervienen, ...).

Desde la perspectiva B), si consideramos a los perfiles de ADN como meras informaciones que obran en bases de datos, el régimen de garantías y tutelas se reduce notablemente, así como la posibilidad de que las autoridades de ejecución utilicen los mecanismos de ponderación en beneficios de los derechos fundamentales. Este sería un claro ejemplo de diligencia de investigación privilegiada, con una aplicación automática del principio de reconocimiento mutuo.

Sin embargo, se plantea la naturaleza de los propios perfiles de ADN ¿son simples datos personales o son algo más? ¿merecen más protección que, por ejemplo, los datos bancarios?

Los perfiles de ADN no tienen que ser considerados como meras informaciones o datos obrantes en archivos, sino que tiene que tenerse en consideración el origen del perfil de ADN (cómo se ha obtenido –por ejemplo, si en el Estado en cuestión está permitido el uso de la coacción física para la obtención de muestras –, bajo qué condiciones se incorpora a la base de datos – por ejemplo, si se requiere la condena previa, o como ocurre en el caso español, es suficiente con la mera condición de detenido, sospechoso o investigado –, etc.). Ello plantea el problema de como el Estado de ejecución o las partes podrías cuestionar la obtención de dichos datos en el Estado de

emisión. En la discusión se incide en la nula justificación que tiene dicho tratamiento de los perfiles de ADN.

B. Autoridades competentes.

En el caso particular español, encontramos otro punto objeto de debate; concretamente, en relación con las autoridades competentes para el reconocimiento y ejecución de la OEI. En España, lo será el Ministerio Público si las medidas solicitadas no son limitativas de derechos fundamentales –por medio de decreto – y, el Juez si son limitativas –por medio de auto –.

La controversia reside en que, en nuestro país, el decreto del Fiscal es irrecurrible, lo que puede plantear problemas de indefensión en caso de que se deniegue por éste el reconocimiento y ejecución de las medidas de investigación y prueba solicitadas por el investigado o acusado en el Estado de emisión.

Decimos que es un problema específico español porque, por ejemplo, en Italia, sí cabe recurso –*opposizione*– contra el decreto del Fiscal, ante el *Giudice per le Indagini Preliminari*, con lo cual quedaría mejor garantizado el derecho de defensa.

En el caso específico de la obtención de perfiles de ADN, la Directiva si ha supuesto un avance, puesto que, mientras que en la legislación española se da un amplio margen de actuación a la policía judicial en la obtención de muestras biológicas – si hay consentimiento – en las OEI pierde protagonismo la policía judicial ya que las autoridades competentes serán, como se ha señalado, el Ministerio Fiscal o el Juez.

2. Garantías procesales penales en el marco de la UE.

Por su parte, dentro del marco de la cooperación penal en la UE, la profesora Serena Quattrococo ha introducido un interesantísimo debate sobre las garantías procesales penales en la UE, concretamente, sobre el impulso desde las instituciones de la UE de la necesidad de incorporar en los códigos procesales los derechos fundamentales del acusado.

Como breve antecedente, debemos partir de la primera etapa de cooperación judicial en el espacio de libertad, seguridad y justicia, de carácter eminentemente represivo. Posteriormente, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la inclusión del plan de trabajo (C 295/1) del Consejo en el programa de Estocolmo, dieron lugar, de manera oportuna, a una fase de fortalecimiento

de los derechos procesales de las personas involucradas en el proceso penal y, en particular, de los sospechosos y acusados.

En la actualidad, el plan de trabajo se ha ejecutado casi por completo, con la excepción de la Directiva sobre personas sospechosas o acusadas especialmente vulnerables (medida E). Sin embargo, se pueden detectar carencias que no siempre corresponden al plan. Además, es necesario que los Estados miembros den el debido seguimiento al Libro Verde sobre la detención provisional.

Llegados a este punto, los observadores más atentos del respeto por los derechos fundamentales en la justicia penal señalaron la necesidad de no dejar el plan de trabajo 2009 sin una continuidad, sugiriendo una nueva "hoja de ruta" para la tercera década de este siglo. Con el plan de trabajo 2020, la *European Criminal Bar Association* ha indicado un nuevo conjunto de prioridades que requieren afirmación a través de los instrumentos de la legislación europea, de estándares de garantías mínimas, de modo que bajo tales perfiles se pueda afirmar una confianza mutua entre los Estados, instrumental al reconocimiento mutuo.

Las nuevas áreas de iniciativa propuestas son: la detención provisional y la orden de detención Europea; algunos derechos procesales; los derechos de los testigos y la prohibición de decomiso; admisibilidad y exclusión de pruebas y otros aspectos probatorios; conflictos de jurisdicción y *ne bis in idem*; recursos e impugnaciones; reparación por error judicial.

En este contexto, con mayor o menor puntualidad, nuestros legisladores han adaptado las leyes nacionales a los estándares mínimos establecidos por las directivas, que siempre recuerdan en su preámbulo, la necesidad de que las garantías y los derechos ya sancionados por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (en adelante CEDH) se refuercen a través de los instrumentos del Derecho de la UE.

Sin embargo, en este punto del camino marcado por el programa de Estocolmo y ante la necesidad de pensar en un nuevo plan estratégico para no dejar morir la etapa de refuerzo de derechos fundamentales iniciada en 2009, debemos hacer un balance de la situación e identificar los perfiles críticos que caracterizaron este primer camino. En concreto, se presentan tres perfiles particularmente relevantes:

a) Los tiempos de negociación y la estructura misma de las directivas sobre los derechos procesales evidencian la creciente dificultad de los Estados para llegar a un acuerdo sobre las normas mínimas para cada garantía. El engrosamiento de los considerandos, relativamente pocos en las dos primeras directivas, demuestra la necesidad gradual de limitar el alcance de las propuestas hechas por la Comisión o los grupos de Estados miembros, ante la dificultad de llegar a un acuerdo sobre ampliación de los derechos a ser garantizados.

En opinión de la ponente, esto determinó dos situaciones críticas. En primer lugar, solo las dos primeras directivas, sobre el derecho a la interpretación y la información, representaron, el logro real de un nivel de protección superior al ya ofrecido por el CEDH, según la interpretación del Tribunal de Estrasburgo. También la Directiva 2016/343, en la parte dedicada a la presunción de inocencia, parece establecer estándares mínimos al menos coincidentes con los del Convenio. En otras directivas, en cambio, a partir de la relativa al derecho de acceso al abogado (llamada, debido a las altas expectativas, la Directiva 'Salduz'), hasta llegar a la Directiva 2016/800 sobre menores sospechosos o acusados de cometer un delito, el nivel de garantías establecido no es equivalente, sino que es inferior al ya garantizado por el Convenio. Por ejemplo, en las dos directivas citadas, las numerosas excepciones permitidas al derecho del acusado a ser asistido por un abogado, arrojaron fuertes dudas sobre la potencialidad de la armonización de las medidas en sí mismas.

Objetivos poco ambiciosos, que también se reflejan en el uso frecuente de definiciones negativas. Es decir, el contenido del derecho consagrado en la Directiva a menudo no es definido de manera precisa, sino que debe extraerse de todas las limitaciones al mismo, que están legitimadas por el texto. Esta técnica normativa es altamente desalentadora, especialmente cuando el objetivo es el refuerzo de las garantías a que los Estados están ya vinculados, precisamente por el CEDH.

b) En raras ocasiones, las directivas adoptadas hasta ahora tratan de proporcionar soluciones efectivas a las hipótesis de violación de los derechos que ellas mismas sancionan. El tema es particularmente delicado, ya que interfiere con las características más peculiares de cada sistema

nacional. Sin embargo, no se puede negar que la medida de la efectividad de un derecho procesal a menudo está determinada por la efectividad de los recursos previstos por la ley en caso de su violación.

Ciertamente, en todas las directivas encontramos una referencia a la necesidad de que la persona interesada tenga, de acuerdo con las reglas del sistema legal interno, un remedio efectivo en el caso de la violación de su derecho. Sin embargo, dejar este aspecto a los legisladores nacionales significa mantener la disparidad de protección existente y debilitar el derecho procesal en cuestión. Por el contrario, una expectativa general de invalidez de los actos realizados en violación de este derecho garantizaría una mayor efectividad, sin afectar necesariamente a las particularidades de cada legislación.

Una solución podría ser la siguiente: “cuando sea necesario al fin de poner al sospechoso o acusado en la posición en que se habría encontrado si la violación no hubiera ocurrido, los Estados miembros garantizan que las pruebas adquiridas y las decisiones tomadas en violación de los derechos conferidos por la presente Directiva se declaren ineficaces conforme a la legislación nacional”. Por lo tanto, el Juez nacional debería realizar un doble control: después de haber comprobado el incumplimiento de una disposición de las directivas en cuestión, en primer lugar debe verificar si es necesario y posible restablecer la posición anterior del acusado, para luego decidir si es pertinente proceder, de acuerdo con mecanismos internos propios, a la declaración de ineficacia de uno o más de los actos realizados. En este punto es necesario hacer referencia a la aportación de A. Cabiale, en *“I rimedi nelle direttive di Stoccolma: poche parole, molti silenzi”*, publicado en la Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.

c) Tomando como ejemplo la situación italiana, como tercer punto se ha planteado el problema de la actitud adoptada por los legisladores nacionales en la transposición de las directivas. La excesiva ligereza de los órganos legislativos nacionales en la transposición de las directivas también ha influido en el debilitamiento de su alcance.

En lo que respecta a Italia, la transposición siempre ha tenido lugar con un Decreto Delegado, es decir, por delegación del Parlamento al Gobierno. El Gobierno, a través de las oficinas legislativas del Ministerio de

Relaciones Exteriores y de la Justicia, a menudo ha minimizado la intervención, considerando que el sistema legal interno garantiza ya las normas mínimas establecidas en las directivas y omitiendo así transponer todas las medidas colaterales, en particular las relacionadas con la calidad de los servicios de traducción y interpretación y de capacitación de los Magistrados llamados a aplicar las garantías consagradas en las directivas.

Por ello, al finalizar el plan de trabajo, un control de la Comisión sobre la aplicación de las directivas procesales podría legitimar algunos recursos de incumplimiento. Este control sería muy útil para comprobar, en primer lugar, si los Estados han dejado de implementar algunas partes de las directivas, y, sobre todo, si las partes implementadas han sido respetadas o debilitadas a través de una sobreestimación del nivel de garantías ya previstas por los sistemas nacionales.

3. La Nueva Fiscalía Europea

En tercer lugar, dentro del ámbito de la cooperación en materia penal en la UE, la profesora Ana Montesinos ha analizado determinadas cuestiones clave de la nueva Fiscalía Europea (en adelante FE), como son su razón de ser y nacimiento; competencia; estructura administrativa y funciones.

a) Razón de ser y nacimiento.

En primer lugar, su nacimiento tiene lugar en el Consejo de Justicia de 8 de junio de 2017, en el que, tras varios años de negociaciones, 20 Estados Miembros (entre los que se encuentra España) acordaron el establecimiento de una Fiscalía Europea, a través del mecanismo de cooperación reforzada, mediante el Reglamento 2017/1939, de 12 de octubre de 2017, que entró en vigor el 20 de noviembre de 2017, pero todavía quedan por lo menos otros 3 años para su puesta en marcha.

La necesidad de una Fiscalía Europea surge de la falta de eficacia de los mecanismos para combatir el fraude financiero que se cierne sobre la UE. Por un lado, los Estados Miembros no se encuentran en condiciones de actuar contra dichos fraudes cuando presentan implicaciones transfronterizas. Por otro lado, la UE cuenta con una estructura -Europol, Eurojust y OLAF- que se dedica a proporcionar funciones de apoyo y colaboración a los órganos penales nacionales. De los anteriores órganos, la OLAF es el único que puede iniciar

investigaciones, aunque de carácter meramente administrativo, no puede iniciar un proceso penal.

Ante esta situación, las instituciones comunitarias llevan varios años centrados en la creación de la FE. Fue el Tratado de Funcionamiento de la UE el que ha recogido la base jurídica (art. 86) que permite su creación.

b) Competencia.

El ámbito de competencia material de la Fiscalía se limita a los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión contemplados en la Directiva 2017/1371 sobre la lucha contra el fraude; a los delitos que estén indisolublemente vinculados con estos delitos y a los delitos relativos a la participación en una organización delictiva que centra su actividad en cometer estos delitos. El Reglamento también establece una serie de criterios negativos (excepciones - como son los delitos referentes a los impuestos directos nacionales-, condicionantes, etc.) a la hora de determinar esta competencia.

Como hemos visto, el ámbito de actuación de la FE se restringe a los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión. Sin embargo, el TFUE prevé que simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo pueda adoptar una decisión con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza. De momento, el legislador comunitario, consciente de las reticencias que conllevaría la instauración de un órgano europeo con amplios poderes de investigación y persecución, se ha decantado prudentemente por limitar la competencia de la Fiscalía a los delitos contra los intereses financieros de la Unión, dejando para un eventual futuro su ampliación a otro tipo de delitos. Frente a esta limitación competencial, se lanza el interrogante de si dichas competencias deberían ampliarse a otros delitos, como por ejemplo el terrorismo.

c) Estructura organizativa.

Desde el punto de vista organizativo, la FE se estructura en un doble plano.

- Por un lado, el Nivel Central compuesto por: Fiscal General Europeo (al frente de la Fiscalía) y sus adjuntos, Colegio de Fiscales, Salas Permanentes (toman las decisiones críticas).

- Por otro, el Nivel Descentralizado se integra por al menos dos Fiscales Europeos Delegados establecidos en cada Estado Miembro (auténtica piedra angular de la FE). Son los responsables de la investigación puesta en marcha por la FE, así como de llevar un caso a juicio. A pesar de ostentar un elevado grado de autonomía, deben seguir las instrucciones de la Sala Permanente a cargo del caso y del Fiscal Europeo supervisor. Simultanean la función de Fiscal Europeo Delegado con la de Fiscal nacional, actuando así con un “doble sombrero” (no están sujetos a un régimen de dedicación exclusiva).

d) Funciones de la FE.

La FE será responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, así como de ejercer la acción penal. Sus funciones se regirán por el Reglamento, aplicándose la legislación nacional a las cuestiones que no estén reguladas por el mismo, siendo constantes las referencias al derecho nacional.

El ejercicio de facultades por parte de la FE puede llevarse a cabo de dos maneras: a) Iniciando de oficio una investigación o, b) haciendo uso del derecho de avocación respecto de investigaciones ya iniciadas en cualquier Estado Miembro.

Para la investigación, el Fiscal Europeo Delegado encargado del caso podrá, bien emprender medidas de investigación por iniciativa propia, bien encomendárselas a las autoridades competentes de su Estado Miembro. A tal efecto, el RFE enumera expresamente una serie de medidas de investigación (sin determinar su alcance ni su régimen jurídico), pero además permite recurrir a cualesquiera otras medidas a disposición de un fiscal con arreglo al derecho nacional. Con lo cual, a pesar de ser un órgano de la UE que funciona como una fiscalía única, sigue funcionando sobre el principio de territorialidad nacional, aplicando a las medidas de investigación el derecho nacional del lugar donde se hayan de ejecutar.

El Reglamento es muy escueto a la hora de regular las actuaciones posteriores a la investigación, siendo las normas nacionales las que rigen la fase del juicio oral. Sí que hace referencia, sin embargo, a las pruebas y recoge una regla amplia acerca de la admisibilidad mutua de las pruebas, por medio

de la cual, los Tribunales tendrán que aceptar la prueba obtenida en otro Estado Miembro, incluso aunque se haya recopilado bajo normas diferentes.

En conclusión, la creación de la Fiscalía europea constituye un paso adelante en la construcción de un espacio europeo de justicia penal, al instaurarse el primer órgano investigador y titular de la acción penal con carácter supranacional. Puede considerarse, por tanto, uno verdadero hito que se incorpora al reconocimiento mutuo de resoluciones, la cooperación judicial entre Estados Miembros o la armonización de normas penales.

A pesar de ello, no deja de suscitar cuestiones complejas, fundamentalmente en lo que se refiere a los dispares sistemas procesales penales de los distintos Estados Miembros. En este sentido, podemos hablar de una oportunidad más perdida, puesto que se ha optado por seguir el camino del reconocimiento, en vez de una armonización mediante la creación de un procedimiento específico. De esta manera, las investigaciones finalmente se asientan sobre el sistema tradicional de cooperación transfronteriza. Es evidente que los Estados Miembros no tienen un interés real en realizar una armonización, puesto que siguen primando los intereses soberanos.

Finalmente, se plantea la cuestión específica de España, que ha apoyado la creación de la Fiscalía Europea, pero su adaptación al sistema interno va a ser de los más difíciles.

4. La euroorden en el panorama de la cooperación judicial europea.

Por último, dentro del bloque de la cooperación judicial en materia penal el profesor Dr. Luigi Foffani, ha reflexionado sobre la idoneidad de un instrumento como la euroorden en el contexto de falta de armonización del Derecho penal sustantivo, llegando a preguntarse si estamos ante una crisis de la euroorden.

Para plantear el debate, se ha tomado como ejemplo el caso de Puigdemont, y concretamente, abordando la compleja cuestión de la interpretación del control de la doble tipificación. Recordemos que, en virtud de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (en adelante Decisión Marco), existen dos modalidades: entrega casi automática, en una lista *numerus clausus* de 32 áreas de intervención penal, en la que se suprime el control de la doble tipificación (artículo 2.2); y una segunda

categoría de otros delitos, sin especificar, en las que se debe evaluar la doble tipificación (artículo 2.4).

Es en esta segunda categoría por tanto en la que se plantea el debate en torno a la interpretación en abstracto o en concreto de la doble incriminación. Tomando el ejemplo del polémico caso de Puigdemont, es precisamente en este punto donde hay una discrepancia entre el Tribunal Supremo español y el Tribunal alemán.

Esta cuestión ha dado lugar a una amplia e interesantísima discusión en el Seminario. Conscientes de que es una cuestión controvertida, si se puede afirmar que mayoritariamente las opiniones han ido en la línea de una interpretación concreta de la doble incriminación. Y ello siguiendo una argumentación de orden constitucional. Así, el artículo 2.4 de la Decisión Marco exige que *“los hechos que justifiquen la emisión de la orden de detención europea sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo”*. Por tanto, siguiendo una interpretación literal del precepto se debe acudir a una dimensión concreta, a los hechos, no siendo admisible una interpretación extensiva trasladándose a una interpretación en abstracto, pues ésta sería limitativa de un derecho fundamental.

Por tanto, un control de la doble incriminación sin entrar en los hechos concretos no es practicable. El control en abstracto solo sería posible en el caso de haber en dos Estados miembros dos tipos penales idénticos en su formulación. Si no, no es posible controlar la doble incriminación sin acudir a los hechos.

Dicha comparativa debe ser jurídica no fáctica. Deben tomarse los hechos tal y como se describen en la euroorden. Y partiendo de estos hechos, se deben subsumir en la norma del Estado miembro de ejecución. Ahora bien, en el debate se ha recalcado la necesidad de comparar entre todos los tipos penales del ordenamiento jurídico en cuestión. Es decir, no limitarse a ver si el tipo delictivo coincide o no con tu sistema, sino comprobar si hay otro delito que responda a la descripción de los hechos.

Es más, el profesor da un paso más allá y afirma que la evaluación concreta no debe solo darse en los delitos de la segunda categoría, sino que debe extenderse también al listado de las 32 categorías de delitos. Se entiende

que no puede funcionar una entrega automática, debido, entre otros motivos, al orden público y al principio de identidad nacional. Además, dentro de la misma categoría de delitos hay supuestos en los que la Decisión Marco no establece como actuar, como por ejemplo, en un supuesto de fraude fiscal por debajo de la cuantía penal en uno de los Estados miembros; o dentro del homicidio, cuando no sean punibles en el Estado de ejecución el aborto o la eutanasia.

Por ello, se concluye que en ambas modalidades se requiere siempre entrar en la dimensión concreta de la imputación. Y, por tanto, en definitiva, la idea del automatismo de la entrega no es más que una ilusión. Siguiendo esta idea, se llega a la conclusión de que estamos ante una crisis de la euroorden, pues no se valoró en su dimensión política real, en las relaciones entre los Estados miembros. La actual crisis de las relaciones en la UE agrave el problema aún más.

Como uno de los posibles errores, se señala la configuración de áreas de intervención penal tan genéricas, pues no se sabe cuales son los límites del ámbito de aplicación. Por ejemplo, se plantea si el enaltecimiento del terrorismo estaría incluido en la categoría del terrorismo, y más teniendo en cuenta la limitación de los derechos fundamentales que hay en juego.

Finalmente, se vuelve a apuntar la necesaria armonización del Derecho Penal sustantivo para evitar los problemas apuntados.

En definitiva, dentro de este primer gran bloque de la cooperación judicial en materia penal dentro de la UE, todos los temas debatidos vislumbran un mismo problema de fondo: la dificultad de seguir avanzando en la cooperación judicial sin un correlativo avance en la armonización sustantiva de las legislaciones nacionales.

Efectivamente, el legislador de la UE parece estar construyendo la casa por el tejado, con las dudas y problemas que ello genera en la confianza judicial entre Administraciones de Justicia de los Estados miembros. Y es que la materia penal ha sido siempre una de las manifestaciones inherentes a la soberanía nacional de los Estados. Por ello, los Estados miembros son muy reticentes a ceder uno de los últimos refugios de su soberanía, y, por tanto, ponen freno a un real avance en la armonización del Derecho Penal sustantivo. Se limitan a realizar pequeños avances aludiendo a tal clima de confianza, sin embargo, finalmente parece que tal clima es más aparente que real.

Por todo ello, se evidencia que, en una materia tan sensible como es la materia penal, el gran reto de futuro para la UE es, al menos, una mínima armonización sustantiva, y con ello consolidar en la práctica el tan deseado clima de confianza entre Estados miembros.

II. Justicia Penal Internacional.

Como segundo bloque de la supranacionalidad y la justicia penal, se ha tratado una problemática muchas veces, por desgracia, invisible. La profesora Ana Beltrán Montoliu ha reflexionado sobre la posición de las víctimas de crímenes sexuales en la Justicia Penal Internacional. Concretamente, el objetivo ha sido analizar la evolución jurisprudencial del reconocimiento de las víctimas de crímenes sexuales en la justicia penal internacional y el enjuiciamiento de los principales responsables.

Las principales conclusiones extraídas son las siguientes:

a) Los crímenes sexuales y por motivos de género son una constante en los conflictos armados constituyendo un instrumento de guerra que supone una forma de discriminación y violación de los derechos humanos de las mujeres. En este contexto, el cuerpo de la mujer es considerado como estrategia de guerra, como premio del combatiente, en definitiva, como un objeto. Estas prácticas generan un efecto devastador.

b) La justicia penal internacional ha supuesto un avance en este campo, sin embargo, sorprenden las fechas tan recientes tanto de la justicia penal internacional como de los tribunales nacionales. Para seguir avanzando, la justicia penal internacional debe: por un lado, evitar la impunidad de los autores de estos crímenes y, por otro, lograr la reinserción de las víctimas mediante la consiguiente reparación (restitución, indemnización y rehabilitación), estableciendo los mecanismos procesales adecuados para lograr esos fines.

c) Las víctimas de crímenes sexuales y por razón de género son especialmente vulnerables, de modo que en todas las etapas del procedimiento, es necesaria la perspectiva de género, ya que plantean problemas específicos procesales tales como la falta de presentación de denuncias, la estigmatización de las víctimas y la consiguiente falta de pruebas, entre otros, exigiéndose por consiguiente una mayor protección en el proceso penal. La gran particularidad de las víctimas de crímenes sexuales es u

invisibilidad. Son víctimas olvidadas, y en muchas ocasiones, se encuentran reticencias a reparar el daño ocasionado. Otro problema específico es la dificultad de probar los hechos, en el que las dos piezas clave son como demostramos el consentimiento y la credibilidad de la víctima. Como vemos, este tema está estrechamente ligado a las reflexiones volcadas en la mesa sobre la feminización de la justicia.

IV. CONCLUSIONES A LA CUARTA MESA: ¿"SECURITIZATION"?: ESPEJISMO O REALIDAD

Participantes:

- Prof. Dr. Emiliano Borja Jiménez, Catedrático de Dº Penal, Universitat de València.
- Prof. Dr. Vincenzo Militello, Catedrático de Dº Penal, Università di Palermo.
- Prof. Dra. Ángeles Catalina Benavente, Contratada Doctor Dº Procesal, Universidad de Santiago de Compostela.
- Prof. Dr. José L. González Cussac, Catedrático de D Penal, Universitat de València.

Moderadores/dinamizadores:

- Prof. Dr. Joan Carles Carbonell Mateu, Universitat de València.
- Prof. Dr. Carlos Esplugues Mota, Universitat de València.

Conclusiones:

- Prof. Dra. Elena de Luis García, Universidad Internacional de Valencia.

La seguridad, como principio y como valor, irrumpe en la sociedad del siglo XXI, y la búsqueda de la misma se convierte en el motor que inspira los discursos políticos, la actuación de los gobiernos y, como consecuencia

inevitable, las reformas legislativas. A partir de dicha concepción, se construye una nueva justicia penal sobre el paradigma de la seguridad y el control, lo que se refleja tanto en la expansión del derecho penal sustantivo, como en el endurecimiento del proceso penal.

Es en la búsqueda de seguridad cuando surgen el derecho penal del enemigo, el derecho penal del riesgo, el derecho penal de la peligrosidad y el derecho penal funcionalista, corrientes todas ellas fruto de la influencia de la globalización en el derecho penal. Así, a través de la justicia penal preventiva, el aparato de justicia se transforma en un servicio que vende productos, siendo uno de ellos la anhelada seguridad. Ello conlleva una inevitable expansión del derecho penal, traducida en un incremento en el catálogo de delitos, pero también en un agravamiento de la punición.

Ahora bien, la situación de inseguridad que la sociedad occidental vive actualmente, no es real, sino ficticia, pues no existe un riesgo o amenaza real que justifique las medidas adoptadas, las reformas sustantivas y procesales o los discursos del miedo, sino que son los partidos políticos quienes, a través del mensaje electoral, provocan alarma social y logran que nazca en los ciudadanos la necesidad de seguridad, como objetivo y principio inspirador de toda reforma del ordenamiento jurídico.

En este contexto surge un derecho penal híbrido. Híbrido porque conductas como el terrorismo y el crimen organizado son amenazas a la seguridad nacional, pero al mismo tiempo delitos, lo que conlleva que la respuesta ante los mismos provenga tanto de los servicios de inteligencia e incluso Fuerzas Armadas, como de la propia Administración de Justicia. E híbrido también porque brotan metodologías de investigación y toma de decisiones sustentadas en algoritmos que combinan datos, hechos y emociones. Consecuencia inquietante de todo ello es que, en el balance entre seguridad nacional y derechos fundamentales, siempre vence la seguridad nacional. Un conflicto entre seguridad y derechos que suele resolverse mediante el recurso a la cuestionable técnica de la ponderación de intereses y, en el que, ahora, los derechos siempre pierden.

Muestra de dicha tendencia es la aparición de nuevas herramientas que, con el fin de controlar a los individuos y lograr la ansiada seguridad, atacan al sistema de derechos y garantías fundamentales que tantos años y esfuerzo tardó en construirse.

Un claro ejemplo es el Registro de Nombre de Pasajeros (conocido como datos PNR), establecido mediante la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

Esta herramienta impone a las compañías aéreas la obligación de recopilar datos de pasajeros procedentes de un tercer país o que vuelen a un tercer país y, a su vez, remitirlos a la Unidad de Información sobre Pasajeros, quien se encarga de su recogida, conservación, tratamiento y transmisión a las autoridades competentes. El objetivo, según reza el propio texto, es la prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves. Sin embargo, para la realización de dichos controles no se requiere la sospecha de la comisión de un delito, por lo que derechos fundamentales como la intimidad o la libertad deambulatoria se ven limitados bajo la justificación de la prevención y búsqueda de seguridad.

De igual modo, el tratamiento que desde los gobiernos se lleva a cabo de determinados fenómenos globales como es la inmigración, constituye una muestra de la forma en que el derecho penal se emplea como instrumento para tranquilizar a los ciudadanos y transmitir esa anhelada sensación de seguridad.

Esto es precisamente lo que ha ocurrido en Italia, donde el derecho penal ha irrumpido en el ámbito de la inmigración ilegal, estableciendo así una conexión entre la inmigración y la seguridad pública. De esta forma, se convence a los ciudadanos de que la inmigración es una amenaza que debe atajarse mediante el derecho penal, de manera que el ordenamiento jurídico-penal termina transformándose en un mero recurso para la distracción, atacando así al principio esencial de *ultima ratio* que debe presidir su aplicación. Todo ello, a

pesar de que la realidad pone de manifiesto que la intervención del derecho penal en este ámbito no solamente no es necesaria, sino tampoco eficaz, pues una persona dispuesta a arriesgar su vida por alcanzar un futuro mejor, no se verá disuadida por la amenaza de un castigo penal.

Las anteriores circunstancias reflejan el detrimento que se está produciendo en los derechos y garantías más fundamentales, que conlleva que pilares básicos como son el principio de legalidad o la presunción de inocencia se tambaleen y vacíen de contenido, todo ello en la búsqueda de seguridad ante las presuntas amenazas que acechan a la sociedad del siglo XXI. Sin embargo, debemos plantearnos que las amenazas mayores no son el terrorismo o el crimen organizado, sino otras muy distantes. Y también, que las respuestas desproporcionadas a estos ataques, conllevan una limitación innecesaria de nuestros derechos y garantías. Derechos y garantías que expresan nuestra identidad cultural más profunda.

Ante esta situación, se impera un replanteamiento de los contornos de los derechos y garantías en esta nueva sociedad, pues la naturaleza del conflicto ha variado, como también lo ha hecho la respuesta que deba proporcionarse. Y es que, si antes entraban en colisión derechos y libertades individuales, ahora el conflicto se produce entre derechos individuales y amenazas colectivas, tales como la seguridad nacional, el cambio climático y las pandemias, siendo necesario un análisis de los problemas que surgen de ponderar elementos de tan distinta naturaleza.

En definitiva, es el momento de analizar el discurso de la seguridad, sus causas y consecuencias y la repercusión sobre el sistema de justicia penal, pero también de averiguar cómo rescatar e integrar en esta nueva sociedad los derechos y principios que inspiraron las constituciones del siglo XX y que, en el balance seguridad *versus* derechos, deberían siempre prevalecer.