

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

69

ENERO
JUNIO
1997

I. DOCTRINA

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

Ministerio de Defensa



REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR:

Carlos Girgado Doce,
General Auditor.

CONSEJO EDITORIAL:

José Jiménez Villarejo, Presidente de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. Angel Menéndez Rexach, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Carlos García Lozano, General Consejero Togado, Asesor Jurídico General. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, General Consejero Togado, Presidente del Tribunal Militar Central. Francisco Menchén Herreros, Coronel Auditor, Vicesecretario General Técnico.

DELEGADO DEL CONSEJO EDITORIAL EN EL CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto,
General Consejero Togado.

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Luis Bernardó Alvarez Roldán, General Auditor. Javier Aparicio Gallego, General Consejero Togado, Jesús Bello Gil, Teniente Coronel Auditor. José Luis Bermúdez de la Fuente, Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. José Manuel Blanque Avilés, Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo. Francisco Blay Villasante, General Consejero Togado. Agustín Corrales Elizondo, General Auditor. Emilio Fernández Piñeyro Hernández, Comandante Auditor. Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela. Juan Manuel García Labajo, Teniente Coronel Auditor. José-Leandro Martínez-Cardos Ruiz, Capitán Auditor, Letrado del Consejo de Estado. Antonio Millán-Garrido, Comandante Auditor. Catedrático de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, General Consejero Togado, Antonio Mozo Seoane, General Auditor. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Antonio Pérez Parente, Teniente Coronel auditor, Fernando Pignatelli Meca, Coronel Auditor. José Manuel Martín Carmona, Teniente Coronel Auditor. Estanislao Cantero Núñez, Teniente Coronel Auditor.

SECRETARIO:

Alfredo Baena Cazenave,
Coronel Auditor

SECRETARIOS ADJUNTOS:

Pedro Escribano Testaut, Capitán Auditor y Manuel Colás Gómez de Barreda, Capitán Auditor.

REDACCIÓN:

Escuela Militar de Estudios Jurídicos. C/ Princesa, 32 - 28008 Madrid.
Teléfs.: (91) 559 21 59 - 559 21 60

SUSCRIPCIONES:

Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica: Ministerio de Defensa.
Juan Ignacio Luca de Tena, 30 - 28027 Madrid. Teléf.: (91) 320 25 00 (ext. 4222)
Precio de este número: 1.000 Ptas.
Suscripción anual: 1.600 ptas. (2 números).

Se ruega dirigir la correspondencia de colaboradores e intercambio a la redacción.
Rogamos nos comuniquen los cambios o errores en su Dirección.

DD

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

69 ENERO
JUNIO
1997

I. DOCTRINA

MADRID



FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO DE PUBLICACIONES

REVISTA española de derecho militar. — N. 1 (en.-jun. 1956)
— . Madrid : Instituto Francisco de Vitoria, Sección de
Derecho Militar, 1956— . v. ; 24 cm
Semestra. — A partir de 1984 el responsable de su elabora-
ción es la Escuela de estudios Jurídicos de la Defensa. —
N. 41-43 publicados por la Escuela de Estudios Jurídicos del
Ejército. — A partir de 1987 publicada por el Ministerio de
Defensa, Secretaría General Técnica. — N. 44-50 publicados
en un sólo v. en 1987.
D.L. M. 523-1958. — ISSN 0034-9399

Catalogación correspondiente al n.º 69 (1997)

REVISTA española de derecho militar: 69, enero-junio 1997 /
[Escuela Militar de Estudios Jurídicos]. — Madrid : Ministerio
de Defensa, Secretaría General Técnica, [1997]. — 400 p. ; 24 cm
NIPO 076 - 97 - 001 - 5. — D.L. M. 523-1958

I. Escuela Militar de Estudios Jurídicos (Madrid)
II. España. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, ed.

La responsabilidad por las opiniones emitidas en esta publicación corres-
ponde exclusivamente al autor de la misma.



Edita: Ministerio de Defensa
Secretaría General Técnica

© Editor y Escuela Militar de Estudios Jurídicos

NIPO: 076 - 97 - 001 - 5
ISSN: 0034-9399
Depósito Legal. M. 523-1958

Fotocomposición e Impresión:
TARAVILLA • Mesón de Paños, 6 • 28013 Madrid

INDICE GENERAL DEL NUMERO 69
ENERO-JUNIO 1997



I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

- 1.1. SUAY RINCÓN, José: *La renovación del Derecho Administrativo sancionador: Evolución y actualidad* 13
- 1.2. MANZANO SOUSA, Manuel: *La interceptación legal de las telecomunicaciones en la Unión europea* 39
- 1.3. MASIDE MIRANDA, Luis: *Criterios nucleares en torno a las operaciones de mantenimiento de la paz* 123

2. NOTAS

- 2.1. EYMAR ALONSO, Carlos: *El Eurocuerpo y el futuro marco jurídico de la defensa en Europa* 171
- 2.2. HERNÁNDEZ MUNTIEL, Arturo: *Observaciones de un Juez Togado tras ocho años de funcionamiento de la nueva Jurisdicción Militar* 193
- 2.3. GÓMEZ COLOMER, José Luis: *Sobre la implantación en la Jurisdicción castrense de un proceso penal con juicio oral inmediato y otras reformas* 207
- 2.4. MUÑIZ VEGA, Gonzalo: *La suspensión cautelar en el Derecho Militar* 237

2.5. POZO SERRANO, M. ^a del Pilar: <i>La licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares: la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996</i>	249
---	-----

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

— <i>Real Decreto 2103/1995, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita</i>	285
— <i>Real Decreto 2613/1996, de 20 de diciembre, de supresión de organismos autónomos</i>	285
— <i>Real Decreto 219/1997, de 14 de febrero, por el que se modifica parcialmente el Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, de creación del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas</i>	285
— <i>Real Decreto 287/1997, de 28 de febrero, por el que se crea el Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra</i>	285
— <i>Real decreto 288/1997, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Cuerpos, Escalas y especialidades fundamentales de los militares de carrera</i>	285
— <i>Real Decreto 367/1997, de 14 de marzo, por el que se determina la organización periférica de la Guardia Civil</i>	285

2. JURISPRUDENCIA

2.1. <i>Constitucional</i> . Por Antonio Mozo Seoane	289
2.2. <i>Doctrina Legal del Consejo de Estado</i> . Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz	307

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

- 1.1. ARNOLD, L.: *Archivo de la Suprema Corte, Inventario del Archivo del Tribunal de Guerra y Marina, 1816-1854*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996 (XIV + 291 páginas) Por Antonio Millán-Garrido 321
- 1.2. BARRADA FERREIROS, Alfonso; FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto y MALDONADO RAMOS, Jaime: *Formularios de Recursos de Casación Civil y Penal. La Ley-Actualidad*, Madrid, 1996. Por Agustín Corrales Elizondo 323
- 1.3. BERMÚDEZ FLORES, R. J.: *Compendio de Derecho militar mexicano*. Edit. Porrúa, México, 1996 (252 pp.). Por Antonio Millán Garrido 328
- 1.4. DÍAZ ROCA, Rafael: *Derecho Penal general. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. Editorial Tecnos. Madrid, 1996 (347 pp.). Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz 335
- 1.5. FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, Emilio: *Régimen Jurídico de los bienes inmuebles militares*, Prólogo de Antonio Mozo Seoane, Coedición Ministerio de Defensa-Marcial Pons, Madrid, 1995 (433 pp.). Por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto 337
- 1.6. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Eduardo: *La Resolución del contrato administrativo de obra*. Madrid, 1996. Editorial Montecorvo (252 pp.). Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz 343
- 1.7. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*. Edersa. Madrid, 1996 (214 pp.). Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz 345
- 1.8. STERN, Gary M. y HALPERIN, Morton H.: *The U.S. Constitution and the power to go to war: historical and current perspectives*. Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1994 (VII + 199 pp.). Por Joaquín María Peñarrubia Iza 347

- 1.9. VENDITTI, R.: *Il processo penale militare*. 4.^a edición Giuffrè Edit. Milano, 1997 (164 pp.). Por Antonio Millán-Garrido 351

2. RECENSIÓN DE REVISTAS

- 2.1. INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS: *El Derecho de intervención en los conflictos. Cuadernos de Estrategia*, n.º 79. Madrid, agosto de 1995. Por José Antonio Vallés Cavia 363
- 2.2. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Cuestiones Penales y Procesales militares*. CGPJ, 1996. Por Agustín Corrales Elizondo 370

IV. INFORMACIÓN

- 1.1. *I Jornadas del Grupo español de la Sociedad Internacional del Derecho Militar y Derecho de la Guerra* 385
- 1.2. *Nota sobre el fallecimiento del Excmo. Sr. D. Francisco Jiménez y Jiménez, General Consejero Togado* 391
- 1.3. *Nota sobre el fallecimiento del Excmo. Sr. D. José Suay Millo* 394

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD

Por José Suay Rincón
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO

I. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.—1. BREVE REPASO DE SU SITUACIÓN DE HECHO; CONTROVERSIAS INICIALES Y DEFINITIVO ASENTAMIENTO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. II. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. 2. LA SITUACIÓN JURÍDICA; POSICIÓN DE PARTIDA Y LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.—III. LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.—1. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. a) *Principio de reserva de Ley.* b) *Principio de tipicidad.* c) *Principio de culpabilidad.* d) *Principios procedimentales.* IV. LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. 2. EL TRATAMIENTO LEGAL Y REGLAMENTARIO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. 1) *La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.* 2) *El Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.* V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES A PROPÓSITO DE LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Con mucho gusto acepté en su día la amable invitación recibida para participar en esta prestigiosa revista. Desde el primer instante, además, pensé en aprovechar la circunstancia para volver a reflexionar sobre un tema que me es particularmente querido: el tema de las sanciones administrativas y de la potestad sancionadora de la Administración. Lo he tratado con cierta asiduidad en el pasado (1), pero también es verdad que desde hacía algún tiempo lo tenía desatendido.

(1) Por todos, SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Bolonia, Ed. Colegio de España, 1989. A esta monografía, no obstante, han antecedido y sucedido distintos trabajos sobre el mismo tema publicados en diversas revistas y obras colectivas. Entre los primeros cabe destacar *El Derecho administrativo sancionador: perspectivas de*

I. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

1. Breve repaso de su situación de hecho; controversias iniciales y definitivo asentamiento de las sanciones administrativas

Las sanciones administrativas representan un mecanismo clásico de la intervención pública sobre los distintos sectores de la vida social. Si la autorización constituye el mecanismo preventivo de intervención por excelencia, lo mismo puede decirse, sólo que como mecanismo represivo, de la figura que va a ocuparnos en este estudio.

Ahora bien, ocurre, sin embargo, que, a diferencia de las autorizaciones, las sanciones administrativas siempre han desatado una importante controversia (2). Y es que, en una primera apreciación, conforme al principio de división de poderes en el marco de un Estado de Derecho, parece que el ejercicio del poder represivo —y la imposición de sanciones lo es— debe corresponder exclusivamente a los jueces. Y, pese a ello, lo cierto es que, de manera progresiva, pero con carácter

reforma y La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador, aparecidos ambos en la «Revista de Administración Pública», respectivamente, en los núms. 109 (1986) y 123 (1990) de dicha Revista. Entre los segundos, podrían mencionarse *Los principios del procedimiento sancionador*, incorporado a la obra colectiva *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* dirigida por los Prof. LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M., Madrid, TECNOS, 1993, así como *La potestad sancionadora de la Administración*, en *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, COMUNIDAD DE MADRID, 1993.

(2) De la controversia suscitada en torno a las sanciones administrativas es evidente reflejo la aparición en estos últimos años de una formidable producción bibliográfica en torno a este tema. Así, contemporáneamente a la monografía antes citada de la que soy autor, podríamos mencionar LOZANO CUTANDA, B., *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Madrid, M. PONS, 1990; GARBERI LLOBREGAT, J., *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, TRIVITUM, 1989. Ya con anterioridad, SANZ GANDASEGUI, F., *La potestad sancionatoria de la Administración. La Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, EDESA, 1985. De las posteriores, sin duda, sobresale el libro de NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, TECNOS, 1993 (hay 2.ª edición de 1994, aunque las citas que pueden aparecer en este trabajo, no obstante, se refieren a la primera).

Por otra parte, una excelente recopilación de los materiales legislativos y jurisprudenciales formados hasta la fecha, que incluye también destacados comentarios personales, y cuyo manejo resulta extraordinariamente aconsejable, en TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. y AGUADO Y CUDOLA, V., *Derecho administrativo sancionador: materiales*, Barcelona, CEDECS, 1995.

general en los países de nuestro entorno, la atribución a la Administración de la potestad sancionadora ha ido creciendo sin tregua, particularmente, en el curso de esta segunda mitad de siglo. Bien puede decirse que buena parte de la eficacia de la acción administrativa pretende ahora quedar garantizada y descansar sobre las sanciones administrativas.

¿Cómo puede explicarse este fenómeno? Casi siempre sucede en Derecho que las razones prácticas terminan imponiéndose y prevaleciendo sobre pretendidas razones de principio: así, frente a la acreditada incapacidad de los jueces para asumir en su integridad el ejercicio del poder represivo, la solución consistió en acudir a la Administración Pública en busca de auxilio (3). Lo mismo exactamente que acaeció en un proceso paralelo y bastante convergente con el ejercicio del poder normativo: incapaz el Parlamento de realizar por sí solo toda la tarea, la Administración Pública fue asumiendo gradualmente un poder normativo cada vez más importante.

La propagación en el conjunto de Europa de un modelo común de Estado, social de Derecho y descentralizado, que multiplica sus intervenciones sobre la vida colectiva y que también promueve la proliferación de Administraciones Públicas como centros propios y sustantivos de poder, lleva más aún a la consolidación de la potestad sancionadora en manos de la Administración. Por lo demás, si las sanciones administrativas, inicialmente, son vistas con recelo por su posible colisión con el principio de división de poderes en el marco de un Estado de Derecho, resulta que por una de esas paradojas y movimientos pendulares que la vida a veces depara, constituyen ahora más bien una garantía para el ciudadano. Este, en efecto, puede llegar a percibir perfectamente y sin dificultad cómo si bien los jueces pueden privarle mediante la detención y posterior ingreso en prisión de la libertad, el bien más hermoso después de la vida, la Administración Pública nunca puede llegar tan lejos. Por lo tanto, cabe pensar razonablemente que la posición del ciudadano queda más y mejor garantizada, si la actuación de los jueces cede a cos-

(3) El fenómeno mencionado ha sido descrito con gran brillantez por PARADA VÁZQUEZ, J. R., en su trabajo *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, publicado en la «Revista de Administración Pública», núm. 67 (1972), y que con justicia cabe considerar como pionero en la materia que nos ocupa y referencia imprescindible para la renovación del Derecho administrativo sancionador. Un trabajo, clásico también, es el que a las sanciones administrativas dedicara MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Multas administrativas*, publicado en la «Revista de Administración Pública», núm. 79 (1976).

ta de incrementar la de la Administración Pública, y mientras permanece en el ámbito de ésta.

2. La situación jurídica; posición de partida y la renovación del Derecho administrativo sancionador

Descrita en breves pinceladas y sin ánimo exhaustivo la situación de hecho actual de las sanciones administrativas, hace falta referirse también ahora a su situación jurídica. Y, en este aspecto, puede resaltarse que prácticamente hasta hace veinte años el panorama era absolutamente desolador. En feliz expresión, el Derecho administrativo sancionador se calificó como un Derecho «prebeccariano» (4), incompatible con las exigencias más elementales de un Estado de Derecho. La existencia de clamorosos vacíos normativos, la ausencia de los más rudimentarios principios en el sector, permitía reinar a la inseguridad, al capricho y, en definitiva, a la arbitrariedad, de una manera absolutamente generalizada.

Si hasta hace veinte años, tal era sin discusión el panorama en nuestro país, el Derecho administrativo sancionador vino a recibir un auténtico impulso renovador con la Constitución española de 1978, que, como no podía ser de otro modo, va a marcar un antes y un después en el Derecho administrativo sancionador (5).

De entrada, es cierto que la Constitución va a reconocer y legitimar las sanciones administrativas, dando así definitiva carta de naturaleza a la figura que nos ocupa y asumiendo, por otra parte, una realidad incues-

(4) La expresión empleada en el texto proviene de un trabajo también pionero en esta materia de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, publicado en la «Revista española de Derecho administrativo», núm. 10 (1976), el cual se incorporaría más tarde como un Capítulo completo al *Curso de Derecho administrativo*, escrito en colaboración con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., concretamente, a su *Tomo II*. En la cuarta y última edición, por ahora, de este Tomo (Madrid, CIVITAS, 1993), el Capítulo relativo a las sanciones administrativas ha sido objeto de una completa actualización y revisión.

(5) Esta afirmación, no obstante, debe interpretarse sin perjuicio de la existencia de meritorios antecedentes. Concretamente, el Tribunal Supremo viene promoviendo desde 1972 una doctrina favorable a la aplicación de los principios penales a las sanciones administrativas y el dato merece ser destacado con toda justicia. Hay dos sentencias de marzo de dicho año en el sentido indicado. Tuve ocasión de manifestar expresamente el merecido reconocimiento a la jurisprudencia indicada en mi contribución, también sobre las sanciones administrativas, a la obra colectiva *Derecho administrativo: la jurisprudencia del Tribunal Supremo* dirigida por los Prof. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., y PAREJO ALFONSO, L., Madrid, CEURA, 1989.

tionable, una vez despejados los obstáculos existentes en punto a su reconocimiento desde la perspectiva del principio de división de poderes y fortalecido también su papel garantista frente a la más enérgica amenaza que las sanciones penales representan.

Pero la Constitución no va a detenerse aquí. Para evitar los posibles abusos en el ejercicio de la potestad sancionadora, una vez reconocidas las sanciones administrativas, éstas van a sujetarse inmediatamente a un conjunto de reglas y principios básicos que resultan también de la propia Constitución. Reconocidas esencialmente tales reglas y principios en dos artículos (artículos 24 y 25), preceptos a los que a continuación habremos de referirnos con detalle, por encima de ello interesa ahora destacar de la Constitución, antes que nada, una directriz general derivada de ella, que la jurisprudencia ha sabido asumir y aplicar sin desmayo: las sanciones administrativas comparten con las sanciones penales los mismos principios esenciales, en cuanto ambas figuras son expresión y forman parte de un único y del mismo «ius puniendi», el «ius puniendi» del Estado.

Cierto que esta directriz constitucional ha desencadenado últimamente un debate importante y hasta acaso alguna reacción en determinados sectores, y más adelante, al final de este estudio, habremos de volver también sobre ello. Ciertamente que al admitir la existencia de matices en la aplicación de los principios penales éstos pueden y deben aplicarse con alguna flexibilidad (6). Pero lo que resulta innegable en cualquier caso, y esto es lo que interesa sobre todo afirmar en este momento es el firme arraigo y generalizada aceptación de la directriz constitucional antes indicada como tal.

La evolución registrada por el Derecho administrativo sancionador en otros países, más allá de nuestras fronteras en el contexto del Derecho comparado, permite alcanzar conclusiones no muy divergentes (7). Y lo mismo puede advertirse si se repara en las normas internacionales y supranacionales más destacadas, sobre todo, en Europa, así como en la jurisprudencia emanada en torno a ellas (8). No podía ser de otro

(6) Como, por otra parte, puede ocurrir perfectamente en el interior del propio Derecho penal y de hecho así ocurre. Puede constatar, por ejemplo, cómo los procesos judiciales varían y siguen un trámite procedimental diverso, a veces, en función del ilícito penal imputado en cada caso.

(7) Sobre ello, específicamente, LOZANO CUTANDA, B., *Panorámica general de la potestad sancionatoria de la Administración en Europa: despenalización y garantía*, en la «Revista de Administración Pública», núm. 121 (1990).

(8) Tempranamente, la jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con repercusión en la materia que nos ocupa, fue advertida por RUBIO

modo y difícilmente cabe encontrar casos donde llega a obtenerse similar unanimidad.

Afirmada así la directriz constitucional de que las sanciones administrativas se rigen por los mismos principios esenciales que las sanciones penales, el vuelco que el Derecho administrativo sancionador ha experimentado ha sido auténticamente espectacular. Puede decirse que ello ha permitido dar en líneas generales una respuesta jurídica a las sanciones administrativas adecuada y congruente con su creciente importancia y a la altura de nuestro tiempo (9).

III. LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. El tratamiento constitucional de las sanciones administrativas

Como ya se adelantó, dos preceptos constitucionales han de centrar y acaparar nuestra atención: los artículos 24 y 25. Desde la perspectiva del ciudadano, los citados preceptos reconocen y garantizan auténticos derechos fundamentales (artículo 53.1), por lo que puede perfectamente señalarse que los artículos 24 y 25 definen el estatuto jurídico-fundamental del ciudadano frente a las sanciones administrativas y a la potestad sancionadora de la Administración.

Llama la atención lo acaecido con el artículo 24. Con base en su dicción literal, su único destinatario parecen los jueces; pero, frente a ello, el Tribunal Constitucional en una de sus más importantes aportaciones afirmó tempranamente que ha de prevalecer la consideración finalista o teleológica del precepto: lo importante es no tanto el procedimiento re-

DE CASAS, M., *Potestad sancionadora de la Administración y garantías del administrado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. El caso Ötztürk*, publicado en la «Revista de Administración Pública», núm. 104 (1984).

Sobre la virtualidad de los principios provenientes del Derecho comunitario y su interpretación por la jurisprudencia comunitaria, puede consultarse con carácter general MUÑOZ MACHADO, S., *Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española*, en la «Revista española de Derecho administrativo», núm. 75 (1992). Con posterioridad, y más específicamente, DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L. M., *Derecho comunitario y medidas sancionadoras*, en la misma Revista que acaba de mencionarse, núm. 78 (1993).

(9) Un excelente estudio sobre la situación actual de la potestad sancionadora de la Administración en BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Madrid, Colex, 1991.

presivo concreto al que se somete al ciudadano como el resultado aflictivo que puede imponérsele como consecuencia del mismo. Por ello, el precepto resulta aplicable a la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora (10).

Sin embargo, más aún que este precepto, el artículo 25 de la Constitución ofrece un magnífico banco de pruebas para verificar la «penalización» de las sanciones administrativas. Veremos inmediatamente algunas muestras de ello. Puede haber y hay de hecho controversias notables en cuanto al alcance y contenido concreto del citado precepto, al reconocer el principio de legalidad en materia sancionadora. Pero, en cualquier caso, parece existir bastante unanimidad en admitir que, como núcleo primario, el artículo 25 contiene, cuando menos, dos garantías: una garantía formal y otra material, la reserva de ley y la tipicidad.

a) La garantía formal reside en la exigencia de una ley en materia sancionadora. Son verdad las dudas iniciales suscitadas a propósito del empleo por el artículo 25 del término «legislación». La evolución de los debates constituyentes en el Parlamento y las sucesivas fórmulas que se propusieron en la elaboración del precepto (por orden cronológico: «ordenamiento jurídico», «ley» y «legislación») resultan de gran interés (11). Pero con el tiempo las dudas quedaron completamente disipadas: también, por orden cronológico, nuestras más altas instituciones jurídicas (el Consejo de Estado, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional) terminaron coincidiendo y se decantaron por considerar que el término legislación era equivalente al de ley en sentido propio y que, por tanto, el artículo 25 establece una auténtica reserva de ley en materia sancionadora (12).

(10) Bien puede aventurarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había abierto ya con anterioridad el camino para llegar a alcanzar la conclusión que ahora obtiene el Tribunal Constitucional, con base a su reiterada y consolidada doctrina por virtud de la cual, en síntesis, «nunca puede ser peor la situación del administrado que la del delincuente».

(11) Auténticamente cruciales fueron las aportaciones efectuadas en el curso de los debates constituyentes sobre este punto concreto por el Prof., y entonces Senador Real, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., y que él mismo relata en su recopilación *Materiales para una Constitución*, Madrid, AKAL, 1983.

(12) Con carácter general, sobre la operatividad de este precepto, pueden consultarse dos trabajos de MESTRE DELGADO, J. F. El primero, *Potestad reglamentaria y principio de legalidad*, publicado en la «Revista española de Derecho administrativo», núm. 57 (1988). Más amplio y profundo el tratamiento del tema en el segundo, *La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública*, incluido en el Tomo III de los *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al Prof. E. García de Enterría)*, Madrid, CIVITAS, 1991.

Llegados a este punto, sin embargo, no acaban los problemas. Puede discutirse, por ejemplo, el tipo de ley idóneo para colmar las exigencias de la reserva (13). Y, sobre todo, la viabilidad de la colaboración reglamentaria, más bien —habría que precisar— los límites de dicha colaboración, porque dicha colaboración en sí misma resulta inevitable a la postre y como producto de la necesidad, así ha sido reconocida (14). También pueden percibirse algunos campos donde la reserva de ley parece debilitarse (15). Siguen, por tanto, abrigándose importantes incertidumbres, pero, al menos, en cualquier caso, el principio esencial queda claro y es la

(13) El planteamiento más consolidado a este respecto puede resumirse en dos ideas: la improcedencia de recurrir a la Ley orgánica como instrumento para la tipificación de infracciones y sanciones administrativas y la viabilidad, en cambio, de que el Decreto-Ley sí puede realizar la indicada operación, aspecto este último que no deja de ser polémico.

(14) En cuanto a los límites de la colaboración reglamentaria, parece acogerse en este punto por la jurisprudencia constitucional la denominada «doctrina de la esencialidad», de manera que los elementos esenciales de las infracciones y sanciones, cuando menos, han de estar previstos en la propia Ley, sin que sobre ellos quepa, por tanto, su remisión a una norma reglamentaria.

(15) Concretamente, cabe mencionar dos casos: en el primero, el caso de las denominadas relaciones especiales de sujeción, puede aceptarse el debilitamiento indicado, siempre y cuando, primero, se haya delimitado con precisión y de manera estricta esta categoría y, además, se deje bien claro que lo que se postula es sólo una atemperación de la reserva, no su eliminación: en definitiva, el problema vuelve a ser así un problema de límites. Sobre la significación de las relaciones especiales de sujeción, puede verse inicialmente GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones especiales de sujeción en la Constitución española*, Madrid, TECNOS, 1992. Más adelante, LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, CIVITAS, 1994, así como LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, CIVITAS, 1994. Como ejemplo por excelencia de relación especial de sujeción, suele citarse el ámbito de la función pública donde la Administración Pública desarrolla su potestad disciplinaria. Sobre este particular, mi trabajo *Potestad disciplinaria* incluido en el *Libro Homenaje al Prof. J. L. Villar Palasi*, Madrid, CIVITAS, 1989; y, con posterioridad, CASTILLO BLANCO, F., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Madrid, CIVITAS, 1992, así como TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, M. PONS, 1992 (hay también edición en lengua catalana de esta obra).

En relación con el segundo caso, el debilitamiento de la reserva de ley en relación con las Administraciones locales, el asunto resulta mucho más controvertido, puesto que parece excesivo a partir del principio de la autonomía local legitimar un margen mayor para la tipificación de infracciones y sanciones a través de las ordenanzas locales. A favor de tal interpretación, PAREJA I LOZANO, C., *Autonomía y potestad normativa de las Corporaciones Locales*, «Revista de Administración Pública», núm. 138 (1995). Explica, sin embargo, por qué ésta ha de rechazarse FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., en *La potestad reglamentaria de las Corporaciones Locales*, trabajo inédito, de próxima publicación.

existencia de una reserva de ley en materia sancionadora. De alguna manera, problemas similares a los expuestos pueden llegar a plantearse y de hecho se suscitan en el ámbito del Derecho penal (16).

b) Lo mismo cabe señalar respecto de la segunda garantía resultante del artículo 25, ésta de carácter material: la tipicidad, que básicamente impone la exigencia de «lex certa». Su proclamación como tal resulta indiscutible y puede hasta afirmarse que se trata del principio número uno en materia sancionadora.

Pero también los problemas afloran en este caso, al descender y tratar de determinar su alcance concreto. La exigencia de certeza no es absoluta y son admisibles conceptos jurídicos indeterminados y hasta un cierto margen de apreciación (17). Más importante aún, existen peculiaridades en la operatividad del principio de tipicidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador respecto del derecho penal. Frente al Derecho penal, donde el Código se basta por sí solo para la fijación de las infracciones, en el Derecho administrativo sancionador prodigan las remisiones y una norma previa fórmula primero las obligaciones en términos positivos. Y, en cuanto a las sanciones, frente al criterio del Derecho penal que va asociándolas a cada infracción, el Derecho administrativo sancionador establece un cuadro de sanciones que se relaciona con el de las infracciones según su gravedad. Las infracciones se clasifican primero y las sanciones se prevén después para cada grupo de infracciones (18).

Pero, con todo, lo verdaderamente relevante es señalar que también hay similitudes (19); y, más aún, que, en cualquier caso, las peculiaridades antes subrayadas son exclusivamente de tipo técnico, referidas a

(16) Sobre la operatividad del principio en este ámbito, tempranamente, ARROYO ZAPATERO, L., *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, «Revista española de Derecho constitucional», núm. 8 (1983).

(17) Quedan vedadas, en cualquier caso, las descripciones carentes de toda precisión y la consagración de márgenes excesivamente amplios de los que resulte imprevisible determinar las consecuencias jurídico-sancionadoras. La jurisprudencia ha sido absolutamente contundente por lo que respecta a este punto.

(18) Desde luego, es mérito indiscutible de NIETO haberlo resaltado con toda claridad (NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 256 y ss.).

(19) Las diferencias han menguado claramente, en efecto, entre ambos sectores del ordenamiento jurídico y en ambos es posible encontrar ejemplos opuestos a lo afirmado en el texto. Por un lado, en el Derecho penal, cada vez es más común el recurso a las leyes penales en blanco, y así lo resalta la doctrina penalista. Por otro lado, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, existen materias donde para cada infracción singular ya se contempla su sanción respectiva, como es el caso del urbanismo.

la forma de la manifestación de tipicidad, no en punto a reivindicar un mayor o menor rigor en la exigencia de este principio.

El rigor exigido, en efecto, ha de ser equivalente: en cuanto a las infracciones, también el Derecho administrativo sancionador impone que la conducta quede descrita en todos sus elementos; lo único que permite su descomposición en diversas normas. Y en cuanto a las sanciones, al margen de la posible existencia de modelos diferentes, lo cierto es que aquéllas quedan perfectamente tipificadas tanto en uno como en otro caso. Por eso, a mi juicio, es claro que la tipicidad no puede considerarse debilitada. Si bien en el aspecto de la reserva de ley como garantía formal acaso puede convenirse en una admisión más genérica de la colaboración reglamentaria en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, ello debe compensarse ahora en este segundo aspecto de la tipicidad, pues dicha colaboración reglamentaria se hace precisamente y sobre todo para dejar la conducta perfectamente descrita.

c) Junto a estos principios básicos, es indiscutible que el artículo 25 comprende otros mandatos. Por ejemplo, la irretroactividad de la norma sancionadora y la prohibición de imponer dos sanciones por la misma conducta [principio «non bis in idem» (20)]. Sin duda, la controversia más intensa se suscita en relación con el principio de culpabilidad (21), donde el debate parece ahora estar especialmente centrado (22), relevando de este modo a los principios de reserva de ley y tipicidad que lo habían polarizado y hasta monopolizado inicialmente.

El punto de partida ha de ser también en este caso la aplicación a las sanciones administrativas de los principios que rigen las sanciones penales. Esta es la directriz constitucional y ha de marcar, por tanto, el criterio a emprender. Ahora bien, con la misma contundencia con que debe defenderse la aplicación de tales principios, ha de huirse de inter-

(20) Un lúcido comentario sobre el alcance de este principio puede encontrarse en NIETO GARCÍA, A., *El principio «non bis in idem»*, en la «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 28 (1990).

(21) A este principio ya he tenido ocasión de dedicar algún trabajo específico. Concretamente, *Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios de la responsabilidad personal (o por actos propios) y de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador (Particular referencia al ordenamiento del crédito y del mercado de valores)*, incluido en el Tomo III de los *Estudios de Derecho bancario y bursátil (Homenaje al Prof. E. Verdura y Tuells)*, Madrid, LA LEY, 1994.

(22) Recientemente, DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, TECNOS, 1996. Pionero en el tratamiento de estas cuestiones fue REBOLLO PUIG, M., en su excelente monografía *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, INAP, 1989, en especial, pp. 617 y ss.

pretaciones absolutas y maximalistas. Desde luego, de entrada, es imprescindible la concurrencia de dolo o culpa para poder sancionar, lo que lleva a excluir cualquier forma de responsabilidad automática u objetiva en el ámbito del Derecho administrativo sancionador (23).

Pero la existencia de matices resulta obligada en algunos casos. Por ejemplo, podría haberlos en el tratamiento del error donde la proliferación de normas administrativas aconseja una mayor flexibilidad (24). Y, sobre todo, en la exigencia de la responsabilidad de las personas jurídicas muy extendida en algunos sectores de la actividad administrativa, frente al criterio tradicional del Derecho penal basado en el principio opuesto, esto es, su irresponsabilidad («societas delinquere non potest»).

Sin embargo, a poco que se profundiza en esta cuestión, se constata que la aceptación de la responsabilidad de las personas jurídicas no pretende eliminar la culpabilidad, sino más limitadamente trasladarla al círculo de las personas físicas que son las que en verdad actúan y adoptan las decisiones (25). Tampoco cabe descartarse, por lo demás, que en un futuro el Derecho penal termine cediendo y arrumbando dogmas ancianos. Lo que, desde luego, más trabajo cuesta aceptar es que desde ambos Derechos se avance por caminos diferentes, porque no se perciben razones suficientes para que ello sea así (26).

(23) Cada vez con mayor énfasis puede percibirse la defensa de este planteamiento en la jurisprudencia. De ello da fe el estudio de DE PALMA, A., *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, que acaba de citarse en la nota precedente.

(24) Hasta el punto de poder admitir, en algunos supuestos, siempre en función de las circunstancias concurrentes y en atención a diversos indicadores, el denominado error excusable de prohibición, lo que resultaría complicado en el ámbito del Derecho penal.

(25) Esclarecedor en este punto es el trabajo de LOZANO CUTANDA, B., *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo*, publicado en la «Revista de Administración Pública», núm. 129 (1992), y la Sentencia constitucional que es objeto de comentario en dicho trabajo.

(26) He tenido ocasión de poner dicho dato de manifiesto en diversos trabajos anteriores, no sólo con carácter general en el ya mencionado, SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, cit., sino también, de manera específica, a propósito del sector del crédito, que ha contemplado tradicionalmente la responsabilidad de las personas jurídicas (puede consultarse mi trabajo *Sanciones*, en *Estudios de Derecho público* dirigidos por el Prof. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., Madrid, CEURA, 1987), la sigue contemplando actualmente tras la última reforma de este sector del ordenamiento (también, mi contribución a los *Comentarios a la nueva Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, dirigidos por el Prof. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., Madrid, CECA, 1989, pp. 52 y ss.) y, además, ahora, en concurrencia con la responsabilidad de las personas físicas (*Ibidem*, pp. 58 y ss.), que se tratará en el texto a continuación. Hay 2.ª edición de estos Comentarios, aunque se cita por la primera.

Dentro de la problemática de la responsabilidad de las personas jurídicas, mención aparte merece un reciente fenómeno consagrado por algunas normativas sectoriales: la admisibilidad de dicha responsabilidad en concurrencia con la de las personas físicas, cuando hasta hace poco se configuraban ambas como alternativas y excluyentes (27). Todavía no ha habido una respuesta nítida a este respecto por la jurisprudencia, pero la fórmula en principio parece difícil de asumir. Lo lógico sería que, si es por los mismos hechos, responden las unas o las otras: así, podría defenderse que si la conducta se desarrolla en el ámbito de las instrucciones de la persona jurídica, procederá su responsabilidad, mientras que si se rebasa dicho marco, lo será de la persona física. En otro caso, la responsabilidad de aquélla se exigiría por hechos ajenos.

Cambiando el tercio, sí ha habido, por el contrario, pronunciamientos favorables a la responsabilidad solidaria, cuando concurren varios autores en la realización de la infracción. Evidentemente, se trata de una regla opuesta a la que rige en el Derecho penal. procede una sanción por cada sujeto interviniente, sea éste autor, cómplice o encubridor. Pero, sobre todo, se trae aquí a colación, porque demuestra, en última instancia, la falsedad de un planteamiento que trata de afirmarse hasta la saciedad, y de ahí su interés, a saber, que los principios penales siempre promueven una respuesta más favorable para el sancionado por las garantías asociadas a este Derecho. Puede constatarse que no siempre es así: la solidaridad se concreta en la exigencia de una sola sanción para todos los intervinientes. Al margen de ello, quizá lo más criticable en este punto sea que la admisión de la responsabilidad solidaria se haya efectuado sin apenas aportar y ofrecer argumentos suficientes en su defensa.

d) Como corolario a la exposición a que nos ha llevado hasta ahora el artículo 25, ni que decir tiene que el análisis del artículo 24 nos llevaría más lejos aún (28). Acostumbra a destacarse acertadamente que este precepto comprende, por de pronto, dos grandes grupos de derechos: los vinculados, en primer lugar, al ejercicio del derecho al acceso a la justicia y que, como tales, resultan invocables frente a cualquier

(27) Recientemente, sobre ello, MAYOR MENÉNDEZ, P., *La responsabilidad conjunta de las personas jurídicas y sus administradores en el Derecho administrativo sancionador (especial referencia al mercado de valores)*, publicado en la «Revista española de Derecho administrativo», núm. 87 (1995).

(28) Como introducción, y para profundizar sobre el alcance de este importantísimo precepto, puede consultarse, recientemente, BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, CIVITAS, 1995.

actuación administrativa; y, en segundo lugar, un conjunto de derechos reconocidos inicialmente en el ámbito de los procesos judiciales, que la jurisprudencia constitucional ha extendido al ejercicio por la Administración de su potestad sancionadora (por lo que, exclusivamente, resultan aplicables al conjunto de actuaciones administrativas que se inscriben en este ámbito).

En cuanto al derecho de acceso a la jurisdicción, en primer lugar, caben modulaciones y hasta algunas limitaciones al ejercicio de este derecho, pero no son admisibles obstáculos al mismo carentes de cualquier género de justificación, como puede ser la imposición de la regla del «solve et repete», la amenaza de promover una «reformatio in peius» en sede judicial o la reducción o eliminación de las posibilidades de obtener con carácter tutelar la suspensión judicial del acto impugnado. Todas estas consecuencias están rigurosamente prohibidas en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, como también lo están respecto de cualquier actuación administrativa con carácter general.

Ya en relación exclusiva con el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, en segundo lugar, se reconocen un conjunto de derechos vinculados con el genérico de defensa, como pueden ser el derecho mismo a la tramitación de un procedimiento administrativo antes de imponer cualquier sanción (29), el derecho a la imparcialidad en dicho procedimiento y a que, por tanto, la instrucción y la resolución estén separadas y confiadas a distintos sujetos (30), el derecho a ser informado a la acusación y de sus términos concretos, el derecho a la presunción de inocencia que afecta decisivamente a la tradicional presunción de certeza atribuida a las actas administrativas (31), el derecho a también ser oído y formular las alegaciones que se consideren convenientes, el derecho a solicitar y a que se practiquen las pruebas pertinen-

(29) Sobre la prohibición de las denominadas sanciones de plano adoptadas sin procedimiento alguno ni siquiera audiencia del interesado, inevitable resulta la referencia a un trabajo todavía muy útil, pese a su antigüedad, de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Madrid, TECNOS, 1973.

(30) Aparte mi trabajo *La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador*, citado en nota 1, puede consultarse más específicamente sobre este tema IZU BELLOSO, M., *Las garantías del procedimiento administrativo sancionador: reflexiones sobre los órganos instructores*, en *La protección jurídica del ciudadano (Homenaje al Prof. J. González Pérez)*, Tomo I, Madrid, CIVITAS, 1993.

(31) Imprescindible aquí la referencia al notable estudio de AGUADO I CUDOLA, V., *La presunción de certeza en el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, CIVITAS, 1994. Existe también una edición de esta obra en lengua catalana.

tes para la defensa y, finalmente, sin ánimo en absoluto de pretender agotar la lista, el derecho a obtener una decisión final motivada. Es verdad que no todos los derechos que el artículo 24 de la Constitución reconoce pueden invocarse en el Derecho administrativo sancionador (este precepto también cita, entre otros, el derecho al juez predeterminado por la ley y el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas), pero sí, desde luego, su mayor parte y su núcleo fundamental.

Sirva esta somera visión de la norma constitucional para comprender el impacto y relevancia que supone para el Derecho administrativo sancionador. Como habíamos apuntado al principio, el conjunto de consideraciones efectuadas obliga a una profunda renovación.

IV. LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2. El tratamiento legal y reglamentario de las sanciones administrativas

La Constitución como norma jurídica tiene por sí misma la virtualidad necesaria para imponer ella sola la necesaria renovación del Derecho administrativo sancionador (32). Cabe entender también que podría haber bastado la ulterior labor jurisprudencial para delimitar, concretar y desarrollar el alcance de los derechos directamente derivados de la Constitución. Sin embargo, pese a todo ello, no puede asombrar que en un Estado profundamente «legalista» como el nuestro, con el hábito tan arraigado que siempre ha mostrado para producir e inundarnos de leyes hasta la saciedad (en este sentido, se emplea la entrecomillada expresión

(32) No me resisto, en modo alguno, a dejar de mencionar en este punto el extraordinario trabajo del Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma jurídica*. Publicado en diversos lugares con toda justicia en este caso, puesto que constituye un auténtico hito en la consolidación de la doctrina de la fuerza normativa de la Constitución y se trata, por ello, de una pieza imprescindible y prácticamente fundacional para la construcción de nuestro actual Derecho Público, aparece ahora integrado en el volumen *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, CIVITAS, 1981, que ya ha alcanzado tres ediciones, y que ahora sigue avanzando mediante sucesivas reimpresiones (la última, en 1991).

Justamente, como ejemplo de la ya cotidiana aplicación de la fuerza normativa de la Constitución, el citado volumen incluye como Apéndice un caso relacionado con la potestad sancionadora de la Administración: *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional*, trabajo que fue antes publicado en la «Revista española de Derecho administrativo», núm. 29 (1981).

anterior, y no tanto en el de enfatizar el cumplimiento de las normas, donde el celo y las inquietudes observadas resultan mucho menores), el legislador ha terminado interviniendo en la materia que nos ocupa.

a) *La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*

Con carácter general, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dedica íntegramente uno de sus Títulos, el Título IX, a la regulación de las sanciones administrativas (33). Se trata de una opción que ha merecido algunas críticas severas, justificadas parcialmente, por la ambición de desarrollar precisamente un planteamiento tan generalizado como el pretendido. Pero una vez verificada la opción, no puede ahora soslayarse.

A lo que aspira la Ley 30/92 en la materia que nos ocupa es a precisar las condiciones para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y, en este sentido, constituye desde esta perspectiva desarrollo de los artículos 24 y 25 de la Constitución, con base en la jurisprudencia constitucional elaborada a tal efecto. Ahora bien, una vez sentado esto, conviene apresurarse a destacar que lo que, sin embargo, resultaría inadmisiblemente sería la pretensión de erigir al legislador en la «interpretación auténtica» de la Constitución: los derechos constitucionales valen por sí solos y son lo que son, sin que las leyes que los desarrollan puedan mediatizarlos, condicionarlos y, en definitiva, alterarlos bajo ningún concepto.

Al margen, sin embargo, de las críticas de oportunidad que acaban de invocarse y atendiendo ya a su contenido, el Título IX ha de ser objeto en su conjunto de una valoración positiva (34). Se reconoce, por un lado, la

(33) Para la gestación de este Título es recomendable la lectura del artículo de PEMAN GAVIN, J., *La regulación de la potestad sancionadora de la Administración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Notas sobre su tramitación parlamentaria*, en la «Revista de Administración Pública», núm. 132 (1993).

(34) Los sucesivos Comentarios generales dedicados al análisis de la Ley 30/1992, cuya sola cita resultaría imposible por su elevado número, reservan un apartado importante al tratamiento de la regulación de que es objeto la potestad sancionadora y el procedimiento administrativo sancionador. Entre otros estudios, podrían destacarse, dentro de distintas obras colectivas, los trabajos de CHINCHILLA MARÍN, C., en los Comentarios dirigidos por B. PENDAS GARCÍA, Madrid, PRAXIS, 1993; los que MESTRE

singularidad de la figura de las sanciones administrativas, en cuanto se sujetan y se prevén para ellas unas reglas propias y singulares, que no coinciden exactamente con las de los restantes actos administrativos a los que la Ley 30/1992 dedica otro Título, el Título V (son, por lo demás, la única modalidad concreta de actos administrativos que merece una regulación específica, lo que acredita su singularidad). Por otro lado, en segundo lugar, las reglas específicas que para las sanciones administrativas se contemplan encuentran su principal fuente de inspiración en los principios del Derecho penal, lo que, como ya se ha indicado, está en perfecta sintonía con la directriz constitucional establecida en este punto. Es cierto que se introducen algunos matices a la aplicación de tales principios, como no podía ser de otro modo, pero es que también ello tiene el amparo de la directriz constitucional antes indicada.

Dividido el Título IX en dos Capítulos, el objeto de su Capítulo I puede considerarse propiamente el desarrollo del artículo 25 de la Constitución (35). La regulación con carácter general de los aspectos sustanciales de la potestad sancionadora de la Administración representa una novedad radical y absoluta en nuestro ordenamiento jurídico. No había experiencia alguna en este sentido y sólo algunos sectores destacados no poco importantes pero a la postre puntuales y concretos, como el tributario o, en menor medida, el urbanístico, podían invocarse acaso como precedente.

Ahora, con carácter general, se desarrollan, sucesivamente, el principio de legalidad (art. 127), la irretroactividad (art. 128), la tipicidad (art. 129), la responsabilidad (art. 130), la proporcionalidad (art. 131) y la prescripción (art. 132). Debe reconocerse que abundan defectos técnicos de notable importancia (36). Pero acaso puedan pasar por pecados

DELGADO, J. F. y yo mismo aportamos a los Comentarios dirigidos por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, Madrid, TECNOS, 1993; los que GARCÍA MANZANO, P., incluye en los dirigidos por J. A. SANTAMARÍA, L. COSCULLUELA, A. BLASCO y A. JIMÉNEZ BLANCO, Madrid, CARPERI, 1993; así como los de DE PALMA DEL TESO, A. y VADRI, T., en los que dirige J. TORNOS MAS, Barcelona, BOSCH, 1994. Igualmente, conviene mencionar las consideraciones efectuadas sobre el tema que nos ocupa en los Comentarios a la Ley 30/1992 que resultan obra personal de PARADA VÁZQUEZ, J. R., Madrid, M. PONS, 1993, y de GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., Madrid, 1993 (hay 2.ª edición de esta obra).

(35) Para un análisis más profundo del contenido de este Capítulo I que el efectuado a continuación en el texto, son de utilidad los distintos trabajos enunciados en la nota precedente.

(36) Por ejemplo, el principio de legalidad parece, en principio, limitarse sólo a asegurar la cobertura legal de la competencia sancionadora (art. 127). Más adelante, se

originales producto de constituir la primera experiencia en este sentido, es de esperar que con la aplicación de estas disposiciones, la jurisprudencia contribuya, como ha ocurrido con muchas otras leyes, a pulir tales defectos y aliviar los problemas que inicialmente suscita la nueva regulación.

Por lo que respecta al Capítulo II, referido al procedimiento sancionador, no son menos importantes las novedades y los problemas que pueden provocar pueden llegar a ser aún más graves en este caso (37). Ciertamente, conviene matizar que no constituye novedad alguna el objeto propio de la regulación, esto es, el diseño de un procedimiento sancionador con carácter general. Ya lo hacía la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (arts. 133 y ss.). La novedad en este caso reside en el enfoque con que el procedimiento se contempla, ya que ahora, en lugar de preverse un procedimiento articulado y completo en sus diversas fases, la Ley se limita a prever los principios básicos del procedimiento sancionador.

Se invoca la doctrina constitucional como pretexto y justificación de este cambio de enfoque: el procedimiento es una cuestión adjetiva y va por ello siempre asociada a una determinada materia. De este modo, a quien corresponde la competencia sustantiva, corresponde constitucionalmente también la competencia sobre el procedimiento. En principio, así, pues, el Estado regula sus propios procedimientos en relación con las materias de su competencia y las Comunidades Autónomas y Administraciones locales los suyos propios. Con base en el artículo 149.1.18 de la Constitución, todo lo más, el Estado puede establecer a lo sumo los principios básicos del procedimiento administrativo.

Es dudosa esta interpretación que ha recibido no pocas críticas, pero en todo caso los problemas que se plantean con ella son graves. Transitoriamente, podría haberse producido una situación de vacío normativo:

extiende a su campo natural, esto es, los aspectos relativos a las infracciones y sanciones, pero ello se hace ya bajo la cobertura de la tipicidad (art. 129), donde, en cambio, no se efectúa la menor precisión sobre lo que constituye el núcleo esencial de ésta. Por otro lado, la responsabilidad (art. 130) constituye un claro intento por evitar el empleo de la expresión técnica más adecuada para el caso, esto es, la culpabilidad, quizá por las implicaciones que ésta conlleva. Finalmente, la regulación de la proporcionalidad y la fijación de los criterios para ponderar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (art. 131) resulta claramente insuficiente.

(37) Lo mismo que en relación con el Capítulo I, valga la remisión a los estudios incluidos en los diversos Comentarios indicados en la nota 34 de este trabajo, para encontrar un tratamiento más detenido y pormenorizado de las disposiciones que se contienen en el Capítulo II, que ahora se comenta en el texto.

la Ley nueva reemplaza sin más a la antigua y es insusceptible de articular por sí sola un procedimiento completo a partir de unos escasos principios, por lo que surge el problema del mecanismo o la vía por la que sancionar a fin de no dejar desarmada a la Administración. Felizmente, el peligro enunciado, verdadero y real, pudo conjurarse con la aprobación de un reglamento, al que inmediatamente habremos de referirnos, dentro del plazo de adecuación, previsto inicialmente por la Ley y extendido después por un posterior Decreto-Ley, que la propia Ley contemplaba para poder ajustarse y hacer realmente efectivas sus determinaciones.

En cualquier caso, más allá de este problema, lo verdaderamente grave es que con la mera enunciación de unos principios básicos y la habilitación a todas las Administraciones Públicas para que establezcan sus propios procedimientos, el resultado es una extraordinaria dispersión y un conjunto normativo caótico que, desde luego, resulta del todo imposible poder conocer en toda su extensión; se ha producido así lo que, en feliz expresión, se ha dado en denominar el «Big-Bang» del procedimiento administrativo sancionador (38).

Dejando aparte estas consideraciones generales, en cuanto a los principios procedimentales reconocidos por la Ley, se regulan, sucesivamente, el derecho al procedimiento con la importante separación entre las fases de instrucción y resolución (art. 133), los derechos del imputado que se reducen a dos, sin perjuicio de los generales que asisten al ciudadano en todo procedimiento administrativo (art. 134), las medidas provisionales (art. 135), el derecho la presunción de inocencia que obliga a matizar el valor jurídico y alcance de las actas de inspección (art. 136) y, finalmente, la resolución sancionadora, con expresa indicación de sus requisitos elementales y de su fuerza ejecutiva (art. 137). En este Capítulo, desde luego, la regulación resulta más segura, aunque cabe criticar también la parquedad de los principios formulados y, por encima de todo, la interpretación que ha terminado prevaleciendo, ya suficientemente resaltada, sobre las limitadas posibilidades de intervención del Estado en materia de procedimiento, lo que irremediablemente lleva a la fragmentación antes denunciada.

(38) Tomo la expresión de GONZÁLEZ NAVARRO, F., que con esta rúbrica inicia uno de los Capítulos del libro escrito en colaboración con González Pérez, J., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, CIVITAS, 1994, pp. 1307 y ss. Se cita esta obra por su 2.ª edición. También el citado Capítulo está publicado aparte, *El «Big-Bang» del procedimiento administrativo sancionador común*, en la «Revista española de Derecho administrativo», núm. 77 (1993).

- b) *El Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora*

Dicha fragmentación no va a poder evitarla, en absoluto, el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora a que antes se hizo referencia, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (39). El referido Reglamento introduce un procedimiento completo totalmente perfilado en sus diversas fases, incluso, añade un procedimiento más simplificado para las infracciones leves, pero, como el propio Reglamento reconoce al precisar su ámbito de aplicación, actúa sólo con carácter subsidiario respecto de las Administraciones Autonómicas y Locales (distintas del Estado). Sólo, por tanto, una prudente remisión de éstas, lo que no ha sido siempre el caso, habría evitado la dispersión. De ahí la crítica recibida por el Reglamento (40), que más bien merece, sin embargo, la Ley de la que aquél trae su causa, como ya hemos notado. En cualquier caso, también hay que decir que, a la hora de la verdad, las Comunidades Autónomas al desplegar sus competencias en esa materia y regular sus propios procedimientos sancionadores, se han caracterizado por proceder a la copia mimética de la normativa reglamentaria del Estado (41); por lo que, siquiera sea por esta vía inesperada e indirecta, algunos de los problemas antes expuestos han podido aliviarse.

Merece la pena, en consecuencia, detenerse por un instante en el procedimiento previsto en el Reglamento del Estado. Se descompone éste en diversas fases: iniciado mediante providencia y acordada su incoación, en ésta se designa instructor y se adoptan también las medidas provisionales que procedan en su caso. La incoación ha de contener

(39) Sobre esta norma, es de mucha utilidad el libro de GARBERI LLOBREGAT, J., *Comentarios al Título IX de la Ley 30/1992 y al Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1398/1993)*, Valencia, TIRANT LO BLANCH, 1994.

(40) Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La problemática puesta en aplicación de la LRJPAC. El caso del RD 1398/93, de 4 de agosto, que aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora*, trabajo publicado en la «Revista española de Derecho administrativo», núm. 80 (1993).

(41) Que nos conste, Cataluña, Baleares, Madrid, Asturias y Extremadura son las Comunidades Autónomas que han establecido sus propios procedimientos en esta materia. Sus textos respectivos pueden consultarse en TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. y AGUADO I CUDOLA, V., *Derecho administrativo sancionador: materiales*, citado en la nota 1 de este trabajo.

igualmente los términos concretos de la acusación que se formula, y frente a ella cabe formular alegaciones dentro de un plazo conferido a tal efecto y asimismo, proponer las pruebas que se consideren pertinentes. Culminada la instrucción para esclarecer los hechos, sea a partir de las pruebas practicadas a instancia de parte, o bien de oficio, se procede a renglón seguido el trámite de audiencia y vista del expediente, tras lo cual se eleva por el instructor la propuesta de sanción que considere pertinente para el caso. A ello sigue la resolución, salvo que se considere necesario practicar nuevas diligencias, o bien se pretenda alterar el sentido de la propuesta efectuada por el instructor, en cuyo caso procede otorgar un plazo adicional para efectuar nuevas alegaciones.

Resulta de esta regulación que el nuevo procedimiento se caracteriza esencialmente por: a) mantener la separación entre las autoridades intervinientes (no obstante, algún matiz no poco importante conviene resaltar: al desaparecer como trámite específico el pliego de cargos y absorberse en la incoación, es ahora esta autoridad y no el instructor el que formula los términos de la acusación); b) simplificar y agilizar los diversos trámites que lo integran (hasta el punto de que si no se producen alegaciones por el particular afectado, la incoación opera como propuesta de resolución); c) asegurar su pronta terminación, en cuanto se fija un plazo máximo, estricto y taxativo para ello; y d) introducir alguna garantía novedosa, como puede ser el trámite de vista al expediente o la necesidad antes apuntada de proceder a una audiencia adicional si al acordar la sanción pretende alterarse el sentido de la propuesta de resolución efectuada por el instructor.

Al margen de ello, conviene señalar también que el Reglamento no se limita meramente a establecer el procedimiento sancionador. Dividido en cinco Capítulos, es cierto que los Capítulos II, III, IV y V sí que se dedican a regular, respectivamente, la iniciación, instrucción y resolución del procedimiento, así como el procedimiento simplificado para las infracciones leves. Sin embargo, el Capítulo I está integrado por un bloque de disposiciones generales (arts. 1 a 10), caracterizado justamente por su heterogeneidad y que es producto de una serie de razones de diverso signo. En algunos casos, se incorporan aspectos novedosos, como la regulación del pago voluntario (art. 8), pero en muchos otros lo que se pretende más bien es tratar de aclarar extremos sobre los que permanecía alguna sombra de duda a partir de la Ley, como la regulación de la concurrencia de sanciones (art. 5) y la vinculación del orden jurisdiccional penal (art. 7); o bien, incluso, y esto resulta ya técnica-

mente más dudoso, se busca matizar el alcance de algunas previsiones legales que la práctica había revelado como disfuncionales: así, la rígida determinación legal de los órganos competentes para sancionar pretende ahora superarse con la generosa admisión de la técnica de la desconcentración de funciones (art. 10). Con todo, donde las matizaciones han merecido una crítica particularmente severa, ha sido con motivo del reconocimiento de la idoneidad de las ordenanzas locales como instrumento para tipificar infracciones (artículos 1 y 2). En fin, de la heterogeneidad que acusa este bloque de disposiciones, el mejor botón de muestra quizá sea el artículo 4 (42).

V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES A PROPÓSITO DE LA RENOVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La renovación del Derecho administrativo sancionador ha sido seguida muy de cerca y hasta impulsada, como hemos tenido ocasión de evocar en este estudio, por nuestra misma doctrina, que ha dedicado en los últimos quince años una atención especialísima a este sector del Derecho. Lo escrito sobre él en este período más bien breve rebasa inequívocamente todo lo que se llevaba hecho con anterioridad. Como causa última de esta renovación, también se ha podido constatar, está, sin duda, la Constitución española de 1978 por lo que hace a nuestro país, que, además, ha implicado claramente a la jurisprudencia en esta tarea renovadora y hasta a la propia legislación, que normalmente quedaba más bien al margen.

Quizá inicialmente no se advirtiera la envergadura del cambio y la tremenda y profunda transformación que la Norma Fundamental llevaba

(42) Bajo la rúbrica «régimen, aplicación y eficacia de las sanciones administrativas», se preve un dispar conjunto de determinaciones, desde la prohibición de sancionar por infracciones no consumadas, frustradas o en vía de tentativa, hasta el reconocimiento de la retroactividad de la ley penal más favorable, desde la posibilidad de compensar las sanciones con las medidas provisionales impuestas con anterioridad, hasta la remisión condicional de la sanción, desde la previsión de la aplicación de la sanción en su grado mínimo por la inexistencia de circunstancias concurrentes, hasta la aplicación del grado máximo si de la comisión de una infracción derivan necesariamente otras; y, en fin, se preve la figura del ilícito continuado, aunque se acompaña con una cláusula de incierto alcance, pues no cabe iniciar nuevos procedimientos sancionadores, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora con carácter ejecutivo, lo que, leído así, puede servir de cobertura para amparar una cierta e intolerable impunidad.

en su germen e iba a impulsar, pero lo cierto es que al cabo de los pocos años el panorama en el Derecho administrativo sancionador ha dado sin hipérbole un vuelco espectacular de ciento ochenta grados.

Dentro ya de la propia Constitución, la causa inmediata y directa determinante del cambio reside en su directriz básica en esta materia, que también hemos podido destacar suficientemente en este estudio, a saber, que a las sanciones administrativas les son aplicables los mismos principios que a las sanciones penales y que ambas, unas y otras, forman parte del mismo «ius puniendi» del Estado. La virtual fuerza expansiva de esta directriz constitucional, tempranamente enunciada por el Tribunal Constitucional y con todo acierto, por lo demás, sobre la base de la jurisprudencia previamente acuñada por el Tribunal Supremo, ha podido también quedar sobradamente confirmada en estas líneas.

Llegados a este punto, y tras los cambios operados a resultas de la Constitución, la situación parecía propicia para abrir un compás de espera y para que después de tanta convulsión el sosiego llegara y se apoderara del Derecho administrativo sancionador. Quizá, por esa razón, si bien las sanciones administrativas vinieron ocupando el centro de mi atención durante mucho tiempo, es verdad que en los últimos años, al menos, desde 1993, prácticamente no había vuelto sobre ellas. Y es que, una vez afirmados con carácter general los principios constitucionales aplicables a las sanciones administrativas y concretados, además, tales principios a través de sucesivas leyes y reglamentos con pretensiones también de validez general, la calma parecía haber llegado efectivamente al Derecho administrativo sancionador, al menos, en sus planteamientos generales.

Sin embargo, es lo cierto que, recientemente, y sin duda espolcados o alertados por la envergadura de los cambios producidos, parecen volver las aguas a correr revueltas, incluso, a soplar vientos de cambio, quizá tibios aún. Concretamente, parece comenzar a emerger entre nosotros una reacción y a instalarse una cierta conciencia de que quizá se haya avanzado excesivamente rápido en los últimos tiempos. La defensa a veces radical de la aplicación de los principios penales a las sanciones administrativas ha llevado las cosas demasiado lejos desde dicha perspectiva. Y, por eso, se postula no ya sólo ralentizar el curso por el que los acontecimientos parecen precipitarse, sino incluso replegarse y volver atrás sobre nuestros pasos, cuando menos, en determinados planteamientos. En esta circunstancia, quizá valga la pena no ya sólo dar cuenta del actual estado de cosas como ha sido nuestra pretensión hasta

ahora, sino también participar en el debate de alguna manera y tratar de aportar alguna idea en el desarrollo del mismo.

En nuestra opinión, la asimilación entre las sanciones administrativas y las penales ha de ser mantenida y defendida como criterio esencial; o, lo que es lo mismo, la identidad sustancial entre ambas figuras. No representa esto novedad alguna respecto de nuestras reflexiones anteriores, puesto que así nos hemos pronunciado siempre, aunque quizá sí convenga ahora, en este momento, reiterar nuestra posición.

A dos métodos de análisis cabe acudir normalmente para defender un determinado planteamiento. El sucesivo empleo de los métodos deductivo e inductivo, en nuestra monografía particularmente dedicada a este tema, nos deparaba la misma conclusión. Examinadas a través de sus elementos esenciales, podían descubrirse desde una perspectiva dogmática los principios penales como los idóneos para las sanciones administrativas (43). E, igualmente, el examen del Derecho positivo, sea el de nuestro propio ordenamiento jurídico, sea el de los ordenamientos de los países de nuestro entorno, también permitía inferir que los principios provenientes del Derecho penal inspiran la regulación de las sanciones administrativas vigente en tales países (44).

Pues bien, hoy, años después, hemos de ratificarnos en estas mismas opiniones, y ello bajo los dos mismos puntos de vista. Por un lado, desde la perspectiva dogmática, observamos que las consecuencias que se anudan a cualquier género de incumplimiento son dos fundamentales: la pena y el resarcimiento (45). Frente a lo que caracteriza a la primera que conlleva un «plus», esto es, un agravamiento de la situación jurídica inicial del infractor, el segundo postula a la postre una restitución, una

(43) SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, cit., en especial, pp. 51 y ss. Entre otros argumentos, conviene recordar aquí que la posición de la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora no diverge esencialmente de la del juez, puesto que, en definitiva, su función reside en constatar si unos hechos pueden o no ser subsumidos en una determinada infracción, lo mismo que aquél, y la imparcialidad más estricta ha de presidir su actuación en el momento de practicar el enjuiciamiento.

(44) SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, cit., en especial, pp. 111 y ss. El análisis a la sazón efectuado era particularmente minucioso en los casos específicos de Alemania e Italia, por cuanto que éstos eran los países donde el Derecho administrativo sancionador había alcanzado un mayor desarrollo.

(45) Por todos, puede consultarse el extraordinario trabajo de teoría general del Derecho salido de la pluma de GUASP DELGADO, J., *Derecho*, Madrid, GRAFICAS HERGON, 1971, particularmente concluyente en el aspecto expuesto en el texto, donde también converge, por otra parte, la teoría general del negocio jurídico, que destaca asimismo como fundamentales las dos consecuencias apuntadas.

vuelta o recuperación de la situación preexistente. En el ámbito de los supraconceptos a los que a la postre son reconducibles las instituciones que integran nuestro ordenamiento jurídico (46), no hay otras consecuencias frente a la realización de un ilícito de cualquier naturaleza (civil, penal) que las señaladas.

La pena y el resarcimiento atienden a una lógica diversa y por lo mismo reclaman la aplicación de unos principios también diversos: respectivamente, civiles, en el primer caso; penales, en el segundo. Por lo expuesto, de lo que se trata es de determinar, en última instancia, a qué categoría han de reconducirse las sanciones administrativas. Así las cosas, sin duda, al menos, en nuestra opinión, éstas parecen acomodarse mejor a la primera de las enunciadas.

Por otro lado, y cambiando de métodos, en el plano del Derecho positivo vigente, cabe constatar que más allá de las experiencias que hasta ahora ha proporcionado el Derecho comparado, es imprescindible en los tiempos que corren acudir al Derecho internacional y supranacional. Por el vertiginoso avance que éstos han registrado, van adquiriendo cada vez mayor importancia y ganando espacio, desde luego, en el ámbito europeo y comunitario. Pues bien, tales ordenamientos, al margen de las diferentes influencias que pueden recibir de los países que participan en su gestación, apuntan también en la misma dirección de postular para las sanciones administrativas la aplicación de los principios provenientes del Derecho penal.

Creemos que el conjunto de indicadores ofrecidos arroja bastante luz. Desde luego, la apelación a los principios penales proporciona mayor seguridad como punto de partida, que tratar de reivindicar para las sanciones administrativas unos principios distintos, que no se sabe exactamente cuáles son, ni nadie sabe bien dónde buscar, con base en una esencial diversidad entre sanciones administrativas y penales que, por lo demás, rompería la unidad del «ius puniendi» del Estado y que recortaría las posibilidades de la política legislativa en materia penalizadora.

Otra cosa muy diferente es, en cambio, discutir el alcance concreto de los principios penales y determinar los innegables matices que han de

(46) La doctrina de los supraconceptos o de los «Oberbegriffe» fue objeto de especial tratamiento por MARTÍN-RETORTILLO, S., en su monografía *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, GARCÍA OVIEDO, 1960. Un excelente trabajo que felizmente acaba de reeditarse (la 2.ª edición es de este año y CIVITAS se ha encargado de ella), porque la lejanía en el tiempo hacía ya prácticamente inaccesible un trabajo que no por ello había perdido un ápice su valor.

acompañar a las sanciones administrativas. La aplicación íntegra e indiscriminada de los principios penales no es defendible, y las diferencias son palmarias, como también lo son, y aún pueden serlo más, en el interior del propio Derecho penal (asimismo, lo son igualmente en el interior del propio Derecho administrativo sancionador, como sucede con el Derecho disciplinario). Pero lo que resulta más difícil es discutir los principios nucleares y, en cualquier caso, la directriz constitucional que marca el punto de partida del Derecho administrativo sancionador y que ha llevado a su completa renovación, frente a la presunta autonomía de este Derecho y la existencia de unos principios propios y específicos.

LA INTERCEPTACIÓN LEGAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

Por Manuel Manzano Sousa
Tte. Col. Guardia Civil
Licenciado en Derecho

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. MOTIVACIONES, LIMITACIONES Y ESQUEMA DEL TRABAJO.—III. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS LEGISLACIONES EN LA U.E. A. VISION DE CONJUNTO. B. EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL. 1. Régimen jurídico nacional: ¿concentrado o frustrado? 2. Los puntos candentes. a) Confusión de términos en los límite objetivos. b) Falsa distinción de sujetos pasivos y ausencia de presupuestos. c) De otras omisiones varias. 3. Conclusión anticipada.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTERCEPTACIÓN LEGAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA U.E. A.-EN GENERAL. 1. Derecho comparado. 2. Derecho español. B.-EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORDINARIA. 1. En el momento de la prescripción. a) Presupuestos. a') Derecho comparado. a'') Derecho español. b) La reserva jurisdiccional o administrativa: ¿Quién la ordena? b') Derecho comparado. b'') Derecho español. c) Motivación de la medida. c') Derecho comparado. c'') Derecho español. d) Sujetos pasivos. d') Derecho comparado. d'') Derecho español. 2. Control en fase de ejecución. a) Requisitos en tiempo. a') Derecho comparado. a'') Derecho español. b) Requisitos en forma. b') Derecho comparado. b'') Derecho español. b'') Debate sobre la participación policial. 3. Control a posteriori. a) La notificación al interesado. a') Derecho comparado. a'') Derecho español. b) Órganos de apelación. b') Derecho comparado. b'') Derecho español. c) Depósito y destrucción de las grabaciones. c') Derecho comparado. c'') Derecho español. C.-EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA O DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO. 1. Características y justificación de su existencia. 2. Generalidades sobre los regímenes especiales existentes. 3. Estudio de detalle. a) En el momento de la prescripción. b) Control en fase de ejecución. c) Control a posteriori. 4. Breve consideración de aplicación en el caso español. 5. Interceptaciones extraordinarias, sin sujeción a control. D.-RÉGIMEN DE LOS EXPLOTADORES DE REDES O DE LOS PROCEEDORES DE SERVICIOS. 1. La obligación jurídica de colaboración o asistencia técnica. a) Derecho comparado. b) Derecho español. 2. Problemas específicos derivados de la interceptación en los sistemas de comunicación. a) Sistemas de telefonía en servicio: a') De red fija. a'') Terrestre móvil analógica. a''') Terrestre móvil digital. a''') Telefonía móvil por satélites. b) Problemas técnicos. c) Problemas de jurisdicción.—V. RESUMEN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Se refiere en la prensa con sentido muy atinado, sobre este asunto de relevante actualidad, que: «el espacio radioeléctrico está lleno de información. Todo es cuestión de saber captarla». Es toda una incitación para entrar en materia.

Nos encontramos en pleno auge del desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones. Poco más de cien años nos separan desde que Alexander Graham Bell (1876) puso en contacto a dos personas, separadas entre sí por tres kilómetros, a través de una línea eléctrica. En plena era de los satélites de telecomunicaciones (el primero: Telstar, 1952) la tradicional conversación por hilo se ve notablemente superada. Los medios de transmisión han escalado desde el rudimentario hilo de cobre pasando por las ondas radioeléctricas, hasta los satélites espaciales. Los tipos de información se han diversificado: sonido, imágenes, datos, etc. En este momento, en España comienza a expandirse la telefonía móvil o inalámbrica. En la mayor parte de los países de la Unión Europea y en el nuestro, a partir de este año (1995), la modalidad digital (codificada) es un hecho habitual en las comunicaciones privadas. Los avances en este campo son de tal dimensión que la versatilidad de los medios al servicio de los abonados asegura la fidelidad, el alcance, la seguridad y, sobre todo, la confidencialidad.

Son fenómenos excesivamente ventajosos para no ser instrumentalizados por la delincuencia, en particular la organizada, que obtiene de tales cualidades de la telecomunicación actual el provecho para rentabilizar la planificación y consecución de sus fines, obviamente ilícitos.

La utilización de estos nuevos y avanzados métodos para lograr el concierto de voluntades en la perpetración del delito, pone en jaque una vez más al Estado de Derecho. Una vez más éste se encuentra en un conflicto de intereses: de un lado debe garantizar el secreto de las comunicaciones privadas, y de otro debe permitir la injerencia en tal derecho, con el debido control, a los fines de la defensa de los intereses generales en la investigación del delito, o incluso de su propia estabilidad democrática.

No todos los países, en el concierto de la Unión Europea, han respondido y responden de igual forma al reto planteado. Sin embargo, la presencia de la delincuencia internacional en estos ámbitos es un presupuesto ya antiguo. Precisamente este tipo de organizaciones delictivas tienen un fácil acceso a la moderna tecnología por su gran poder econó-

mico. La lucha contra el crimen organizado no conoce fronteras. Allí donde la legislación sea más difusa o permisiva, se constituirán las transgresiones con mayor profusión. Todas las policías europeas, conscientes de su misión, necesitan de los cauces legales que posibiliten las excepciones del derecho al secreto de las telecomunicaciones privadas entre ciudadanos.

Para los cuerpos policiales es preciso alcanzar el máximo aprovechamiento de las autorizaciones que, respecto a sus limitaciones legales, habilitan las interceptaciones en orden a conseguir ventajas investigativas y/o la obtención de fuentes de prueba, para el esclarecimiento de los delitos e identificación de sus autores. Criterios de armonización, por consiguiente, deben presidir la regulación en esta materia para lograr el éxito, sin diferencias sustanciales que la hagan depender de la legislación del país origen de la llamada, país receptor de la misma, del operador de red, concesionario de los servicios, nacionalidad del satélite, etc.

Como puede observarse, el tema en cuestión mantiene una «envoltura» jurídica con un núcleo eminentemente técnico. El derecho comunitario avanza en la normalización de la información de las telecomunicaciones y sus equipos; así como en el establecimiento del mercado interior de servicios (1). Lo cual, una vez incorporado al derecho interno, facilitará la regulación del componente técnico-administrativo del

(1) Son ejemplo de ello: la Directiva del Consejo de 24 de julio de 1986 (L 217/21) relativa a la primera etapa del reconocimiento mutuo de la homologación de equipos terminales de telecomunicaciones. Directivas de la Comisión, de 18 de mayo de 1988 (L 131/73) y de 28 de junio de 1990 (L 192/10) relativas a la competencia en los mercados de terminales de comunicaciones. Directiva del Consejo, de 28 de junio de 1990 (L 192/1) relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones. Directiva del Consejo, de 29 de abril de 1991 (L 128/1), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos terminales de comunicación. Recomendación del Consejo (87/371), de 25 de junio de 1987 relativa a la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas panaeuropeas en la Comunidad (D.O. L. 196.17.07.87, pág. 81); y Resolución del Consejo de 14 de diciembre de 1990 (D.O. C. 329.31.12.90, pág. 25) sobre el mismo asunto anterior. Directiva del Consejo (91/287 y 91/288), de 3 de junio de 1991 sobre bandas de frecuencias que deben asignarse para la introducción coordinada de las telecomunicaciones digitales europeas sin hilo (DECT) en la Comunidad (L. 141.08.06.91, pág. 47). Directiva (93/97) del Consejo, de 29 de octubre de 1993 por la que se complementa la Directiva 91/263 sobre equipos de estaciones terrenas de comunicaciones por satélite (D.O. C. 290.24.11.93, pág. 1). Decisiones de la Comisión (94/11 y 94/12), de 21 de diciembre de 1993 sobre reglamentación técnica común para los requisitos generales de conexión de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas panaeuropeas (D.O. L. 008.12.01.94, págs. 20 y ss.).

problema jurídico en su conjunto. Pero resulta extraordinariamente importante, sobre todo desde el punto de vista de su traducción práctica, abordar las posibilidades de llevar a cabo la interceptación legal de las telecomunicaciones, conociendo las limitaciones legales del Estado destinatario de nuestra demanda, según la competencia jurisdiccional reconocida de antemano.

En torno a ella va a girar este trabajo que confío nos permitirá, amén de conocer el derecho aplicable en este aspecto de los países de la Unión Europea, evaluar, en consecuencia, el propio derecho nacional disponiendo de las ventajas que proporciona el conocimiento de los avances legales de interés policial para la constitución de un frente equilibrado y común en el empleo de este medio de investigación particularmente técnico.

II. MOTIVACIONES, LIMITACIONES Y ESQUEMA DEL TRABAJO

Existen en la actualidad magníficas obras de carácter jurídico sobre las interceptaciones telefónicas en el ámbito nacional tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal. Por su profundidad y autorizada opinión deben ser consultadas con prioridad. No se trata, por tanto, de emularlas vanamente, sino de ofrecer aquí un punto de vista jurídico-policial de la legislación procesal nacional respecto de la vigente en países de la U.E., ofreciéndose los comentarios consecuentes. La evolución tecnológica apremia en los países más desarrollados a tomar las iniciativas legislativas necesarias para mantener a los cuerpos policiales encargados de aplicarlas en condiciones ventajosas o, por lo menos, competitivas.

Ello se considera de interés, pues estamos convencidos de que la implantación del sistema digital G.S.M. (*Global System for Mobiles communications*) de telefonía móvil en España, ya operativo, pondrá en contacto a corresponsales-abonados de distintos países con una frecuencia inusitada. La delincuencia de medio y alto nivel rentabilizará el intercambio de información bajo cotas de seguridad insospechadas.

Las interceptaciones por vía de comisiones rogatorias proliferarán y, sin embargo, las legislaciones respectivas no están precisamente armonizadas. Ya se han detectado avances y progresos en determinados países a raíz de condenas del Tribunal de Estrasburgo. Nuestra situación

sobre la previsión legal que desarrolle el derecho fundamental (art. 183 C.E.) del secreto a las comunicaciones y las excepciones legales, es sencillamente insostenible. Creo que una mirada al exterior nos será muy provechosa. Por tanto —como se dice—, el eje director del estudio estará siempre orientado al ámbito procesal y, dentro de él, aquel en el que la intervención de la Policía Judicial esté interesada en conocer el camino a seguir en la instrumentalización de esta medida en la investigación del delito (2).

El *esquema* del trabajo se basa en los criterios de análisis aportados por el Juez Louis-Edmond Pettiti (T.E.D.H.) en su voto particular coincidente en el *Caso Malone* (S/2 de agosto de 1984). Dicha Autoridad judicial estima muy conveniente la distinción entre las escuchas permitidas bajo reserva jurisdiccional y las que se autoricen bajo régimen administrativo (3).

Nos encontramos, por tanto, con dos regímenes jurídicos diferenciados que han sido adoptados o no por los distintos países. Su consideración nos ofrece el siguiente orden para el estudio del régimen jurídico de la interceptación legal de las telecomunicaciones en la U.E. (IV):

- A) En general.
- B) En el marco de la delincuencia ordinaria.
- C) En el marco de la delincuencia organizada o de la seguridad del Estado.

Completaremos estos apartados con una somera mención a los aspectos tecnológicos en el proceso de evolución de la telefonía en España y su repercusión respecto de la ordenación de las interceptaciones legales en el seno de los explotadores de redes o servicios (D).

En cada régimen diferenciado se seguirá el orden cronológico común a la adopción de la medida, indicado además, en líneas generales, por la Sentencia de 6 de septiembre de 1978 del T.E.D.H. Así se estima conveniente que: «La vigilancia puede sufrir un control en tres niveles:

(2) Por este motivo, no entraremos en consideraciones que impliquen situaciones constitucionales excepcionales, o en el régimen normal de carácter sustantivo (arts. 192 bis y 497 bis C.P.) o de ámbitos especiales o restringidos, como el propio de la jurisdicción militar (L.O. 2/89, de 13 de abril, art. 188, competencia del Juez Togado militar para acordar la intervención telefónica), o bien reducidos al Régimen Penitenciario (art. 51, L.O. General Penitenciaria, 1/79 y arts. 89 y siguientes del Reglamento R.D. 120/1981, de 8 de mayo), o de otros que nos alejen de la motivación expuesta.

(3) Ver S/T.E.D.H., de 2 de agosto de 1984. *Caso Malone*. Boletín de Jurisprudencia Constitucional n.º 64-65 Agosto-Sep. 1986, págs. 1081 y ss.

cuando se ordena, mientras es desarrollada y después, cuando ella cesa o control *a posteriori* (pfo. 55) (4).

Para entrar en mejor disposición en los sectores propuestos veamos, previamente y a continuación (III), la situación actual de las legislaciones europeas en una visión de conjunto, con especial atención a la realidad española, con mención de sus principales aspectos más debatidos.

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS LEGISLACIONES EUROPEAS

A. VISIÓN DE CONJUNTO

Tomemos como base la consideración común a todos los países, que supone la irrupción de la interceptación legal de las telecomunicaciones como acto de investigación y posible medio de prueba en el proceso penal y, en consecuencia, de las innovaciones subsiguientes originadas en los cuerpos legales nacionales.

El punto de partida, galvanizador de las reformas legales, bien puede decirse que reside en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así puede afirmarse, dado que con motivo de la denuncia ante este Tribunal de particulares, por violación del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), se ha propiciado la revisión de la legislación nacional cuestionada en el caso. En efecto, así resulta del *Caso Klass y otros* contra la **República Federal de Alemania**. Aunque, precisamente aquí, el examen de la ley entonces vigente G.10, de 13 de agosto de 1968, que desarrolla el art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn (5), so-

(4) Ver. S/T.E.D.H. de 6 de septiembre de 1978. «Caso Klass y otros». *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 30, oct. 1983, pág. 1199 y ss.

(5) El art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, dice así:

1) Son inviolables el secreto de la correspondencia, así como el de las comunicaciones ppstales y el de las telecomunicaciones.

2) Las restricciones correspondientes no podrán disponerse más que en virtud de una ley. En el caso de que la restricción tenga como fin proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Estado, la ley podrá determinar que la restricción no se comunique al afectado y que la vía judicial sea sustituida por un control a cargo de órganos estatales y auxiliares designados por la representación popular.

Este apartado 2 del artículo 10 está redactado de acuerdo con la revisión constitucional de 24 de junio de 1968, basado en la cual se redactó la Ley G.10, de 13 de agosto de 1968. Tanto la revisión constitucional como la Ley G.10, fueron objeto de impug-

bre limitación del secreto de las comunicaciones, fue declarada conforme a las previsiones del Convenio. Sin embargo, la legislación alemana, en este campo, no ha cesado de acomodarse a las más estrictas exigencias que el respeto y control de la injerencia en el derecho fundamental comporta. De esta forma, en un oportuno e incesante ejercicio de actividad legislativa, se mantiene el Código Procesal Penal (StPO) en perfecto estado de actualidad. Así, sucesivas leyes, desde 8 de junio de 1989, hasta la de 28 de octubre de 1994, mantienen los párrafos §100 a.-100d. y 101 como una expresión viva del régimen jurídico de interceptación de las telecomunicaciones. Se distinguen, por tanto, desde el propio art. 10.2 de la Ley Fundamental, dos regímenes que coexisten en su vigencia y cuya distinción viene dada, bajo la tutela constitucional, por la necesidad de defender el Estado de Derecho democrático Federal o de un Estado, en particular, en un primer caso. Y, en segundo término, un régimen procesal típico para el descubrimiento, acreditación y sanción de delitos comunes.

No ocurrió lo mismo en la demanda de James Malone contra el **Reino Unido** (*Caso Malone*), cuyo motivo de recurso fue en exclusiva la violación del secreto de las conversaciones telefónicas y la imposibilidad de recurrir el fallo interno del Juez Sir Robert Megarry, Vicepresidente de la *Chancery Division High Court*, en Sentencia de 28 de febrero de 1979. No obstante el reconocimiento expreso del Reino Unido como Estado parte contratante o signatario (art. 1 del Convenio) en favor de las personas y los derechos que les atañen, el juez nacional desestimó la demanda al no encontrarse positivado el derecho al secreto de las comunicaciones en el *Bill of Rights* o *statute law*. El Parlamento de Westminster no se había pronunciado de forma expresa sobre la incorporación del texto internacional al derecho interno.

Por todo ello el Tribunal de Estrasburgo llegó a la conclusión de que en el Derecho inglés y galés no se cumplía la previsión legal que permitía la injerencia de la autoridad pública en el derecho de los ciudadanos, a decir del art. 8.2 del Convenio, fallando por unanimidad de sus trece jueces que éste se había violado, en este punto. Así que, con posterioridad al fallo del Tribunal, el Parlamento británico aprobó la *Interception*

nación ante el Tribunal Constitucional Federal, recurso resuelto por sentencia de 15 de diciembre de 1970. Se encontraron conformes a la Constitución ambas, excepto el § 5(5) de la Ley G.10 sobre la notificación al interesado que podrá diferirse a «cuanto pueda excluirse todo peligro para el fin de la limitación» (redactado según ley de 13 de septiembre de 1978).

of *Communications Act*, norma sancionada por la Reina el 25 de junio de 1985, y en cuya elaboración se ha tenido en cuenta el pronunciamiento del T.E.D.H. en el *caso Malone*.

La nota principal del sistema británico es su carácter administrativo, en cuanto a la Autoridad competente para ordenar la medida, objeto de la misma, finalidad, etc. Tanto es así que se utiliza casi exclusivamente para ayudar a la policía en sus investigaciones, y nunca como medio de prueba. (Sec. 9. *Exclusion of evidente*). Unido esto a un control, todo tiempo, de la injerencia por parte de órganos extrajudiciales (Sec. 7. *The Tribunal* y Sec. 8. *The Commissioner*) que son designados por la Corona y el Primer Ministro, todo lo cual nos dice que se concibe como un régimen extraño al propio del derecho continental.

En **Francia** tenemos una experiencia de origen similar. Se acumularon, en la práctica, las demandas de Jean Kruslin y Jacques Huvig contra la República francesa (6). En el primer caso, la grabación de una conversación telefónica tenía la preceptiva autorización judicial y el jefe de la Gendarmería de Toulouse procedió en consecuencia en la investigación de un delito de asesinato. En el segundo caso, el Juez Instructor competente ordenó a la Gendarmería de Langres (Alto Marne) que interceptara las conversaciones telefónicas comerciales y privadas, en la persecución de un delito de fraude fiscal y falsedad contable.

Existía en Francia legislación aplicable para la adopción de las intervenciones, bien es verdad que bajo el estilo de cláusula general de habilitación, proclamando la libertad de los medios de investigación (arts. 81, 151 y 152 del Código Procesal Penal). Los reparos, por tanto, de la sentencia del T.E.D.H., de 24 de abril de 1990, no apuntaron a la falta de *previsión legal*. Dice así la sentencia: «En resumen, la injerencia litigiosa tenía fundamento legal en el Derecho francés» (punto 29, final). La exigencia, no satisfecha con arreglo al Convenio, se centra en la «calidad de la ley». «El sistema —se dice— no proporciona hasta el momento la protección adecuada contra posibles abusos» (punto 35). Así pues, ni se precisan delitos, objeto de la medida, ni sujetos pasivos de la misma, ni duración, etc. La determinación del Tribunal sobre la violación del derecho de toda persona al respeto a la vida privada y de su correspondencia (art. 8.1 del Convenio), concepto en el que se incluyen las conversaciones por telecomunicación, tuvo como respuesta, por

(6) Ver S/T.E.D.H. de 24 de abril de 1990. «Casos Kruslin y Huvig». *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 144, págs. 285 y ss.

parte de la Asamblea Nacional Francesa, la aprobación de la Ley 91/646, de 10 de julio de 1991, *relativa al secreto de la correspondencia emitida a través de las telecomunicaciones*. Comentaristas de esta ley, como Pierre Chambon o Louis-Edmond Pettiti (7), no se recatan en reconocer como precedente inmediato de revisión la condena de Francia en los *casos Kruslin y Huvig*.

La ley francesa constituye, en la legislación europea, el intento más ambicioso del tratamiento de la materia en estudio, pues ha tenido en cuenta el distinto carácter de las escuchas que obedecen a la investigación de delitos comunes (Título I), bajo control judicial exclusivo, a las que denomina «judiciales», y la «interceptaciones de seguridad» (Título II), que tienen por objeto la búsqueda de información atinente a la seguridad nacional, terrorismo, delincuencia organizada y otros intereses, afectos al potencial económico y científico de Francia. Estas últimas confiadas al Poder Ejecutivo (a instancias del Ministro interesado, autorización del Primer Ministro y bajo control de un órgano interministerial). La nueva ley francesa, en vigor desde el 1.º de octubre de 1991, ha supuesto la ordenación de una nueva rúbrica (8) en el *Code de Procédure Pénale* (C.P.P.) comprendiendo ésta los artículos 100 a 100.7, nuevos. Pese a todo, la ley francesa no ha resuelto todas las carencias puestas de manifiesto por la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, sobre todo en las escuchas que pueden ser medio de prueba en el ámbito penal. Así lo pone de manifiesto con pesar Henri Leclerc (9), en sus comentarios a la ley, y asimismo será objeto de nuestra particular crítica por el desequilibrio que su articulación supone en favor de la injerencia y de su instrumentalización no justificada.

En el cenit de la filosofía que la impregna, la Ley francesa regula un tipo de interceptaciones de carácter extraordinario o sin sujeción a control, cuya finalidad es la defensa nacional, sin perfilarse límites ni pre-

(7) Ver CHAMBON, Pierre: «Analyse et commentaire de la Loi n.º 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications». *Actualité législative Dalloz* n.º 22/1991, 26 décembre 1991, pág. 173.

Ver PETTITI, Louis-Edmond: «Les écoutes téléphoniques et le droit français». *L'Actualité Juridique. Droit administrative*, 20 janvier 1992, pág. 35.

(8) A partir de esta Ley la Sec. 2.ª, Cap. I, Tít. III, Libro I del Código de Procedimiento Penal se denomina: *Des interceptions des correspondances émises para la voie des télécommunications*.

(9) Ver LECLERC, Henri: «Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France». *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier-mars 1992, pág. 21.

supuestos definidos. Finalizando la ley en unas disposiciones comunes extremadamente útiles a los efectos administrativos del régimen de explotación de los servicios de telecomunicaciones, salvaguardando los intereses prevalentes de las interceptaciones legalmente acordadas.

En Italia, el motor de la actual regulación legal sobre la interceptación de las telecomunicaciones puede considerarse que está representado por la sentencia n.º 34 de la *Corte Costituzionale*, de 6 de abril de 1973. Esta sentencia rechaza la inconstitucionalidad del régimen legal vigente entonces respecto al art. 15 de la Constitución italiana de 1947 (10), reconociendo que el secreto de las comunicaciones no es un derecho absoluto, que ha de ceder y ser limitado ante la presencia de intereses individuales o colectivos, entre ellos «la exigencia de prevenir y reprimir delitos, es decir, un bien que es asimismo objeto de protección constitucional». Pero lo más importante para la configuración del régimen jurídico de las interceptaciones es la impartición de unos criterios que delimitan la adopción de la medida. Así: la reserva jurisdiccional de la misma, duración, prórrogas, controles *a posteriori*, etc. Con base en esta doctrina, se aprobó la Ley 98/74, de 8 de abril, que modificó el Código Penal e introdujo en el Proceso Penal toda una serie de medidas, que constituyen el actual marco legal (arts. 266-271), configurando un régimen jurídico muy completo, cuya última modificación (L. 23 dic. 1993, n. 547) sale al paso de las interceptaciones específicas de comunicaciones informáticas o telemáticas (nuevos arts. 266 bis y 268.3 bis, y modificados los arts. 268.6 y 8).

El terrorismo, en general, y la delincuencia mafiosa, en particular, han exigido para su combate la aprobación de medidas excepcionales (11), también en esta materia, que tienden a agilizar la autorización de la interceptación por iniciativa del fiscal a petición de las fuerzas policiales, aunque no escapa al control judicial en ningún momento, aumento de plazos, escuchas preventivas, etc.

(10) El art. 15 de la Constitución de la República de Italia, de 27 de diciembre de 1947, dice así: «La libertad y el secreto de la correspondencia o de cualquier otra forma de comunicación son inviolables. Su limitación sólo podrá tener lugar por orden motivada de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la Ley».

(11) Estas medidas se contienen en las siguientes disposiciones: D-L. 306/92, de 8 de junio, convertido con modificaciones en Ley de 7 de agosto de 1992, n. 356, sobre modificación urgente del nuevo Código de Procedimiento Penal y medidas para contrarrestar la delincuencia mafiosa; y la Ley 203/91, de 12 de julio, n. 203, conversión en ley con modificaciones del D-L. de 13 de mayo de 1991, n. 152 sobre el procedimiento de urgencia en la lucha contra la delincuencia organizada y de transparencia y buena gestión de la actividad administrativa.

Bélgica recoge en el texto de 1994 de su Constitución (12) la inviolabilidad de su correspondencia. Varios proyectos de ley se han sucedido desde 1985 impulsados por el Ministro de Justicia, entonces Jean Gol, que han sido continuados en 1991, con ciertas trabas por parte del Consejo de Estado para llegar a una regulación de la excepción al secreto de las comunicaciones telefónicas, garantizado constitucionalmente.

Una sentencia del Tribunal de Casación de 2 de mayo de 1990 declaraba ilegal el método de intervención telefónica denominado *repérage* (observación telefónica sin el conocimiento de su contenido) sobre los correspondientes de la conversación. Práctica policial basada en una circular ministerial, de 17 de agosto de 1923, llevada a cabo sin autorización judicial, que contravenía el art. 88 bis del Código de Instrucción Criminal. Tal circunstancia aceleró los trámites en una doble dirección. En primer lugar, el Consejo de Ministros sometió al Parlamento la modificación de tal artículo para dar cabida a la práctica con amparo legal de la modalidad más atenuada de la injerencia (*repérage*) en las comunicaciones telefónicas, bajo la reserva jurisdiccional. Tal iniciativa legislativa configura hoy el artículo 88 bis del *Code d'instruction criminelle* (C.I.Cr.), según Ley de 11 de febrero de 1991.

En segundo término se diseñó un régimen completo de alcance y contenido sobre los aspectos íntegros de la medida. Así se presentó, en septiembre de 1993, el anteproyecto de ley del ministro Wathelet sobre la *surveillance* de las comunicaciones y telecomunicaciones privadas, que es preferible traducir —justificándose más adelante— por: «interceptación»; puesto que tal medida comprende: *écouter, prendre connaissance et enregistrer, pendant leur transmission*.

La Ley, que fue sancionada por el Rey el 30 de junio de 1994 (M.B. 24.01.95), *relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées*, contempla la protección penal (arts. 1 y 2) y el régimen procesal (arts. 3 y 4). Este último supone la inserción en el C.I.Cr. de ocho nuevos artículos (90ter-90decies) (13) en los que es pa-

(12) El artículo 29 del Texto Refundido de la Constitución belga, de 17 de febrero de 1994 (contiene sin modificación el texto primitivo de 1831) garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, en los términos siguientes: «Será inviolable el secreto de la correspondencia». *Boletín Legislación Extranjera* 149-150, marzo-abril 1994. Cortes Generales.

(13) La ley, en el aspecto procesal, crea una nueva rúbrica, en el Libro I, Capítulo VI, Sección II, distinción II, del Código de Instrucción Criminal, un nuevo § 6, denominada «Des écoutes, de la prise de connaissance et de l'enregistrement de communi-

tente la influencia de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El régimen belga queda configurado como de naturaleza estrictamente procesal penal (14), diferenciándose nítidamente dos intensidades de la medida: le *repérage* (art. 88 bis C.I.Cr.) y la *surveillance* (intercepción) (arts. 90ter-90decies C.I.Cr.). Todo ello anteponiendo el carácter excepcional de su adopción y un ejemplar desarrollo de fijación de requisitos, límites, ponderación de los mismos y cuidadoso procedimiento de ejecución, que hacen este modelo un digno y obligado exponente en la materia.

Dinamarca, a través de la profunda reforma constitucional de 1953 ha enriquecido la redacción de su texto fundamental (15) que garantiza el secreto a las telecomunicaciones, estableciendo la reserva judicial para su excepción. La legislación danesa es un modelo completísimo de previsiones tipificadas en la determinación de los presupuestos, requisitos y procedimientos de adopción y ejecución de las medidas de intercepción de las telecomunicaciones.

El cuerpo normativo se contiene en el Título 71 de la Ley sobre la Administración de Justicia, de 20 de febrero de 1992 (Secciones 780-791). El texto —como se dice— es de gran avance en cuanto a la determinación de los tipos delictivos que pueden motivar la orden de un Tribunal de la Ciudad (Primera Instancia) a intervenir las comunicaciones, a los procedimientos policiales de ejecución, duración, límites y garantías del sometido a la medida excepcional. Entre éstas, cabe destacar,

cations et de télécommunications privées» (arts. 90ter-90decies) y la adición de un nuevo párrafo al final del art. 88 bis.

(14) En el momento de ultimar la revisión de este trabajo se anuncia por la prensa belga la preparación por el Gobierno de este país un documento que servirá de base para un anteproyecto que legalice las intercepciones de seguridad, de carácter político en defensa de la Seguridad del Estado. Estas intercepciones cubrirán legalmente las necesidades de información demandadas por el Servicio General de Información (SGR) de carácter militar, aunque podría beneficiarse también la *Sûreté* y la *Gendarmerie*. *Le Soir* (Bruxelles), *La légalisation des écoutes de sécurité est en route*, 26.11.95, por ALAIN GUILLAUME.

(15) El art. 72 (antiguo 79) del texto actual, de 5 de junio de 1953 de la Constitución del Reino de Dinamarca, dice así: «... No podrán efectuarse visitas domiciliarias, ocupaciones ni control alguno de cartas u otros papeles, ni violaciones del secreto de correspondencia postal, telegráfica o telefónica, mientras ninguna ley justifique una excepción determinada, sino en virtud de resolución judicial». La reforma de 1953 ha supuesto para este artículo la precisión concreta sobre la correspondencia telegráfica y telefónica. Traducido por el Letrado de las Cortes Generales D. Mariano Daranas Peláez.

para hacer efectivo el derecho de defensa sin perjudicar la efectividad de la información que puede ser útil a la investigación, el nombramiento de un asesor legal, abogado «en la sombra» nombrado por el Tribunal a quien se notificarán todas las actuaciones relacionadas con la intervención.

La materia ha sido abordada recientemente en **Grecia**. De esta forma, la ley que deroga cualquier disposición previa general o especial en este campo, es la n.º 2225/94 aprobada por el Parlamento Nacional bajo el título de «Ley sobre protección de la libertad de correspondencia y comunicación, y otras disposiciones», con fecha 20 de julio de 1994. Comienza la Ley por la creación de una Comisión Nacional como órgano de control, de corte parlamentario, para establecer a continuación dos regímenes que justifican el levantamiento del secreto de las comunicaciones garantizado en la Constitución (16). Estos dos regímenes, cuya previsión tiene raíz en el texto de la propia Ley Fundamental, se articulan: por razones de seguridad nacional (art. 3), y para la investigación de crímenes (art. 4). Gozan, por tanto, de tratamiento diferenciado en cuanto a presupuestos, autoridad ordenante de la medida, y límites de ejecución. Tiene asimismo esta ley la previsión de sancionar penalmente la falta de colaboración o de apoyo técnico a la práctica de la medida (art. 5.11).

Un marco legal bien preciso sobre los presupuestos, límites objetivos y subjetivos, procedimentales y de garantías está previsto en los arts. 88-1 al 88-4 del Código de Instrucción Criminal de **Luxemburgo**, que junto con la ley de 11 de agosto de 1982, sobre la protección de la vida privada, comprenden la vigilancia del secreto de las comunicaciones, típicamente procesal. Su texto constitucional garantiza asimismo el secreto de la correspondencia (17) en la que, según hemos visto, se incluye la emitida por vía de las telecomunicaciones.

(16) La Constitución de la República griega, de 9 de junio de 1975, garantiza el secreto de las comunicaciones en su artículo 19: «Será absolutamente inviolable el secreto de las cartas, así como el de cualquier otro medio de libre correspondencia o comunicación. La ley fijará las garantías bajo las cuales no estará obligada la autoridad judicial a respetar el secreto por razones de seguridad nacional o para las necesidades de la instrucción sobre los delitos de especial gravedad». Traducción del Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

(17) El artículo 28 de la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo (texto refundido editado en francés en 1868 por el Servicio Central de Legislación del Ministerio de Estado), en su última revisión de 25 de octubre de 1956, dice escuetamente: «El secreto de la correspondencia es inviolable...». Traducción del Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

El art. 12 de la Constitución de la **República de Finlandia** de 1919 garantiza la inviolabilidad del secreto de las telecomunicaciones con reserva legal para las excepciones que sean previstas (18). Ninguna excepción legal se había producido hasta que por vía de la Ley n.º 676, de 3 de agosto de 1992, se modificó la Ley de Explotación de Telecomunicaciones (n. 183, de 20 de febrero de 1987), para establecer en su capítulo 29: «Secreto», la autorización de su levantamiento para conseguir información en la investigación de ciertos delitos.

El régimen de la medida hay que encontrarlo, además de este capítulo, en otras leyes procesales: sobre Métodos de Investigación Criminal (Cap. 1, Secs. 6, 9, 16 y 18), Publicidad de los Procedimientos Judiciales (Secs. 5-9) y sobre Métodos Coercitivos de Investigación Criminal (Cap. 4, Sec. 8).

La Constitución de la **República de Portugal** de 1976, además de una declaración general de secreto de la comunicación privada, prohíbe expresamente las injerencias ilegales (19). El Código de Procedimiento Penal de Portugal de 1987, bajo la rúbrica *Das escutas telefónicas* previene en los artículos 187-190 los presupuestos típicos admisibles para posibilitar una interceptación, las prohibiciones, formalidad de las operaciones, causas de nulidad y extensión o ámbito material objetivo para ampliar los requisitos legales a «cualquier otro medio técnico diferente al teléfono» que pudiera utilizarse. El régimen jurídico se completa con la habilitación legal *expresa* al Juez de Instrucción para ordenar la medida (art. 269.1.c).

El secreto de las conversaciones privadas está garantizado por la Ley Fundamental de **Austria** (20) y el régimen jurídico de las intercep-

(18) La Ley Constitucional de Finlandia promulgada en Helsinki, el 17 de julio de 1919 (texto en inglés editado por el Ministerio finés de Asuntos Exteriores en 1967) dispone en su artículo 12: «Será inviolable el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, salvo las excepciones establecidas por la ley». Traducción por el Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

(19) El texto revisado por Ley Constitucional 1/1989, de 8 de julio de 1989, por el que se aprueba la segunda revisión de la Constitución portuguesa, de 2 de abril de 1976, en su artículo 34, dice así: «Serán inviolables el domicilio y el secreto (*o sigilo*) de la correspondencia y demás medios de comunicación privada». 4. «Se prohíbe toda injerencia de las autoridades públicas en la correspondencia y en las telecomunicaciones, salvo en los casos previstos en la ley en materia de enjuiciamiento». Ver *Boletín Legislación Extranjera de las Cortes Geneales* 1989, n.º 96/97.

(20) La Constitución Federal austríaca (Ley Constitucional de 1 de mayo de 1945), declara una serie de leyes vigentes entre las que se encuentra la Ley Fundamental del Estado de 21 de diciembre de 1867 sobre los derechos generales de los ciudadanos. Su artículo 10 dice así: «El secreto de la correspondencia es inviolable...». Por Ley

taciones legales previsto en su Código de Instrucción Criminal (§149 a y b) al que nos referiremos, teniendo presente su última redacción de 1993.

La Constitución de la **República de Irlanda** (21) no previene entre los derechos reconocidos a los ciudadanos el referido al secreto de las comunicaciones privadas. La regulación de su levantamiento es objeto de una ley especial de carácter administrativo: *Interception of postal packets and telecommunications messages (regulation) Act* (n. 10, 6 de junio de 1993).

A pesar de prever presupuestos concernientes a la investigación criminal y a la seguridad del Estado, no puede decirse que configure dos regímenes diferentes. El control de la autorización de la medida está siempre en manos del Gobierno, en concreto del Ministro de Justicia. Se deduce de la Ley que las grabaciones así efectuadas, no tienen la finalidad de ser fuente de prueba, ni pueden ser utilizadas por un Juzgado o Tribunal salvo en determinados procedimientos por delitos contra leyes de Telecomunicación (Sec. 10). El mecanismo de revisión de la legalidad del procedimiento de adopción y de su fundamentación es asaz prolijo y se despliega a dos niveles: el más inmediato del Árbitro de Quejas (*Complaints Referee*) y el del Juez designado del Alto Tribunal (*Hogh Court*). En ambos casos la esfera de control no escapa al Gobierno.

En el **Reino de Holanda** se garantiza bajo amparo de su Ley Fundamental (22) el secreto de las comunicaciones privadas, manteniéndose la reserva jurisdiccional para la autorización de la medida de inter-

Constitucional Federal de 5 de diciembre de 1973 se añadió el artículo 10 a: «Es inviolable el secreto de la comunicación telegráfica y telefónica (*das Fernmeldeseheimnis*).

«Solo se admitirán excepciones a lo dispuesto en el párrafo anterior en virtud de auto judicial (*auf Grund eines richterlichen Befehles*) dictado de conformidad a las leyes vigentes». Traducción por el Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

(21) Consultada la Constitución de Irlanda aprobada en fecha 1 de julio de 1937, según el texto que contiene las enmiendas constitucionales de 1939, 1941, 1972 y por las dos leyes de 1973, no aparece consignado el secreto de las comunicaciones entre los derechos fundamentales (*Fundamental rights*), arts. 40-45 de dicho texto. Traducción del Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

(22) La Constitución del Reino de los Países Bajos (texto revisado de 19 de enero de 1983) garantiza en su artículo 13 el secreto de la correspondencia diferenciándolo del específico de la comunicación. Así: 1. «Será inviolable el secreto de la correspondencia (*her briefgeheim*), salvo en los casos que especifique la ley y mediante auto judicial». 2. «Será inviolable el secreto de la comunicación telefónica y telegráfica, salvo en los casos que especifique la ley por o con la autorización de quien la propia ley designe como habilitado para ello». Cortes Generales. *Boletín de Legislación Extranjera* 1983, n.º 25. El segundo apartado es nuevo y no constaba en la redacción antigua.

ceptación e incluso la iniciativa del Fiscal en determinados casos. Su reciente actualización se ha operado merced a la Ley de 1 de marzo de 1993, que ha modificado la protección penal del derecho y el Código de Procedimiento Criminal (arts. 125 f-n) y 552). Se presta especial atención a la comunicación por sistemas automatizados, con medidas especiales en favor del Juez para tener acceso a dicha información.

En el caso del **Reino de Suecia**, su Constitución (23) es igualmente respetuosa del derecho que se estudia y protege a sus ciudadanos contra toda injerencia de la autoridad pública o de particulares en sus comunicaciones. La reducción legal de las interceptaciones se contienen en el Código de Procedimiento Judicial (*Rättegångsbalken*), Capítulo 27, arts. 18-25 (ley 602/1993). La nota más destacada de este régimen es que parte, como el belga, de una regulación distinta según se trate de la modalidad de «intervención» o escucha (que supone grabación), o de la «vigilancia», que tan sólo comprende la recogida de datos. La atención específica a la mención constante de las comunicaciones a través de medios telemáticos, es otra de sus características novedosas. Por lo demás, reviste el esquema típico de previsiones procesales, con ausencia de procedimiento específico de ejecución, notificación al interesado y recursos, que seguirán las disposiciones de carácter general.

En 1993 se produjeron 345 casos de intervenciones telefónicas en Suecia de las cuales 261 estaban relacionadas con delitos de narcotráfico y 84 con otros delitos: asesinato, incendio, robo, sabotaje y falsificación.

Como hemos podido comprobar, a lo largo de este epígrafe, el esfuerzo gubernamental y parlamentario en la totalidad de los países de la Unión, ha sido muy importante en los últimos años, para conseguir una normativa actual adecuada a la novedad del fenómeno de las telecomunicaciones y su incidencia en las agresiones a los ordenamientos jurídico-penales.

(23) La Constitución sueca de 28 de febrero de 1974 (en vigor desde 1.º de enero de 1975) ha sufrido recientemente una importante modificación que afecta a las libertades y derechos fundamentales (*Grundläggande frioch rättigheter*), Cap. 2.º de la misma, por la aprobación de la Ley 1483/1994, de 24 de noviembre de 1994 por la que se reforma el Instrumento de Gobierno. El artículo 6.º de dicho texto protege otros derechos, además del que nos interesa bajo la fórmula: «Todo ciudadano estará protegido frente a la autoridad contra..., así como de la inspección de su correspondencia (*undersökning av brev*) o de otras comunicaciones privadas (*eller annan förtrolig försändelse*) y de escuchas secretas (*hemlig avlyssning*) o grabación de sus conversaciones telefónicas u otras comunicaciones privadas. Traducido por el Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

Once de los quince países han renovado sus instrumentos legales en los últimos cinco años. Como veremos a continuación, España no se encuentra entre ellos.

Alguna de las legislaciones en la materia que examinaremos con más detalle constituyen sistemas muy completos, aunque dispares, pues responden, evidentemente, a necesidades nacionales. En este sentido, gozan de especial consideración los propios de Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Grecia, Reino Unido e Irlanda. Otra cosa será que un régimen en particular logre conciliar los intereses de la defensa del Estado dirigidos desde el Poder Público y las de cada uno de sus conciudadanos. No olvidemos que toda lucha contra el crimen en un Estado de Derecho tiene sus reglas.

B. EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

1. Régimen jurídico nacional: ¿concentrado o frustrado?

En España en fin, como es sabido, el secreto de las comunicaciones está garantizado en nuestra Constitución de 1978, en su art. 18.3, especificando en su inciso final: «... y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

El contenido esencial del derecho que se garantiza no parece peligrar por el descubrimiento y utilización de nuevos medios de transmisión, que hoy culminan en la informática aplicada al establecimiento de una *comunicación*. Si se entiende por tal, con Jiménez Campo (24), al interpretar la norma constitucional, que la cita de los tres tipos de comunicaciones es ejemplificativa, considerándose bajo tutela las comunicaciones como *numerus apertus*, p. ej.: a través de medios técnicos no precisamente telefónicos, fax, ordenador, correo electrónico, modem, etc.

A pesar de la previsión constitucional de 1978, no es sino hasta 1984 que por medio de la L.O. 7/84, de 15 de octubre, sobre tipificación pe-

(24) Ver JIMÉNEZ CAMPO, Javier: «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones». *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VII. Madrid, 1986, pág. 10. De la misma opinión MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid, 1995, pág. 45. El Magistrado MAZA MARTÍN, J. N., se plantea y resuelve la intervención de las comunicaciones a través de las redes informáticas de forma similar a las telefónicas tradicionales: «Algunos apuntes a propósito de las autorizaciones judiciales para la intervención de comunicaciones a través de redes informáticas». *Rev. La Ley*, 18 de enero de 1996, pág. 16.

nal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas, que se introduce en el Código Penal (25) la oportuna protección del secreto, con la inserción de los artículos 192 bis (que penaliza al funcionario) y 497 bis (que sanciona al particular). Modificados éstos recientemente por ley orgánica 18/94, de 23 de diciembre de 1994.

Ciñéndonos, como se ha advertido, a la regulación procesal que posibilita la interceptación, aquí el retraso es mayor. El procedimiento en España ha sido tortuoso, anómalo y los resultados decepcionantes. Tanto la doctrina de forma unánime (26) como la propia jurisprudencia

(25) Según refiere GONZÁLEZ GUTIÁN, Luis, el Código Penal de Noruega abrió camino en 1958; la República Federal Alemana, con el *Entwurf* 1962 primero y la Ley de 22 de diciembre de 1968, que incluyó estas conductas en el § 298 StGB, después, finalmente, se convirtió en el actual § 201 StGB. En Suiza, una Ley Federal de 20 de diciembre de 1968 modificó el Código Penal en su artículo 179. En Francia, la Ley núm. 70-643, de 17 de julio de 1970, modificó los artículos 368 y siguientes del Código Penal para incluir los «atentados a la vida privada» y, en Italia, una Ley de 8 de abril de 1974 incorporó a su texto punitivo los artículos 615 bis y siguientes para tipificar estas conductas. «Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas». *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VII. Madrid, 1986, pág. 53.

(26) VELASCO NÚÑEZ, Eloy, tacha el precepto (579 LECrim) de «escaso y desordenado». «Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación del tema». *Actualidad Penal* n. 18/ 3-9 mayo 1993. obr. cit., pág. 275. RODRÍGUEZ RAMOS indica que la regulación actual es *defectuosa, ambigua, parca y contradictoria* rematando los calificativos con el de *excrecencia legislativa*, llegando incluso a afirmar que son nulas todas las escuchas practicadas en España tras la C.E. «Intervenciones telefónicas en la Prueba del proceso Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial del C.G.P.J.* Madrid, 1992, pág. 454. FERNÁNDEZ ENTRALGO encuentra la insuficiencia del art. 579 LECrim en la no fijación del alcance, límite y procedimiento para ejecutar las intervenciones telefónicas: «Prueba ilegítimamente obtenida», *La Ley* 1990-1, pág. 1198. VÁZQUEZ HONRUBIA, J. M., señala que el nuevo art. 579 (L.O. 4/88) trató de colmar el vacío legal existente para «evitar los peligros que supone una dejación de este derecho fundamental al excesivo arbitrio judicial, finalidad sólo muy parcialmente conseguida»: «Las escuchas telefónicas», *Revista de la Asociación de Jueces Magistrados «Francisco de Vitoria»*, n. 1, junio 1991, pág. 59. ASENCIO MELLADO, J. M., habla de la *parquedad e imperfección* de la redacción legal lo cual lo hace devenir contradictorio y generar importantes dudas: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, pág. 105. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, afirma que con el art. 579 LECrim «no ha quedado zanjada la discusión sobre la colisión de las limitaciones del art. 18.3 C.E. con el principio de legalidad, dada la absoluta indeterminación de la norma, los graves problemas de interpretación que provoca y su incongruencia en otros preceptos de la LECrim»: *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid, 1990, pág. 93. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, califica el precepto de «apartados lacónicos y a todas luces insuficientes» y que «las carencias en la regulación de la materia son de tal importancia que equivale a una ausencia normativa», considerando que su «... indeterminación y amplitud ... son espacios de verdadera ilicitud y proscritos de un estado democrático»: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid, 1989,

cia (27) han vertido sus críticas demoleadoras sobre la situación actual de la normativa nacional.

Además, resulta tardía, porque efectivamente no es sino la L.O. 9/84, de 26 de diciembre, contra la actuación de las bandas armadas y elementos terroristas, de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, que en su artículo 17 se establece la suspensión individual del derecho, entre otros, del secreto de las comunicaciones, pero en el ámbito de la delincuencia terrorista. No es ésta evidentemente una normativa propia, genuina, auténtica de la materia. Se dice que el procedimiento es tortuoso y anómalo porque de estas medidas excepcionales germinó una pretendida normativa híbrida al aprobarse la L.O. 4/88, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en definitiva vino a instaurar el tan deseado régimen, concentrado (?) en un solo artículo: el 579 (28). El cual fue ampliado en tres apartados (2, 3 y 4) para tratar de

págs. 182 y 183. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, dice al respecto: «no es sólo que el contenido del art. 579.2 y 3 LECrim sea *insuficiente*, sino que *es oscuro, contradictorio* y, en fin, *lamentable*, teniendo en cuenta la materia sobre la que incide»: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, obr. cit. Madrid, 1991, pág. 41. MARTÍN MORALES, Ricardo, se suma a la crítica del artículo 579 LECrim, como normativa, por el *déficit garantista que provoca*, obr. cit., pág. 103. GIMENO SENDRA, Vicente, acusa que la regulación de este acto instructorio resulta ser *muy insuficiente* por el considerable número de lagunas que contiene: «Las intervenciones telefónicas en la Jurisprudencia del TC y TS». *Estudios de Jurisprudencia*, sep/oct. 94, págs. 7-8.

(27) El propio Tribunal Supremo, en el ya célebre Auto de 18 de junio de 1992 (*Caso Naseiro*), se expresaba en los siguientes términos: «Sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal... hay que manifestar que, dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especial construcción por vía jurisprudencial...» (FD. Segundo, pfo. oct.).

(28) El art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, texto en vigor, dice así: ...

2. «Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa».

3. «De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos».

4. «En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado, al Juez competente, quien también de

la interceptación legal de las comunicaciones telefónicas de las cuales el último reproducía el mencionado art. 17.2. Se incurrió, de esta forma, en importantes omisiones y su escasa regulación adolecía y adolece de contradicciones o cuando menos de oscuridad interpretativa, con grave inadecuación práctica al sistema procesal vigente. Hasta entonces, es decir, hasta 1988 y aún hoy, la doctrina y la jurisprudencia se han visto y se ven obligados a regular la laguna existente en el ordenamiento, por vía analógica integradora respecto de otras instituciones semejantes: la intervención de la correspondencia postal, telegráfica o la entrada en domicilio, e incluso al amparo de la eficacia normativa directa que el precepto constitucional (art. 18.3) despliega por sí mismo.

Se dice que el resultado es decepcionante porque, siendo éste el derecho positivo en vigor de la materia, el legislador no ha prestado la más mínima atención, que es debida a las sentencias del T.E.D.H., *Caso Klass y otros* (1978) y *Caso Malone* (1984), a la sazón ya pronunciadas, y decisivas para interpretar el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España en 1979, el cual, según el artículo 96 de la Constitución, forma parte del ordenamiento interno y, de acuerdo con el artículo 10 de la misma norma, tal Convenio se reconoce como pauta interpretativa de los derechos fundamentales como el presente.

2. Los puntos candentes

Sin perjuicio de un estudio comparativo pormenorizado de la regulación nacional, espaciado según el esquema del trabajo, se trata de resumir ahora, los aspectos más controvertidos del panorama nacional considerados de nuestro interés.

a) *Confusión de términos en los límites objetivos*

Al estudiar éstos en las reglas del art. 579 LECrim, se crea gran confusión al distinguir entre *intervención* y *observación* de las comunicaciones, sin precisar nada al respecto. Se pretende interpretar por parte de una minoría de autores que con el primer término el legislador quiso referirse a la aprehensión o apoderamiento del contenido de la conversación, poder llegar a conocerla, y la «observación» ha de reducirse, a

poder tener conocimiento del destino de la comunicación, de la identidad del receptor de la comunicación, al menos del titular del aparato, pero no se permite el conocimiento del contenido que debe permanecer secreto, según López Barja de Quiroga (29). Quedaría así esta última modalidad identificada con lo que otros autores llaman «recuento», «tarifador» (*comptage, metering o pen register*) (30).

La polémica está superada —éste no es el lugar de detenerse en los argumentos— y no hay reserva alguna en admitir la equivalencia de ambos términos en el sentido de la captación de cualquier forma, del proceso de la comunicación, con conocimiento o no del mismo (31). Lo

forma movida revocará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación».

(29) Ver López Barja de Quiroga, Jacobo. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid, 1989, pág. 194. De la misma opinión COBO DEL ROSAL, Manuel: «Un supuesto de intervenciones telefónicas como prueba ilícitamente obtenida». *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal*. Madrid, 1993, pág. 268. Se suma a estas diferencias DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal». *Poder Judicial* n.º 3, año 1986, pág. 16.

(30) La sentencia del T.E.D.H. sobre el *Caso Malone* (2 de agosto de 1984) en su apartado G, punto 56, trata el «recuento» (con nota del traductor Tejera Victory señalando las equivalencias en francés o inglés). Se llama «recuento» —dice la sentencia— «al uso de un instrumento —un contador combinado con un aparato impresor— que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico y la hora y duración de cada llamada». Se determina a continuación que tal método de registro de las telecomunicaciones privadas sin el conocimiento del abonado se opone también al derecho confirmado por el artículo 8 (Fundamento de Derecho B, punto 84). «Tarifador» lo llama VELASCO NÚÑEZ, Eloy: obr. cit., págs. 257 y 258.

(31) Ver GONZÁLEZ GUTIÁN, Luis: «Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos». *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VII. Madrid, 1986, pág. 107, en su nota 50 al final, identifica el *comptage* con el término de «interceptación telefónica» a los efectos de conducta típica de los artículos 192 bis y 497 bis del C. Penal español.

Ver LÓPEZ-FRAGOSO, obr. cit., págs. 46-48, que llega a una conclusión de identidad entre ambos términos a la hora de interpretar el art. 579.2 y 3 LECrim. VELASCO NÚÑEZ, E., obr. cit., págs. 256 y 257, con idénticos o parecidos argumentos. En esta corriente mayoritaria, RODRÍGUEZ RAMOS, L., obr. cit., pág. 454. ASECIO MELLADO, J. M., obr. cit., pág. 108. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., obr. cit., pág. 94. GARCÍA VALTUEÑA, Eduardo: «El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal». *Cuadernos de Derecho Judicial del C.G.P.J.* XXIX, Madrid, 1993, pág. 342, que coincide en atribuir a ambos apartados (579.2 y 3 LECrim) del mismo artículo un mismo sentido, coincidente con «interceptar».

Pero es que desde el punto de vista de la práctica judicial se fomenta la indiferenciación de ambos (intervención/observación), pues con extraordinaria frecuencia un juzgado menciona en el auto la medida «observación» procediéndose por la C.N.T.E. a facilitar la línea para la escucha y grabación de las conversaciones por los agentes de

cual nos pone en relación con el término *interceptar*, según la significación dada por el Tribunal Constitucional (S. 114/84, de 28 de noviembre, F.J. 8.º) y se corresponde con las acciones típicas usadas en la redacción de los artículos 192 bis y 497 bis C.P. sobre escuchas clandestinas realizadas por funcionarios o por particulares respectivamente.

El vocablo *interceptación* es preferido en el foro internacional, no en su acepción más estricta de «impedir» o «cortar» el curso de una cosa; sino de *intrusión* en el mismo, tal como lo describe de forma exhaustiva González Guitián (32).

b) *Falsa distinción de sujetos pasivos y ausencia de presupuestos*

Tampoco están especialmente claras las reglas del art. 579 LECrim en cuanto a los sujetos pasivos de la medida. Se nos habla del «procesado» (art. 579.2) y «de las personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal» (579.3). La polémica sobre la interpretación del precepto en este punto también está despejada, entendiéndose que procede acordar la medida de interceptación sobre el imputado judicial en un procedimiento penal (Diligencias previas, Procedimiento abreviado o Sumario) bajo sospecha fundada y concreta (33). La práctica forense, además, ha impuesto esta interpretación.

policía judicial solicitantes; es decir, precediéndose a la «intervención», por lo que es preferible emplear el concepto «interceptación», sin establecer diferencias en la legislación vigente en España. Sobre pronunciamientos jurisprudenciales en este sentido, se verán más adelante.

(32) Ver este autor, *Escuchas clandestinas...*, obr. cit., págs. 99-105. Incluso la Ley irlandesa (10/93), en el acotumbrado glosario de términos usados en la misma, dice: «en esta sección "interceptar" significa escuchar o grabar, por cualquier medio y durante la transmisión, un mensaje de telecomunicación» [Sec. 13(6)].

(33) Esta distinción de dos posibles sujetos pasivos en situación procesal de mayor o menor gravedad según la corriente doctrinal minoritaria serviría para aplicar: «intervención» al *procesado*; y «observación» al *imputado*. Pero dado que las reformas procesales de 1967 y 1988 han restringido el auto de procesamiento únicamente al procedimiento sumario por delitos graves o muy graves sólo cabría la «observación» para delitos menos graves. Esta interpretación guardaría proporcionalidad (aceptando la distinción intervención/observación), acordándose la más restrictiva para el derecho fundamental cuando se trate de la persecución de delitos más graves y mayor juicio de culpabilidad en el sujeto (procesado). Pero refiriéndonos a los partidarios, citados como mayoritarios (v. n. 31), en mayor o menor medida no se explican dos tipos de sujetos pasivos (*procesado e imputado*) cuando precisamente el art. 579.4. LECrim previsto

La única referencia subjetiva sobre el tipo de comunicación que puede ser interceptada es «de las que se sirvan (las personas) para la realización de sus fines delictivos» (579.3). Lo cual nos permite pensar en el control de aparatos o titulares en calidad de tercero, intermediario, etc. Y al mismo tiempo, tal indefinición, en relación con la ausencia de un catálogo de delitos que motiven la escucha, nos lleva a situaciones de perplejidad investigativa cuando se tiene acceso a indicios de nuevos delitos cuya escucha no ha sido autorizada judicialmente o «descubrimientos casuales» (34).

para delitos más graves (colaboración con banda armada) prevé sólo la «observación» (referido al n.º 3) de quien se exige «los indicios de responsabilidad criminal». Por otro lado, los mismos autores hacen hincapié en que de mantenerse la relación «intervención» sólo al procesado, esto implicaría que ésta tan sólo sería posible al final del procedimiento, pues el auto de procesamiento se dicta cuando la instrucción está prácticamente finalizada y precisamente justo antes de acordarse la conclusión del sumario. Con ello la «intervención» telefónica, así entendida, perdería toda utilidad. Esta argumentación, por reducción al absurdo, alimenta la tesis mayoritaria de que la condición del sujeto pasivo objeto de la interceptación debe requerir sólo una imputación judicial en un procedimiento penal cualquiera.

(34) Los descubrimientos casuales o hallazgos fortuitos, que LÓPEZ-FRAGOSO, siguiendo a la doctrina alemana clasifica en cinco subespecies (ver obr. cit., pág. 68) se refieren, en general, a conocimientos adquiridos a través de una interceptación telefónica, que bien por razón del sujeto o bien por razón de los hechos, no se corresponden con los datos para los que dicha interceptación ha sido autorizada. Surge inmediatamente para los ejecutores de la medida (generalmente, agentes de policía) interrogantes sobre la legitimidad de la calificación intervenida, valoración jurídica de la misma, y forma de proceder en consecuencia.

El legislador alemán, en el § 100.b.(5) StPO, dice: «Las informaciones personales obtenidas por medio de la aplicación de estas medidas (interceptaciones) únicamente podrán ser utilizadas como medios de prueba en otros procedimientos penales, en la medida en que los resultados obtenidos de su análisis sean necesarios para esclarecer algunos de los delitos que figuran en el § 100a».

Habida cuenta de la amplitud del derecho alemán sobre las personas que pueden ser objeto de la medida, bastaría con que existiera la conexión objetiva, es decir, que los hechos descubiertos pudieran ser constitutivos de uno de los delitos citados en el § 100 a.StPO para que dichas escuchas casuales u ocasionales gozaran de efectos probatorios en el derecho alemán.

También el legislador italiano prevé la utilización de las intervenciones en su artículo 270.1 C.P.P.: «Los resultados de las intervenciones no podrán ser utilizados en procedimientos distintos a aquéllos para los que se han dispuesto, salvo que resulten indispensables para la investigación de delitos para los cuales sea obligatorio el arresto «flagrante»».

La legislación danesa es muy estricta a este respecto, pues prohíbe, sin paliativos, el uso de la información adquirida por medio de una intervención ante un Tribunal con referencia a un delito distinto al que ha servido como base de la autorización [Sec. 789(2), Cap. 71 Ley de la Admón. de Justicia]. En términos parecidos se expresa la Ley griega que, bajo sanción de nulidad, castiga el empleo de la información obtenida

c) *De otras omisiones varias*

Asimismo son notables las ausencias de requisitos en tiempo y forma o procedimiento de ejecución de la medida de interceptación legalmente acordada. Así pues, de los tres apartados que contienen reglas de este precepto (art. 579. LECrim) sólo en una (3.º pfo.), se menciona una duración de tres meses «prorrogables por iguales períodos» ¿Qué ocurre en los otros dos casos? Habrá que suponer idéntico período, que al tratarse de injerencias en derechos fundamentales siempre será considerado como plazo máximo, pudiéndose decretar la suspensión de la medida en función de los resultados obtenidos.

Pero donde la ley hace notar su mutismo es en el procedimiento que debiera preverse para la ejecución de la interceptación (35). ¿Quién o quiénes la llevarán a cabo?, ¿con qué límites o condiciones?, preservación de la autenticidad de las grabaciones, control judicial de las mismas

«como prueba directa o indirecta en otro juicio penal civil, administrativo, disciplinario o procedimiento administrativo» con objetivo distinto al autorizado (art. 5.10, Ley 2225/94).

Al no disponerse en el derecho positivo español referencia alguna sobre los tipos delictivos que actúen de presupuestos de la medida, es forzoso una interpretación restrictiva, dado el caso, y el control judicial inmediato. Así se prescribe por el T.S. en su auto de 18 Jun. 1992 (FD. 6.º): «Basta que en el supuesto de comprobar la Policía que el delito presuntamente cometido, objeto de la investigación, a través de las interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente».

(35) Cabe destacar en la fase ejecutoria de la interceptación que el proceso se va a complicar en el futuro, derivado de múltiples factores en relación con los avances tecnológicos de la telefonía móvil. Pero la auténtica «piedra de toque» del sistema va a resultar la falta de previsión legal o al menos de la normativa reglamentaria de ordenación de las telecomunicaciones que obligue a las empresas explotadoras de las redes de telefonía móvil a hacer factible la interceptación de dichas líneas. No estamos hablando de empresas públicas, con carácter pseudofuncionario, cuyo entendimiento y costes tiene que ver con el erario público, sino de empresas privadas cuya explotación ha sido concedida por licencia administrativa y que, en principio, necesitarán equipos de implementación de alto coste para posibilitar la interceptación requerida por la Autoridad competente. Aquí los requisitos técnicos y su cuantificación económica dificultarán, ante la falta de reglamentación, sin duda, el cumplimiento de un simple mandato judicial de interceptación de una línea usada por un abonado que ha suscito sus servicios con una empresa privada.

En su momento citaremos la situación en España, pero se puede adelantar que Alemania acaba de solucionar definitivamente el problema creado en este sentido, a instancias del Ministro Federal de Interior, Manfred Kandher, con la aprobación del correspondiente Decreto de fecha 18 de mayo de 1995.

y de sus transcripciones, notificación al interesado para salvaguardar el derecho de defensa (una vez levantada la medida), destrucción de las grabaciones, etc. Aquí, la jurisprudencia no ha tenido más remedio que valerse, una vez más, de la analogía integradora de otras medidas coercitivas, como se ha dicho (36). De todas formas, y en general, esta jurisprudencia, que forma ya un cuerpo doctrinal considerable (37) y que ha culminado con la resolución más autorizada del Tribunal Supremo A/18-6-92 (*Caso Naseiro*), se ha preocupado más de las garantías afectas al derecho de defensa y a la valoración de la prueba en el juicio oral, que a la constitución de un régimen jurídico salvando todas las dudas, carencias y contradicciones del precepto del art. 579 LECrim.

3. Conclusión anticipada

El total de las deficiencias observadas nos hace concluir en este breve comentario de la legislación nacional que, teniendo presentes las cuatro sentencias citadas del Tribunal de Estrasburgo [*Caso Klass y otros* (1978); *Caso Malone* (1984); *Casos Huvig y Kruslin* (1990)], no albergamos duda de que nuestra regulación no cumple las garantías mínimas de protección exigidas en el art. 8.2 del Convenio (38) y que el ciudadano español es objeto de una inseguridad jurídica evidente, puesto que con una ley insuficiente todo queda al arbitrio judicial, y depende, como

(36) No debe olvidarse que precisamente este método interpretativo para paliar un vacío legal ha sido realizado ya por el T.E.D.H. en el examen de la legislación francesa vigente en los *Casos Huvig y Kruslin*, manifestado que: «... el gobierno parece ser que las deduce bien de normas o principios generales, bien de la interpretación por analogía de disposiciones legales o de resoluciones judiciales sobre medidas de investigación distintas de las escuchas, en especial de los registros y de los embargos. Una ampliación así, aunque loable, no proporciona en esta materia la suficiente seguridad jurídica» (S/T.E.D.H. de 24 de abril 1990, pfo. 34).

(37) La expresión numérica da una idea de la intensidad con que se han resuelto por el Tribunal Supremo recursos cuyos motivos de impugnación se basan en las intervenciones telefónicas. Así, en el año 93, un mínimo de 32 casos; y de 20, en el 94. Al final del trabajo se ofrece relación jurisprudencial consultada.

(38) El art. 8.2 del C.E.D.H. al limitar las injerencias que la autoridad pública puede ejercer sobre el derecho de las personas al secreto de su correspondencia (comunicaciones) exige que esta injerencia esté «prevista por la ley». Esta previsión no consiste en su mera existencia formal, sino en la «calidad de la ley» que exige un «contenido mínimo». La doctrina unánimemente reconoce que al art. 579 LECrim le falta tipicidad objetiva, subjetiva y teleológica, y la ausencia absoluta de procedimiento para adoptar y ejecutar las citadas medidas.

sinceramente expone Hurtado Adrián, «de criterios dispares no ya a nivel de diferentes Salas o Secciones de Audiencia, sino incluso de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo» (39). Y, por parte de la defensa, la ausencia normativa propicia la generalización de abusos en la impugnación de las medidas con la única finalidad obstruccionista del proceso inculpatario.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTERCEPTACIÓN LEGAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

A. EN GENERAL

1. Derecho comparado

Como ya hemos visto, todos los países de la U.E. tienen garantizado el secreto en las comunicaciones privadas en su Constitución o Ley Fundamental o en una ley ordinaria, o en ambas (40) en consonancia con el art. 8.1 (41) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950.

De igual forma, todos los países de la U.E. disponen de la legislación oportuna que regule la excepción legal que permita el levantamiento del secreto y la autorización de la interceptación de las telecomunicaciones en determinados casos, y sometida a condiciones de diversa índole, que constituyen las garantías del ciudadano (42). Estas normas

(39) Ver HURTADO ADRIÁN, Ángel L.: «El teléfono como medio de investigación en el proceso penal», *Actualidad Penal* n.º 9, 28 de febrero-6 de marzo 1994, pág. 176.

(40) En un epígrafe anterior se ha tratado de la protección legal que cada país dispensa al secreto de las comunicaciones (ver III.A).

(41) El art. 8.1 del Convenio dice así: «Toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

En el concepto «correspondencia» la propia jurisprudencia del T.E.D.H. (*Caso Klass y otros* y *Caso Malone*) encuentra comprendidas las comunicaciones privadas.

(42) El art. 8.2 del Convenio prescribe una serie de requisitos a cumplir por la injerencia en el derecho al secreto de las telecomunicaciones: 1) que esta injerencia esté prevista en la Ley interna del país. 2) que tales injerencias sean necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA incluye como otros requisitos en virtud del artículo 13 del Convenio: que

legales residen principalmente en los Códigos de Procedimiento Penal como en Austria, Dinamarca, Finlandia, Suecia, Luxemburgo, Holanda, España y Portugal, o bien en leyes especiales como Bélgica, Francia, Reino Unido, Irlanda y Grecia, aunque en ocasiones la propia ley especial supone, en realidad, una modificación del procedimiento criminal (Italia, Bélgica y Francia) y, por fin, según la naturaleza delictiva de los supuestos, en leyes procesales especiales (Alemania e Italia).

No parece constatarse ningún problema legal que dependa exclusivamente del tipo de medio de transmisión (hilo, radio, satélite, fax, software, modem, etc.) que pueda incidir sobre la autorización de la medida de interceptación, según se transmita comunicación oral, de texto, datos o imágenes. Aunque todo depende del carácter y contenido del derecho protegido por el secreto y de lo que en derecho interno se entienda por *comunicación* para hacerla extensiva a la efectuada por vía de ordenador (43).

exista un recurso interno efectivo en la legislación del país mediante el cual se puede recurrir la medida adoptada, y que tal recurso ha de ser un Tribunal independiente, imparcial y mediante proceso público no necesariamente de carácter judicial. Ver obr. cit., págs. 41 y 42.

(43) Se advierte en las nuevas legislaciones una especial atención a la referencia explícita de las modalidades de transmisión a las que la interceptación alcanza. Así, Francia, en su Ley de 1991, cuando se refiere en su artículo 1 a «telecomunicaciones» hay que entender por tal según el Código de Correos y Telecomunicaciones art. 32: Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o datos de cualquier naturaleza a través de un hilo, de la óptica, radioelectricidad u otros sistemas electromagnéticos.

Esta lista de técnicas comprende pues: 1) Los servicios que utilizan el hilo o el cable, teléfono público o privado, teleinformática. 2) Los servicios que utilizan la vía hertziana: radioteléfono público o privado, estaciones radioeléctricas privadas, sistemas de transmisiones profesionales por satélite.

Recientemente, por Ley n.º 547 de 23 de diciembre de 1993, se han introducido en el Código Procesal italiano los preceptos 266 bis, 268.3 bis y, modificado, el art. 268.6 y 8 para contemplarse en ellos la interceptación de las telecomunicaciones relativas a la informática o telemática. El Código Penal portugués valida la regulación de las interceptaciones telefónicas «a las conversaciones o comunicaciones transmitidas por cualquier otro medio técnico distinto al teléfono (art. 190). La regulación de la interceptación legal en Holanda y Suecia son especialmente previsoras en la mención del soporte informático como una vía más de emitir o recibir información, y por tanto capaz de ser intervenida. No se establecen diferencias por esta causa, en relación a la medida, de las que pudieran ser adoptadas por medio telefónico, sea éste alámbrico, radieléctrico, etc.

2. Derecho español

En el caso de España nos encontramos con continuos elementos de contradicción, si bien en el 579.2.º LECrim, se dice «intervención de las comunicaciones telefónicas» en el apartado siguiente (3.º) se amplía a «las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos». Unido esto a lo ya referido sobre declaración de *numerus apertus* (44) del art. 18.3 C.E., en cuanto al secreto de las comunicaciones garantizado, deberá entenderse idéntica cualidad, a efectos de la excepción (intercepción). La mayoría de los países no hacen distinciones en su régimen general, por lo que será preciso, en último término, la consideración de la Autoridad competente para su ordenación, excepto en Holanda, Suecia, Italia y Francia, cuyas legislaciones prevén esta circunstancia.

B. EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORDINARIA

1. En el momento de la prescripción

a) Presupuestos

El principio de proporcionalidad exige que la excepción al derecho de secreto en las comunicaciones privadas, se motive o justifique por la persecución de un delito de cierta gravedad, que pueda definir la necesaria ponderación de intereses: el particular y el social, en favor de este último, con el sacrificio del derecho fundamental que de esta forma encuentra su límite. Por tanto, se hace preciso que la injerencia en la vida privada proporcione la seguridad jurídica al ciudadano de saber *a priori* en qué casos aquélla podrá acordarse (45).

(44) Sobre este aspecto López-Fragoso resta importancia a la referencia expresa de sólo comunicaciones telefónicas (del art. 579.2 y 3 LECrim), junto a las postales y telegráficas que puedan ser objeto de interceptación, admitiendo que «sin perjuicio de poder extender nuestras consideraciones a cualquier tipo de telecomunicación privada». Ver obr. cit., pág. 50. En el mismo sentido Velasco Núñez, E., obr. cit., pág. 256. El auto del T.S. 18 Jun. 1992 admite que las mismas exigencias para motivar la interceptación telefónica «han de entenderse al "fax" y a las demás técnicas de transmisión de análoga significación» (FD 2.º, pfo. 8 fin).

(45) Dice LÓPEZ BARJA QUIROGA a este respecto: «No basta con que se produzca alguna de las razones expuestas (ver n. 42) para que sea admisible interferir la vida

a) *Derecho comparado*

Se fijan en las legislaciones nacionales en forma de un catálogo taxativo de delitos, por ejemplo: en Alemania (46), Bélgica (47), Finlandia (48) y Grecia (49). Frecuentemente atendiendo a la penalidad de éstos: Francia, si la pena es superior a dos años; Holanda, si superior a cuatro años; Reino Unido, si superior a tres años; Irlanda, si superior a cinco años; Austria y Finlandia, si superior a un año; Portugal, si superior a tres años, Luxemburgo, si superior a dos años; Italia, si superior a cinco años; Dinamarca, si igual o superior a seis años. En el caso de Suecia, dependiendo de que se pretenda acceso al contenido (*hemlig teleavlyssning*) o sólo recogida de datos (*hemlig teleövervakning*), los

privada de la persona, ya que es necesario que con anterioridad una ley, previendo el supuesto lo haya autorizado. Las excepciones (del art. 8.2 Convenio) no son, pues, directamente aplicables, sino que constituyen autorizaciones al legislador nacional para restringir el derecho». Ver obr. cit., pág. 35.

(46) El parágrafo § 100 a StPO relaciona una serie de delitos que presuponen la orden de vigilancia y grabación de las telecomunicaciones: Delitos de traición a la paz, de alta traición, amenaza para el estado democrático de derecho o a la seguridad exterior (§ 80 a 82, 84 a 86, 87 a 89, 94 a 100 a StGB). Contra la defensa nacional (§ 109d a 109h StGB), contra el orden público (§ 129 a 130 StGB); falsificación de moneda o valores (§ 146, 151, 152 StGB); tráfico de personas (§ 181 StGB); asesinato, homicidio o genocidio (§ 211, 212, 220 a StGB) y contra la libertad personal (§ 234, 234 a, 239 a, 239 b StGB); hurto efectuado por bandas (§ 244 y 244 a StGB) y robo o chantaje violento (§ 249 al 251, 255 StGB). Así como delitos previstos contra la Ley de Armas, la Ley de Extranjería, la Ley de Estupefacientes, entre otros.

(47) La Ley belga deja bien claro cuáles son éstos, dependiendo únicamente de la modalidad de la medida. Así existe una lista de diecisiete grupos de delitos, para el caso de ordenarse la *surveillance* (escuchar, tomar conocimiento y grabación). Estos tipos delictivos referidos al Código Penal y leyes especiales comprenden: delitos contra altos organismos de la Nación, amenazas sobre bienes y personas, toma de rehenes y secuestros, prostitución y corrupción de menores, homicidio, asesinato, robo, robo con homicidio, robo y extorsión, receptación, incendio, daños en aeronaves, buques, edificios, ferrocarriles, etc., narcotráfico, tráfico de armas y asociaciones ilícitas (art. 90 ter § 2 C.I.Crim). Para el caso de adoptarse la medida denominada como *repérage* (obtención de datos), el juez de instrucción no tendrá una lista cerrada de delitos como presupuesto, pero sí el Fiscal, que sólo podrá dictarla para la persecución de los delitos penados en los arts. 347 bis (toma de rehenes y secuestro de personas) y 470 (robo con extorsiones específicas), según el artículo 88 bis (modificado por esta Ley) del Código de Instrucción Criminal.

(48) Especial indicación en los delitos de narcotráfico, contrabando y otros contenidos en el Cap. 24, Sec. 3.ª del Código Penal finés.

(49) La Ley griega permite el levantamiento del secreto para investigación de delitos, con referencia al articulado del Código Penal, del Código Penal Militar y otras leyes especiales.

delitos deberán estar penados como mínimo con dos años o seis meses, respectivamente. Pero en la mayoría de ellos se combina este requisito temporal con la lista cierta de infracciones delictivas que presuponen la autorización de la interceptación (50).

a^{II}) *Derecho español*

He aquí la gran ausencia de la legislación española que en su acusada parquedad no refiere ni listado de delitos, ni referencia sobre su gra-

(50) De este modo, el Código Procesal italiano agrupa el criterio de la penalidad de la infracción con una relación referida a cierta tipología de delitos: delitos no culpables penados con prisión o reclusión superior a cinco años (art. 266 a); delitos contra la Administración Pública penados con reclusión no inferior a cinco años [art. 266 b)], delitos referentes a sustancias estupefacientes o psicotrópicas (art. 266 c), delitos referentes a armas y a sustancias explosivas [art. 266 d)]; delitos de contrabando [art. 266 e)]; delitos de injuria, amenaza, molestia o perturbación a las personas por medio del teléfono [art. 266 f)].

El Código de Procedimiento Penal de Portugal de 1987 se identifica con los citados preceptos del italiano con la excepción de que la duración estimada es de tres años para delitos en general (art. 187.1) y añade (art. 187.2) los de terrorismo y criminalidad violenta o altamente organizada; asociación criminal (art. 287 C.P.), contra la humanidad (Tít. II, Libro II C.P.); contra la seguridad del Estado (Cap. I, Tít. V, Libro II C.P.); falsificación de moneda o títulos de crédito (art. 237, 240 y 244 C.P.) y comprendidos en tratados sobre seguridad aérea o marítima.

La ley de Interceptación de las Comunicaciones del Reino Unido, de 1985, encuentra como presupuestos de una orden que considere necesaria la interceptación: en interés de la seguridad nacional, con el propósito de impedir y descubrir delitos graves y para salvaguardar el bienestar económico del Reino Unido [Sec. 2, Subsec. 2 (a), (b) y (c)].

Según la propia legislación, se considera *delito grave* toda aquella conducta que suponga el uso de la violencia, dé como resultado importantes ganancias económicas o se lleve a cabo con la participación de un gran número de personas que persigan el mismo fin; o bien el cometido por una persona de veintiún años de edad o más y sin condenas previas, que pueda ser sentenciado a pena de cárcel por un período de tres o más años [Sec. 10, Subsec. 3(a) y (b)]. En Irlanda, la propia ley define el delito grave (*serious offence*) el principal presupuesto para la concesión de la autorización, dependiendo de la gravedad de los posibles resultados, para vidas, daños, ganancias económicas notorias y otras circunstancias.

La ley en Dinamarca permite la interceptación de las telecomunicaciones cuando se trata de la investigación de un delito contra: la independencia y seguridad del Estado, espionaje (Tít. 12 C.P.); la Constitución, autoridades superiores del Estado o amenaza del orden democrático (Tít. 13 C.P.); y delitos especiales de evasión de presos [Sec. 124 (1)]; obstrucción a la Justicia (Sec. 125 C.P.); eludir el servicio militar [Sec. 127 (1)]; desórdenes públicos en vías de comunicación [Sec. 193 (1) C.P.]; amenazas (Sec. 266 C.P.); chantaje (Sec. 281 C.P.); y fraude fiscal y aduanero (Sec. 289 C.P.).

vedad en función de la pena que pudiera serle impuesta a la infracción perseguida (51). Esta ausencia ha obligado a la doctrina a pronunciarse sobre la falta de limitación *rationae materiae*. La regla de los sacrificios expuesta arriba exige la persecución de delitos graves, es decir, castigados con penas superiores a prisión menor (más de seis años). Sobre este entorno está la mayoría de la doctrina, pero hay quien opina que la interceptación legal puede acordarse judicialmente para cualquier tipo de delito (52). De otro lado quién no la considera admisible más que para delitos penados con prisión mayor o pena superior, si la finalidad es la de tener conocimiento del contenido de la conversación, y hace la distinción en que la «observación» (en el sentido explicado, del 579.3.º) es permisible en todo tipo de delitos (53). También se pretende ligar esta regla sobre la interceptación de telecomunicaciones a los criterios para acordar la prisión provisional (54).

A partir de este punto, y basándose en los criterios legales para acordar la prisión provisional (art. 503 LECrim), el magistrado Hurtado Adrián (55) propone que, tomando como frontera los delitos graves (penas superiores a prisión menor) al igual que la medida cautelar personal, no sea éste un módulo único sino que participe de la flexibilidad precisa que proporciona el ser conjugado con otras circunstancias concurrentes. Tal como se opera para dictar la prisión provisional (antece-

(51) La ausencia de la definición de los delitos que puedan justificar la autorización de la medida fue uno de los reproches del T.E.D.H. (*Casos Huvig y Kruslin*, 1990), a la legislación francesa, entonces vigente, por considerar, en unión de otros defectos, que el sistema no proporcionaba la protección adecuada contra los posibles abusos (ver S/T.E.D.H. de 24 de abril de 1990, pfo. 35).

(52) Ver MORENO CATENA, V.: «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal». *Rev. Poder Judicial* n. especial II, 1987, pág. 159. En igual sentido GIMENO SENDRA, V.: obr. cit., pág. 11.

(53) Ésta es la opinión de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: obr. cit., págs. 188-199. En este sentido si equiparamos «observación» a *repérage* en la ley belga, acabamos de ver que es igualmente aplicable la modalidad a todo tipo de delitos (art. 88 bis C.I.Crim) para el Juez de Instrucción. Sin embargo, el equivalente de la medida en Suecia denominada *vigilancia (hemlig teleövervakning)* necesita de penas, como mínimo de seis meses simplemente para recoger datos en la investigación de un delito de los sancionados en esa pena límite o superior.

(54) Ver RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Intervenciones telefónicas*, obr. cit., pág. 455. En Holanda se liga la aplicación de la interceptación de las telecomunicaciones a que el delito investigado conlleve la posibilidad legal de ser detenido en el acto o en el caso de delito susceptible de practicar la detención preventiva, es decir, cuya pena sea de cuatro o más años (art. 125 f. C. Proc. Crim. y art. 67 C. Penal).

(55) Ver HURTADO ADRIÁN, A. L.: obr. cit., pág. 178.

dentes del imputado, alarma social producida por el hecho, frecuencia de su comisión), pueden adoptarse éstos u otros. En realidad, tal criterio ha sido refrendado por el renombrado Auto del T.S. de 18 de junio de 1992: «... sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica...», añadiendo además que se debe «graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de descubrirlo por otros medios menos traumáticos social o individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes (F.D. 1.º, 3.º pfo.).

En vista de lo cual parece conveniente que, en relación a España, de *lege ferenda* los criterios para acordar una interceptación legal deberían constar de una regla básica en función de la penalidad de la infracción delictiva investigada, no interpretada de forma automática, sino conjugada con otros criterios correctores que adapten según el principio de proporcionalidad, en cada caso, la necesidad de la medida a la injerencia que se autoriza. Y en todo caso la referencia explícita de una serie de tipos delictivos designados por el Código Penal cuyos bienes jurídicos protegidos hagan necesaria y proporcional la medida, como en el sentir de la mayoría de las legislaciones europeas estudiadas.

b) *La reserva jurisdiccional o administrativa: ¿Quién la ordena?*

b¹) *Derecho comparado*

En la mayor parte de los países de la U.E., el derecho nacional otorga al juez de instrucción, el poder para autorizar la interceptación. Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal. Suecia; incluso en Austria, Grecia, Finlandia y Dinamarca se necesita el concurso de un órgano colegiado (Tribunal o Consejo). En Alemania (56), Grecia (57),

(56) El parágrafo 100 b StPO, que regula la competencia para ordenar la vigilancia de las telecomunicaciones, dice (1): «Únicamente el Juez puede ordenar la vigilancia y grabación de las telecomunicaciones. Si existe riesgo de demora, también puede ordenarla el Ministerio Fiscal, pero la misma quedaría sin efecto si no fuera confirmada por el Juez».

(57) El art. 4.6 de la Ley griega 2225/94 autoriza, efectivamente, al Fiscal «en casos excepcionalmente urgentes» el levantamiento del secreto de las comunicaciones, al igual que al «instructor que efectúe la instrucción ordinaria», que no puede ser otro que el Jefe Policial encargado del caso. La convalidación ante el Consejo del Tribunal de Apelación deberá hacerse antes de los tres días, cesando por derecho propio en otro caso.

Italia (58) y Bélgica, en casos muy precisos (59), aunque la competencia en primer término, para acordar la medida de interceptación, reside en el juez; en casos de urgencia puede ser anticipada por el Fiscal por tiempo limitado, necesitando de una validación judicial posterior. Esta misma concesión condicionada opera en Grecia y Dinamarca en favor del Jefe policial instructor de las diligencias [art. 4.6 y Sec. 783 (3), de sus leyes respectivas].

Aunque, como reconoce el juez Louis-Edmond Petitti (T.E.D.H.): «La exigencia de la fiscalización judicial en materia de escuchas telefónicas no se debe solamente a una preocupación de la filosofía de los Poderes y de las Instituciones, sino también a las necesidades de la protección de la vida privada» (*Caso Malone*, voto particular coincidente), no sólo la Autoridad judicial tiene atribuido el monopolio de esta decisión. El artículo 8.2 del C.E.D.H. dice: «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia está prevista por la ley...». Esta *autoridad pública* prevista en la ley no siempre es la judicial, sino que puede ser una Autoridad administrativa.

En el derecho anglosajón, tradicionalmente, las interceptaciones se utilizan para ayudar a la policía en sus investigaciones, pero nunca con finalidad probatoria, y desde luego no están incardinadas en una fase del proceso penal, sino que es el Poder Ejecutivo: el Ministro (60), quien

(58) El artículo 267 C.P.P. italiano previene en su apartado 1 que será el Ministerio Público quien pida al Juez la autorización para proceder a la interceptación de las telecomunicaciones, pero contempla en el 2 que «en caso de urgencia» cuando exista motivo fundado para considerar que del retraso puede derivarse grave perjuicio para las investigaciones, el Ministerio Público dispondrá la intervención». Esta decisión motivada debe ser comunicada al juez antes de transcurridas 24 horas. El juez tiene 48 horas para decidir sobre la ratificación. Caso de no pronunciarse se entenderá denegada y nula a todos los efectos.

(59) En Bélgica, el Fiscal sólo está autorizado a ordenar la medida en el caso de delito flagrante de los tipos penales de los arts. 347 bis C.P. (toma de rehenes y secuestro de personas) y 470 C.P. (robo con intimidación o con extorsiones específicas).

(60) Del estudio pormenorizado de la legislación británica en esta materia que ofrece la sentencia TEDH (2 de agosto de 1984) sobre el *Caso Malone* se deduce claramente que el carácter administrativo ha imperado siempre. El juez nacional que falló el caso llegó a la siguiente conclusión: «El derecho inglés vigente no conoce ninguna de estas garantías y solamente se encuentran algunas previsiones en ese sentido en la práctica administrativa» (punto 34).

Otra precisión que resulta conveniente se refiere al rango y ramo de la Autoridad ordenante en la Ley de Interceptación de Comunicaciones de 1985. El término *Secretary of State* parece más equivalente al de Ministro, no al Secretario de Estado durante

ostenta la potestad de ordenarlas. Su naturaleza y finalidad, por tanto, son de carácter administrativo. En efecto, en la Ley sobre la Interceptación de las Comunicaciones de 1985, vigente en el Reino Unido, el principio general es la exclusión de toda finalidad probatoria, con base en las interceptaciones, ante un Juzgado o Tribunal [Sec. 9, Subs. (1)]. Idéntico régimen prima en la República de Irlanda, donde la Autoridad facultada para la ordenación es, exclusivamente, el Ministro de Justicia [Sec. 2. (1)].

En España, el monopolio judicial goza incluso de la reserva legal de primer rango o constitucional (art. 18.3), al igual que sucede en Italia, Dinamarca, Grecia, Austria y Portugal (este último por deducción implícita de su texto). La exigencia de la resolución judicial no es constitucionalmente exclusiva en Alemania [ver n. (5), art. 10.2], ni en los Países Bajos, donde junto a su reconocimiento persiste un control parlamentario para los atentados a la Seguridad del Estado Federal o de los *länder*, en el primer país; y una habilitación general innominada, en el segundo.

bⁱⁱ) *Derecho español*

Centrándonos en España, y en este marco de delincuencia común, la resolución judicial es exclusiva y excluyente, sin la cual por imperativo constitucional no es posible practicar una interceptación legal de las comunicaciones privadas de los ciudadanos, independientemente de la modalidad de telefonía fija o móvil que se utilice. Esto —a mi parecer— es irrelevante y no afecta al secreto de la comunicación ni a la garantía constitucional (61). En toda la legislación europea estudiada se ha

nuestro Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Y, por tal motivo, *Assistant under Secretary of State* parece asimilarse al Secretario General del Ministro.

Estas equivalencias de rango de altos cargos concuerdan con las verificadas en la Sentencia del *Caso Malone*, ya aludida. Aunque la ley no indica el departamento ministerial, el texto de la sentencia siempre cita al Ministro del Interior.

Hechas estas aclaraciones, se concluye que, según la referida ley británica será: el Ministro del Interior quien puede expedir una orden de interceptación y en caso de urgencia, si el Ministro así lo ha previsto, puede controlar su expedición su Secretario General o Autoridad de rango superior [Sec. 4, Subs. (1) en relación con la Sec. 2(1)].

(61) En contra de esta opinión González Guitián: *Escuchas clandestinas...*, obr. cit., pág. 117, que excluye a las comunicaciones por radio del carácter de «privadas». Contrario también De Vicente Remesal, J.: «Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones causales. Consideraciones so-

podido encontrar matización alguna que haga prescindible la autorización de la interceptación por causa del soporte o medio de transmisión. Antes al contrario se tiende a unificar el régimen para cualquier medio elegido (ver n. 43).

c) *Motivación de la medida*

Uno de los aspectos de gran interés policial en todo el régimen de la interceptación es el que se refiere a la verificación de los datos, que por

bre el empleo de teléfonos inalámbricos». *Poder Judicial* n.º 17, año 1990, pág. 164. Aún fresca la sentencia de la Audiencia Nacional (Sec. 3.ª Sala de lo Penal), de 15 de septiembre de 1995, en el SM 15/92 del J. Central de Instrucción n.º 5 (*Caso Charlin*), es igualmente adicta a esta tesis, afirmando que: las comunicaciones por radio «no se encuentran comprendidas en el art. 18.3 de nuestra Constitución, ni a las mismas se refiere para nada el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», por lo que tales intervenciones no necesitan de auto judicial sin que por ello pequen de inconstitucionalidad (F.D. Sexto final). Disiento radicalmente de este parecer, pues aunque —como dice la sentencia, en su favor— «las señales emitidas al espacio pueden ser captadas por cualquiera» —cuestión más que discutible si el Tribunal reparase en la estructura de las emisiones criptadas del ya operativo sistema digital G.S.M.—, la argumentación jurídica que me parece más fundada atiende al objeto del derecho y a la tutela jurídica que la Constitución le depara: el secreto de la comunicación, que es de carácter formal (STC 114/84 FJ 7.º). Y no se debe afirmar que por la utilización del espacio radioeléctrico como medio transmisor decae la garantía constitucional en orden a su control judicial. Es como si, p.e.: al garantizar el derecho a la inviolabilidad de domicilio (art. 17.2 C.E.), salvo resolución judicial, se admitieran excepciones que, según las tesos que se combate, pudieran implicar una «supuesta renuncia» del titular del derecho, tales como: si la morada está en despoblado, o se vive en un hotel, o deja la puerta de la casa abierta, etc. Por otro lado, esta peligrosa doctrina nos llevaría a la despenalización del art. 192 bis C.P. por falta de antijuridicidad, con lo que cualquier servicio de un departamento ministerial estaría legitimado para violar este tipo de comunicaciones (que cada vez son más frecuentes). ¿Se necesitaría o no resolución judicial para interceptar la comunicación entre un abonado de terminal móvil y otro de equipo fijo? —se me ocurre preguntar a mis contradictores—. De aceptar la teoría que se combate nos lleva al absurdo. A propósito de esta discusión, ver GIMBERNAT, E.: «El CESID y las escuchas telefónicas». *El Mundo*, 14 de junio de 1995. Artículo de opinión donde el ilustre Catedrático de Derecho Penal defiende la irrelevancia del medio de transmisión inalámbrico para la constitución del delito. En el mismo sentido, e identificando el aparato telefónico convencional (por hilo), como el llamado inalámbrico o móvil a los efectos penales, MONTIEL MÁRQUEZ, A.: «De escuchas y grabaciones». *El País*, sábado 24 de junio de 1995, pág. 20. La reciente obra de MARTÍN MORALES, R., obr. cit., pág. 88, ataca la pretendida excepción al art. 18.3 C.E. con estas palabras: «Como se puede comprender, es inaceptable el argumento de que la utilización de telefonía móvil inalámbrica constituye una renuncia tácita a la capacidad de control del destino de la propia comunicación». RODRÍGUEZ MARÍN, F., comparte también la tesis que aquí se defiende: «Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad». *ADP y CP*, 1990, pág. 217.

su calidad y consistencia puedan constituir la motivación en la que se funde el acuerdo de la medida por la Autoridad competente. Ello es debido a que, normalmente en la investigación del delito, la *notitia criminis* será captada en primer lugar por la Policía Judicial o por el Ministerio Público y serán éstos quienes soliciten el levantamiento del secreto de las comunicaciones en relación a determinadas personas o titulares de números telefónicos con apoyo en los conocimientos que sobre la perpetración del delito servirá de base para la imputación. Estos conocimientos deben versar sobre datos que se traduzcan en un grado de sospecha de cierta consistencia y verosimilitud, en la que se destaque, sobre todo, el dato objetivable susceptible de contraste, antes que vanas conjeturas o apreciaciones meramente subjetivas. Es decir, ante todo se pretende, por lo que se refiere a España, con la adopción de la vigilancia de las comunicaciones el «descubrimiento» o «comprobación» (art. 579.1 LECrim) de un hecho ilícito en curso. Estas consideraciones previas sirven para abordar la interdicción de las escuchas preventivas, prospectivas o de exploración sobre personas, o el barrido aleatorio de frecuencias del espacio radioeléctrico. Estas prácticas, normalmente sin control, son de carácter predelictual o mejor incluso con ausencia de todo indicio serio por el que se pueda sacrificar en aras del interés social la violación de la esfera privada.

c) *Derecho comparado*

Esta doctrina es normalmente aceptada por casi la totalidad de las normas reguladoras de las interceptaciones en los países de la U.E. (62).

(62) Por ejemplo, en Alemania el § 100 a StPO precisa para la vigilancia y grabación la presencia de «hechos ciertos» que justifiquen la sospecha de que alguien ha cometido un hecho delictivo del catálogo previsto. Se repite la expresión en el § 100 c. (2) StPO. El art. 267.1 C.P.P. italiano, exige «graves indicios de delito». En Dinamarca la fundamentación gravita sobre la sospecha de que el delito implique riesgos en la vida, bienestar de las personas o bienes sociales considerables [Sec. 781 (4)].

El Código de Procedimiento Criminal de Austria de 1974 exige, entre los requisitos para autorizarse, la grabación y registro de las telecomunicaciones que la finalidad sea la de «esclarecer» un delito cometido y que la sospecha sea «fundada» sobre la persona o titular de la instalación que se va a intervenir [§ 149.a(1).2 StPO].

La ley griega (2225/94), después de permitir la autorización para la investigación de determinados delitos (por tanto, cometidos o que están cometiendo) apura la misma hasta los actos preparatorios en el delito de falsificación de moneda (art. 4.1). Los términos del Código de Procedimiento Criminal en Holanda son extremadamente claros,

Presenta excepciones, el Reino Unido, pues su ley de 1985 permite que el Ministro expida una orden de interceptación de comunicaciones cuando se considere necesaria «con el propósito de *prevenir* y descubrir delitos graves» (63). Otro tanto, aun con mayor rotundidad, puede afirmarse en el caso de Irlanda, puesto que se admite entre las condiciones que justifican la interceptación, que aun siendo el delito investigado de gravedad pueda ser «conocido pero que no ha sido cometido» y que las investigaciones se realizan «con el fin de prevenir su comisión o para permitir que sea descubierto si llega a ser cometido...» (64). Otra particularidad de esta ley es la designación del Comisionado de la *Garda Síochána* como la única persona autorizada para solicitar la concesión de la interceptación por motivos de investigación criminal [Sc. 6(1) (a) (i)]. La autorización preventiva del derecho anglosajón es propia de la concesión legal de ordenación y control —que veremos a continuación— a la Autoridad administrativa, cuya ponderación de intereses en litigio no se corresponde con los criterios de la fiscalización judicial como garante de los derechos individuales de los ciudadanos. Esto es evidente.

La legislación francesa es de una laxitud que nos permite albergar toda serie de dudas en este aspecto. Por un lado, se dice que: «el Juez de Instrucción puede, cuando las necesidades de información lo requieran, prescribir la interceptación, la grabación y la transcripción de la correspondencia emitida por medio de las telecomunicaciones» (art. 100 C.P.P.). A continuación se añade que la decisión judicial «debe llevar ... la infracción que motiva el recurso a la interceptación» (art. 100.1 C.P.P.). Pero no se requiere motivación especial, grado de sospecha o indicios sobre los datos relacionados con el delito investigado, tan sólo se deja a pleno arbitrio judicial *lorsque les nécessités de l'information l'exigent* la adopción de la medida. Más oscuridad se aporta cuando la

puesto que la primera condición que se exige para ordenar la interceptación es que el delincuente sea sorprendido *infraganti* o que el delito sea denunciabile... (art. 125 f).

(63) «The Secretary of State shall not issue a warrant under this section unless he considers that the warrant is necessary—...

(b) for the purpose of *preventig* or detecting serious crime...» [Sec. 2, Subsec. (2) b) *Interception of Communications Act*, 1985).

(64) Sec. 4(a): «The conditions referred to in section 2 of this Act in relation to an interception for the purpose of criminal investigation are —...(ii) that— (I) in the case of a serious offence that is apprehended but has not been committed, investigations are being carried ont, for the purpose of preventing the commission of the offence or of enabling it to be detected, if is committed...».

orden judicial —se dice— «no tiene carácter jurisdiccional y no es susceptible de recursos» (art. 100 C.P.P., inciso final).

Hasta esta ley de 1991, con base en los artículos 81 y 151 C.P.P. francés, *les écoutes téléphoniques* no han tenido carácter meramente informativo, sino que la jurisprudencia ha dado muestras de ello, han servido de fuente de prueba, como efecto indirecto de la medida. ¿Cómo se entiende que la ley niegue el carácter jurisdiccional a una resolución judicial? ¿Restringirá la interceptación a meros efectos investigadores, desprovistos de valor probatorio? (65).

Aunque la ley belga inicia la descripción de los presupuestos relacionados con la motivación en términos similares a la francesa (*lorsque les nécessites...*) es inmediatamente precisada esta exigencia, sólo *s'il existe des indices sérieux... que constitue une infraction visée*, para referirse a continuación, a los delitos comprendidos en la propia ley (art. 90 ter, §1.º CI. Crim.).

c^{II}) Derecho español

En España es bien clara su prohibición en cualquier régimen, pues como veremos sólo puede hablarse de una especialidad en razón de terrorismo (579.4 LECrim.). Pero es que, además, la garantía constitucional (art. 18.3) que representa el control judicial *en todo caso*, no permite excepciones en favor de determinados delitos de terrorismo o contra la seguridad del Estado o contraespionaje, de carácter extraprocesal, que tengan como finalidad la búsqueda de información predelictual, a modo prospectivo o aleatorio. La *única* regulación nacional en esta materia tan sólo prevé «la intervención de las comunicaciones telefónicas... si hubiere *indicios* de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa (art.

(65) Sin dar mayores explicaciones sobre la significación real del carácter extrajurisdiccional de las escuchas telefónicas, en Francia. LECLERC, H., se hace asimismo toda una serie de preguntas para exponer sus serias dudas sobre la legalidad de la disposición que deja toda la liberalidad en manos del juez. «Est-il bien raisonnable et conforme aux exigences de la Convention de ne pas encadrer mieux cette "atteinte grave au respect de la vie privée et des correspondances" de la laisser à la seule discrétion du juge sans aucun contrôle de la motivation, sans aucun recours possible, outre qu'une demande de nullité pour des raisons formelles? N'y-a-t-il pas là des risques d'abus contre lesquels les citoyens ne disposeraient pas de garanties adéquates? Ver obr. cit., págs. 23 y 24.

579.2 LECrim.) o bien «la observación de las comunicaciones... telefónicas de las personas sobre las que existen *indicios* de responsabilidad criminal...» (art. 579.3 LECrim.). Como vemos la exigencia de indicios (66) y su relación con personas determinadas o determinables excluye otra finalidad que no sea el «descubrimiento o la comprobación» de algún hecho en relación a la causa. El Tribunal Supremo ha negado categóricamente la licitud de las escuchas predelictuales o de prospección desligadas de la realización de un hecho delictivo (67).

d) *Sujetos pasivos*

No suelen ser muy exactas o precisas las normas consultadas en cada país en este punto. Esta indeterminación subjetiva sobre a quienes puede aplicarse la medida, es interpretada en general, en referencia a las personas en las cuales recaigan fundadas sospechas de participación en el delito, ya como imputados directos o indirectos. Es decir, todas aquellas personas que reciben comunicaciones para el imputado o que provienen de él o que las transmite o sirve de enlace, que puedan adquirir

(66) El elemento esencial de interpretación, es decir, qué se entiende a estos efectos por *indicios*, ha sido definido por el Tribunal Supremo en su Auto de 18 de junio de 1992 (*Caso Naseiro*) como: «las indicaciones o señas o sea datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permitan descubrir o atisbar como dice la doctrina científica sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, de la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica (F.D. Segundo). Se añade en el mismo lugar: «No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al juez valorar la razonabilidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad». Reproducida la definición en S/TS 15 Jul. 93, FJ 3.º. La misma doctrina en la S/TS 25 Jun. 93 y en la S. Aud. Nacional 27 Sep. 94 (*Caso Naseiro*), FD n.º 47. Ídem S/TS 23 Dic. 94, FJ Sexto.

(67) Ver A/TS de 18 Jun. 1992 (*Caso Naseiro*) (FD 3.º, 1.ª pfo.). En el mismo sentido SS/TS 25 Jun. 1993 (FJ 5.º); 12 Ene. 1995 (FJ 4.º); 31 Oct. 1994 (FD 11) y 23 Dic. 1994 (FD 10).

La S/TS de 12 de enero de 1995 estimó precisamente el recurso de casación por este motivo. Así se dice: «... pero no se hizo constar por los agentes policiales que solicitaron la intervención del teléfono del acusado de delito que se hubiera cometido o que se pudiera estar cometiendo..., sino que dijeron que tan sólo se trataba de averiguar posibles hechos delictivos, sin ofrecer ninguna referencia de indicios, sobre la realidad de la existencia del delito concreto. (FJ Cuarto).

la cualidad de cómplices o cooperadores necesarios. No existe demasiado rigor en los pronunciamientos legales.

d^b) *Derecho comparado*

Ejemplo de omisión expresa es la reciente legislación francesa, que no fija quienes pueden ser las personas sometidas a la escucha, aunque la decisión judicial debe llevar «todos los elementos de identificación de la comunicación que se va a interceptar» (art. 100.1 C.P.P.). Tal indeterminación ha motivado las críticas de los comentaristas Henri Leclerc (68), Bernard Bouloc (69) y Pierre Chambon (70) quien, en un intento de interpretar la laguna legal, se remite a la opinión del ponente M. Massot que precisa «el juez puede hacer escuchas a cualquier persona en relación con la información abierta». Sin embargo, esta ley es especialmente cuidadosa para proteger las intervenciones decretadas sobre una línea que dependa del bufete de un abogado o de su domicilio, debiendo previamente ser informado por el Juez competente el Decano del Colegio de Abogados (*Le Bâtonnier*) (art. 100.7 C.P.P.). El C.P.P. portugués prohíbe la interceptación y grabación de comunicaciones o conversaciones entre el acusado y su defensor, salvo que el juez tuviera fundadas razones que tales constituyan el objeto del delito (art. 187.3). Además de los abogados, la ley procesal austríaca incluye otros profesionales, con serias limitaciones cuando se trate de interceptar las instalaciones de una empresa de medios de comunicación (71). De la misma índole son las prohibiciones de someter a la medida en el Código de Instrucción Criminal belga, a despachos profesionales, sedes de medios de comunicación, de abogados o médicos (salvo que éstos sea los sospechosos o sus locales utilizados a tal fin) (art. 90 octies). La prohibición es absoluta en Suecia para las conversaciones telefónicas u otras telecomunicaciones que tengan lugar entre el sospechoso y su defensor.

(68) Ver LECLERQ, H.: obr. cit., pág. 23.

(69) BOULOC, B.: «Chronique Législative». *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier-mars 1992, pág. 128 et suiv.

(70) CHAMBON, P.: obr. cit., pág. 175.

(71) Los abogados, notarios y psiquiatras quedan protegidos en sus comunicaciones de acuerdo con § 149a(1)b en relación con el § 152(1)4. Los medios de comunicación sólo soportarán la injerencia cuando el delito perseguido esté sancionado con cadena perpetua o penas superior a cinco años e inferior a diez [§ 149a(2) en relación con § 1.6 de la Ley de Medios].

Deberá interponerse la escucha nada más advertido y destruir la grabación inmediatamente (art. 22 C.P. Judicial).

La investigación del delito en Holanda dispone de amplias previsiones legales específicas para la obtención de sistemas automatizados, tanto pertenecientes al sospechoso como a cualquier otra persona que, bajo sospecha razonable, pueda aportar datos relacionados con aquél (art. 125 i-k C.P.Crim.). Protegiéndose el secreto eclesiástico, profesional u oficial (art. 125 e. C.P.Crim.).

La ley inglesa no explica la relación que liga a la «persona en particular o conjunto de dependencias» referidas en la orden de interceptación con la materia investigada ni cuál es su posición respecto de la eventual imputación [Sec. 3, Subsec. (1)]. Por el contrario, el Código de Procedimiento penal alemán (StPO) recalca la notoriedad de los sujetos pasivos sobre «alguien que haya realizado o tomado parte en...» en el catálogo de delitos previsto (§100 a). Pero al final de este párrafo aún se detalla mucho más: «la orden sólo se puede dictar contra el acusado o contra personas de las que se pueda suponer, en virtud de hechos ciertos, que reciben o transmiten informaciones del acusado, o de cuyo contacto se beneficia este último» (§ 100 a. final). En términos similares se expresa la Ley griega (art. 4.3).

d^{II}) *Derecho español*

¿Qué dice a este respecto nuestro derecho positivo? Primero, el artículo 579 LECrim siembra confusión entre la *intervención* de las comunicaciones del «procesado» y la *observación* las comunicaciones «de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal». No vamos a detenernos en la supuesta distinción (intervención-procesado / observación-imputado), en la que ni el Tribunal Supremo ha querido entrar (ver A/TS 18 Jun. 92. F.D. 2.º, 5.º pfo.) pero que, como se ha dicho anteriormente, la mayoría de la doctrina da por zanjada la controversia en favor de la intervención de las comunicaciones telefónicas a toda *persona imputada* judicialmente con sospecha fundada (72). Más

(72) Con posterioridad al A/TS de 18 Jun. 92, el mismo Tribunal llega a equiparar ambos términos que confusamente utiliza el art. 579.2 y 3 LECrim. Así la S/TS, 25 Jun. 93 en su FJ 4.º dice así: «Nos encontramos ante una mera distinción gramatical con objeto de evitar antiestéticas repeticiones ya que en ambos casos lo que se pretende, tanto con la intervención como con la observación, es conocer el contenido íntegro

tarde la normativa-precepto finaliza con una formulación genérica que implica a cuantas personas «se sirvan (de las comunicaciones) para la realización de sus fines delictivos» (579.3 LECrim. final). Por tal motivo López Fragoso es partidario de la aplicación de la redacción alemana, referida a personas con toda su amplitud al Derecho español (73).

2. Control en fase de ejecución

a) *Requisitos en tiempo*

a¹) *Derecho comparado*

Sobre la duración autorizada para las interceptaciones, Alemania, España e Irlanda coinciden en un tiempo máximo de tres meses, renovables. Un mes más, es decir, cuatro, autoriza la ley francesa; y un mes menos, sólo dos, con prórrogas de uno, la ley en el Reino Unido y Finlandia. Por debajo de estos límites, en Italia, tan sólo 15 días, por supuesto, renovables. Coinciden en un tiempo máximo de un mes, renovable por períodos de idéntica duración, Dinamarca, Suecia y Luxemburgo, y en el caso de Austria, Holanda y Portugal, curiosamente, no existe límite legal expreso, pero la orden de interceptación debe consignar el plazo.

Respecto de la normativa belga hay que hacer unas distinciones previas que le son propias. Admitida la modalidad de la injerencia de *repérage* (recogida de datos), ésta no tendrá plazo superior a dos meses, pudiendo prorrogarse. La *surveillance* (escucha, conocimiento y/o grabación) de la comunicación no podrá exceder de un mes, y sus prórrogas, de seis.

Los límites de tiempo marcado por la legislación griega son de dos meses para la interceptación acordada por primera vez, no pudiendo rebasar las prórrogas el tope de diez meses.

de las conversaciones mantenidas por las personas investigadas a través del teléfono del que sean titulares».

(73) Ver este autor, obr. cit., págs. 55 y 60.

a^{II)} *Derecho español*

La legislación española, siguiendo fiel a su insuficiencia, no señala plazo para la modalidad, llamada por el precepto «intervención» (pfo. 2 del art. 579 LECrim.). Por contra la «observación» es reglada por un plazo «de hasta tres meses». Es decir, como máximo, interpretado por la doctrina y la jurisprudencia de forma restrictiva, como cualquier limitación o injerencia en un derecho fundamental. Previéndose, además, en esta segunda modalidad, de una prórroga «por iguales períodos», que bajo el mismo sentido habrá de ser interpretada no indefinida, sino estrechamente relacionada con los resultados obtenidos. La solicitud de prórrogas no fundadas por parte de la Policía Judicial y/o su concesión incondicionada e injustificada por la Autoridad Judicial contravienen el juicio de proporcionalidad que de forma continuada debe gravitar sobre la interceptación (S/TS. 27 sep. 94).

b) *Requisitos en forma*

Una vez tomado el acuerdo por la Autoridad habilitada (Juez, Fiscal, Ministro), para llevar a cabo una interpretación de las telecomunicaciones de una o varias personas, se produce la orden o mandamiento para su ejecución. La orden suele revestir unos requisitos formales tales como ser dada por escrito (74), especificar el peticionario, el nombre, dirección, número de teléfono o teléfonos (para determinar la línea a interceptar en base a persona determinada o determinable), medida o modalidad a practicar: recuento o *comptage*, escucha, grabación; lugares o dependencias, autoridades, funcionarios o empleados públicos o privados, sobre los que se delegue la operación, tanto en su aspecto investigativo como de asistencia técnica; duración de la medida, con alguna indicación al respecto sobre el informe periódico de resultados. La normativa en este campo puede contener todo o parte de estas condiciones de ejecución, junto a otros controles simultáneos de desarrollo que revelarán su importancia en el momento de reconocer a las grabaciones su autenticidad y valor probatorio. Estos nuevos requisitos pueden versar sobre el levantamiento de actas del contenido de los registros o

(74) La Ley en Irlanda autoriza al Ministro de Justicia a conceder la autorización oralmente (por teléfono o de otro modo) en caso de excepcional urgencia, confirmándose lo antes posible por escrito [Sec. 2(2) b].

transcripciones de las comunicaciones, sobre todo para determinar el fedatario de las mismas, pudiendo ampliarse a la remisión de todo el material o parte de él seleccionado, plazos de entrega, custodia del mismo, exigencia de grabaciones originales o copias, etc.

b) *Derecho comparado*

Todos los códigos o leyes reguladoras europeas más actualizadas contienen en mayor o menor medida estos requisitos formales de ejecución. Lo normal es que la Autoridad habilitada para su ordenación delegue su práctica en el Ministerio Público, Policía Judicial y/o en empleados de las compañías telefónicas, que no conviene olvidar puede representar problemas, que abordaremos más adelante, según el operador de red o proveedor de servicios sea de naturaleza pública o privada, problemas tanto legales, como técnicos o financieros.

Como prototipo de previsión legislativa cabe citarse el propio del derecho italiano. El art. 268 de C.P.P. (ejecución de las operaciones) conjuntamente con el art. 267 del mismo texto legal configuran un marco bien definido (75). Es el Fiscal quien protagoniza la dirección de las operaciones apoyándose, para su ejecución y asistencia técnica, en la Policía Judicial y explotador de la red de telecomunicaciones correspondiente, disponiéndose, por su parte, las dependencias donde deba realizarse la vigilancia. Destaca la minuciosidad de las secuencias descritas por la ley, afinando en cuanto a la custodia de la totalidad de las grabaciones y de sus respectivas transcripciones.

(75) «El Ministerio Público procederá a las operaciones personalmente o bien valiéndose de un oficial de la policía judicial» (art. 267.4 C.P.P.). El control de las operaciones exige que su grabación, reserva y custodia sean en las oficinas del Fiscal, quien anotará en orden cronológico las órdenes que dispongan, autoricen, ratifiquen o prorroguen las interceptaciones y el comienzo y fin de cualquier grabación (art. 267.5 C.P.P.). Se levantará acta y se transcribirá el contenido de las comunicaciones (art. 268.1 y 2 C.P.P.), operaciones que podrán ser exclusivamente realizadas en la Procuraduría de la República o cuando resulten insuficientes, inadecuadas o por razones de urgencia, debidamente motivado podrá disponerse en la instalación de los aparatos técnicos en la empresa pública o en las dependencias de la Policía Judicial (art. 268.3 C.P.P.).

Las actas y las grabaciones serán enviadas inmediatamente al Ministerio Público, dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de las escuchas que serán depositadas todas (puesto que no se hacen selecciones previas) en su secretaría, junto con las órdenes, autorizaciones o prórrogas, quedando bajo su custodia el tiempo fijado por el Fiscal» (268.4 C.P.P.). Las transcripciones de las grabaciones serán dispuestas por el Juez de *forma completa* (art. 268.7 C.P.P.).

Francia goza de un régimen caracterizado, en este aspecto, como en otras actividades de investigación e instrucción, previstas en el Código Procesal Penal (ver como ejemplo, arts. 81, 151 y 152 C.P.P.), por la delegación continua en la Policía Judicial para la ejecución de la interceptación (76).

En el Código de Procedimiento Penal alemán (StPO), después de señalar la especificaciones de la orden de interceptación (por escrito, nombre y dirección, duración, etc.) [§100 b (2)], tan sólo se recoge el deber de prestar asistencia técnica para llevarla a cabo (77). No hay, por tanto, una disciplina legal de las actividades precisas para la ejecución de la interceptación, con atribución de papeles y responsabilidades a los participantes: Juez, Fiscal, Policía. Quedará al arbitrio judicial quien en todo momento mantiene el control de la medida, la ordenación de las prescripciones necesarias para señalar ejecutores de la grabación, particularidades de la misma (total o parcial), reseña e individualización de las cintas, remisión y custodia, transcripciones, etc.

(76) Como prueba se dice: «El juez de instrucción o el funcionario de policía judicial nombrado por él puede requerir... a todo agente de un servicio u organismo que esté bajo su autoridad o la tutela del Ministro responsable de las telecomunicaciones, o a todo agente cualificado para realizar una explotación de red o como proveedor de servicios de telecomunicaciones para que proceda a la instalación de un dispositivo de interceptación» (art. 100.3). Esta norma habilitante para el Juez de Instrucción o el Policía Judicial que le represente es de gran interés, pues crea la obligación jurídica de forma específica para acatar órdenes en este campo. En su momento volveremos a ella destacando su importancia efectiva. Pero ahora hay que concretar la participación tanto de agentes de la policía judicial como de empleados públicos o privados de empresas explotadoras de los servicios de telefonía en las actividades de interceptación, sin precisarse los locales o dependencias donde tengan lugar éstas.

Continúan las operaciones bajo la dirección (en la práctica) del oficial de la Policía Judicial designado con amplios poderes «levantar acta de cada una de las interceptaciones y grabaciones» con indicación de fecha y hora del principio y fin de aquéllas (art. 100.4). El mismo funcionario de la policía judicial, así nombrado, está autorizado legalmente *para transcribir las comunicaciones útiles para demostrar la verdad*» (art. 100.5).

(77) Incumbe al Post —es decir, Correos, Telégrafos y a la Compañía Telefónica Nacional, en nuestro caso— y «a todo titular de instalaciones públicas de telecomunicación» el facilitar la vigilancia y grabación de las comunicaciones interesadas, al Juez, al Fiscal y a la policía judicial [art. 100 b (3)]. No se solucionan con este precepto todos los problemas generados por la necesidad de asistencia técnica e información complementaria cuando ésta se requiere de empresas operadoras de *redes privadas explotadoras del servicio público*. Los problemas legales surgidos por la falta de constitución de la obligación de asistencia a las empresas privadas concesionarias de la telefonía móvil, en Alemania, han sido de tal alcance que han obligado al Gobierno Federal a aprobar el decreto de 18 de mayo de 1995, para reglar la situación y la modificación del § 100 b (3) StPO, a los mismos efectos por Ley. PT Neu OG de 19 Sep. 4».

En Grecia existe libertad de ejecución, una vez dictada la orden, por parte del órgano que solicitó la medida (autoridad judicial, militar, fiscal o policial). El solicitante, una vez autorizado, llevará a cabo las operaciones precisas, redactándose informes de las mismas, lugar, fecha, modo y el nombre de los funcionarios actuantes, caso de serle exigido. Estos informes se remitirán al Tribunal (art. 5.5).

El Código de Instrucción Criminal belga describe minuciosamente las actividades a realizar para ejecutar la medida. Además de consignarse en la orden motivada de autorización los datos de rigor, asimismo se incluirán los nombres y empleo de los oficiales de Policía Judicial encargados de realizarla, pues únicamente los que ostenten esta calificación están facultados por la Ley para este cometido. Éstos rendirán un informe por escrito cada cinco días sobre el desarrollo de la interceptación (art. 90 quater §1.5 y §3). Igualmente, estos agentes policiales tienen otorgado por la Ley la transcripción y traducción (si fuera preciso) del contenido de las grabaciones, precisándose en las cintas los datos identificativos de su registro. Todo el material y la documentación a que se hace referencia exigiéndose que la transcripción debe ser completa (*intégrale*), será entregado por los comisionados policiales al Secretario del Juzgado (art. 90 sexies).

De forma muy escueta se pronuncia el Código de Procedimiento Criminal holandés sobre las operaciones de ejecución. Sólo se menciona la facultad por la que el magistrado instructor puede ordenar, dado el caso, a un oficial investigador la grabación y asimismo la obligación de éste de redactar in informe dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes (art. 125g).

En el resto de los países no está especialmente previsto en la legislación, pero en la práctica son los policías judiciales los encargados de realizar las transcripciones, y remitirlas al Juzgado.

b^{II}) *Derecho español*

Una vez más, al acudir al único precepto legal español que constituye, por el momento, todo el régimen, calificado por algún autor como de «inconstitucional por omisión», nos encontramos con que el artículo 579 LECrim. no contiene absolutamente ningún requisito sobre el control de la ejecución de la interceptación, una vez acordada. Así pues, no queda más camino, como reconoce la doctrina y el auto del T.S. de 18

Jun. 92 (*Caso Naseiro*) «de llevar a cabo una especie de construcción... utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la detención de la correspondencia privada (art. 580 y ss.) y otros supuestos semejantes (entrada y registro domiciliario art. 563 LECrim). Según éstos, cabe que el Juez de instrucción podrá oficiar directamente a la oficina de la Compañía Telefónica para que se practique la intervención acordada (art. 580.2 y 582 LECrim), en cuyo caso el encargado de la misma remitirá el resultado directamente al Juez o bien encomendar la ejecución de la diligencia a las Autoridades y agentes de la Policía judicial (art. 563.1 LECrim), los cuales habrán de dar cuenta de su resultado al Juzgado y al Ministerio Fiscal según los términos previstos en el art. 296 LECrim y obrando siempre con la legalidad en sus actuaciones exigido por el art. 297 LECrim, en la práctica de la diligencia (78).

Parece más lógico que como expertos en la investigación sean los funcionarios policiales los encargados por la Autoridad Judicial de la escucha y grabación de las conversaciones interesadas, para lo cual necesitarán de la colaboración en materia de asistencia técnica (79) de los empleados de las empresas explotadoras de las redes y proveedoras de servicios, tanto de las públicas como de las privadas concesionarias, cuya labor será imprescindible y compleja, a la vez que costosa, a partir de la generalización de los servicios de la telefonía móvil en España (sistema analógico) o con mayor razón por la actual implantación del sistema digital GSM paneuropeo. Dadas las notorias ausencias legales y el amplio margen del arbitrio judicial en materia de investigación, como se dice no reglada, otras actuaciones consecutivas de la interceptación misma son objeto de polémica. Se trata de la remisión al Juzgado de las

(78) Tal como pone de manifiesto la Circular 1/1989, de 8 de marzo, sobre el procedimiento abreviado (L.O. 7/88 de 28 de diciembre) de la Fiscalía General del Estado, en la fase preprocesal (IV), investigación del Fiscal (B), aun admitiéndose la investigación del Fiscal con todos sus efectos ésta resulta «truncada y limitada, tanto en su contenido, pues ni aun con la autorización judicial podrá realizar por sí determinados actos investigadores (registros, interceptación de comunicaciones) que paradójicamente el Juez puede autorizar a la Policía; como en su culminación, pues el Fiscal debe cesar en su investigación al tener noticias de la iniciación de una actuación judicial».

(79) Según LÓPEZ BARJA, las personas que pueden llevar a cabo la interceptación habrán de ser técnicas pertenecientes a un organismo diferente a aquel que solicitó y obtuvo la autorización judicial», obr. cit., pág. 152. Desde el punto de vista garantista, es irreprochable. Si se pretende la eficacia de la investigación, que no tiene por qué contrariar la imparcialidad y profesionalidad de los agentes, es una traba innecesaria. La inmediatez sobre la información que se desvele a través de la escucha será base fundamental del descubrimiento del delito y autores.

cintas originales o de copias, y a su vez a los hechos investigados, y, por último, sobre la designación de la persona o personas autorizadas para realizar la transcripción de aquéllas, con vistas a su valor probatorio.

b^{III}) *Debate sobre la participación policial*

Como resumen de este epígrafe extraído del análisis del Derecho comparado, y atendiendo a esquemas concretos y bien perfilados, podemos fijarnos en el modelo italiano, en el que el control de las actuaciones de ejecución está en manos del Ministerio Público, primero, y las transcripciones bajo dirección judicial.

Por otro lado, distinguimos varios niveles de protagonismo legal policial, con concesiones explícitas o no en las operaciones de ejecución de la medida. En un primer plano la Ley belga directamente otorga al oficial de Policía Judicial todas las actuaciones de grabación, transcripción y traducción (si fuera preciso), sin más requisitos que llevar a cabo una transcripción completa de los registros y la exacta identificación de los mismos. En segundo término, aunque sin atribución directa de competencias, en el modelo francés, es el mismo oficial de Policía Judicial quien, comisionado por el Juez de Instrucción, está autorizado a seleccionar y transcribir lo útil «para demostrar la verdad». Y en fin, en Grecia, el órgano solicitante de la medida se sitúa en un ámbito de plena libertad de ejecución de la orden o autorización, pudiendo elegir entre sus agentes las funciones de su desarrollo, sin cortapisa o limitaciones legales explícitas.

Se hace exclusión expresa de comentario la ausencia de normas a este respecto en el Reino Unido e Irlanda donde las grabaciones no son fuente de prueba en el proceso penal.

Como término medio, el papel de la Policía Judicial en los países de la U.E. en esta fase es patente con concesiones a ésta de hecho o de derecho en las actividades de ejecución de la interceptación, con una incidencia judicial muy variable.

La mayoría de la doctrina española (80) se muestra inflexible a la hora de exigir a los agentes policiales comisionados la entrega al Juez de

(80) LÓPEZ FRAGOSO, T., insiste en limitar la posible actividad de ejecución de la Policía a la grabación y, en su caso, a la escucha y grabación de las comunicaciones intervenidas», obr. cit., pág. 86, y considera «inadmisible que sea la Policía la que efectúe las transcripciones», pág. 115.

los *originales* de las grabaciones y nunca de las copias y que el material entregado debe contener *todas* las conversaciones interceptadas. Negándose, por tanto, a tales la posibilidad de efectuar una selección de las mismas en relación a los hechos investigados y menos aún la de verificar transcripción alguna ni cualquier otra manipulación que escape al control judicial.

Pretender apoyar tales interpretaciones en el precepto constitucional (art. 18.3) que protege el secreto de las comunicaciones o en la posición de jueces y tribunales como garantes de los derechos fundamentales (art. 53 C.E.) no puede usarse para urdir asechanzas sobre la actuación policial, tales como que tan pronto escape al control judicial se pueden utilizar los conocimientos adquiridos para realizar extorsiones, para su lucro, para venta a los medios de comunicación o «simplemente» para la creación de «archivos paralelos» policiales (81). No cabe despreciar de forma tan gratuita la misión constitucional de los miembros de las F. y C. de S. sobre la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades (art. 104.1 C.E.) y no se debe olvidar que el mismo deber de secreto sobre los hechos investigados obliga a jueces y policías sancionados en el mismo Código Penal. Estas disonancias, que suponen la descalificación genérica sobre la integridad y profesionalidad de los agentes de la Policía Judicial española, recurriendo a un falso postulado, no encierran más que pura y simple desconfianza en aquéllos, lo que, a decir de lo ya visto, es extraña a los pronunciamientos legales de la mayor parte de los países de la U.E. Frente a esta ocurrencia impertinente se alza más razonado y prudente el análisis del magistrado Hurtado Adrián (82), quien de forma conveniente toma como ejemplo las facultades otorgadas al funcionario

VELASCO NÚÑEZ, E., coincide «en exigir que las cintas originales entregadas al Juez han de contener “todas” las conversaciones injeridas en el orden cronológico y de forma completa en que se han producido» y de que la Policía no seleccione, sino que esta selección de interés para la investigación «sea obra del juez», obr. cit., pág. 266.

(81) Ésta es la opinión de López Fragoso, T., que asume lo ideado por Asencio Mellado, J. M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid, 1989, pág. 102, al que cita. Ver obr. cit., pág. 87.

(82) Ver este autor obr. cit., pág. 175, que a propósito de las sospechas de manipulación de las cintas u otras conductas irregulares e incluso delictivas, como las apuntadas más arriba, le sugiere que «dar entrada a una sospecha basada en una genérica desconfianza en todo aquel funcionario policial que esté encargado de una investigación, lo cual supone una inversión de una serie de principios que juegan en el proceso penal». Siguiendo el previsto planteamiento, se dudaría de su testimonio en la vista oral y *mutatis mutandi* podría aducirse lo mismo de cualquier testigo, que como el agente policial no tenga interés en el procedimiento, quebrándose la presunción de veracidad de que goza todo ciudadano.

de Correos en el examen y selección de la correspondencia (art. 580 y ss. LECrim) y que no se pueda, en su misma virtud, conceder a los miembros de la Policía Judicial que han ejecutado materialmente la medida, la continuidad, merced a su intermediación, de seleccionar de lo escuchado lo que guarde interés por la causa y, caso de no poderse aportar los originales, presentar las copias igualmente identificadas y reseñadas.

La jurisprudencia ha tratado también estos aspectos, y el paradigmático Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 reserva al Juez que dictó la orden de interceptación el pleno control de su desarrollo «en el sentido de ordenar que se entreguen tan pronto como sea posible en el Juzgado los soportes originales físicos en los que consten las conversaciones intervenidas... para tomar las correspondientes decisiones y poder realizar con carácter exclusivo y excluyente de manera inmediata la selección de las conversaciones intervenidas y grabadas, desechando aquellas que no afecten al objeto de la investigación... y la obligada presencia del Secretario Judicial» (F.D. Quinto). Más tarde la jurisprudencia es unánime sobre los puntos cuestionados, diciendo que «en ningún caso se puede encomendar la manipulación técnica y la selección de las conversaciones a los policías que realizan materialmente la intervención telefónica» (83).

No obstante la consagración de la doctrina profesoral y jurisprudencial (84) instituyendo un control judicial omnipresente en actividades complementarias de la mera interceptación, me atrevo a apuntar lo que la propia Audiencia Nacional ha calificado como de «judicializar al máximo la ejecución de la medida..., sin necesidad alguna» (85).

(83) Este último inciso fue refrendado con exactitud por las SS. del TS, de 13 de febrero, 14 de junio, 25 de junio de 1993 y 25 de marzo de 1994. Y la doctrina construida por el A. 18 Jun. 92 se ha convertido en regla insoslayable. Insistiéndose de forma monolítica por el T.S. en los aspectos complementarios de la grabación: remisión íntegra y original de la misma por la Policía Judicial al Juez; selección del material útil por éste, de forma exclusiva y excluyente. Así, las SS. de 17 de octubre de 1992; 25 y 29 de junio de 1993; 31 de octubre, 17 de noviembre, 23 de diciembre de 1994 y 12 y 20 de enero y 6 de febrero de 1995, llegándose en estas cinco últimas a la mera reproducción idéntica de los requisitos ya acuñados como régimen procesal.

(84) Ver un compendio de los requisitos en la fase de ejecución de la interceptación y resumen de la doctrina general sobre el régimen legal español consolidado en la jurisprudencia en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «Esquema general del régimen legal de las intervenciones telefónicas». *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 88 de 11 de febrero de 1993 y SOTO NIETO, F.: «La motivación, la proporcionalidad y el control judicial en las intervenciones telefónicas». *Rev. La Ley* n.º 3783, de 19 de mayo de 1995.

(85) Ver S/A. Nacional de 27 de septiembre de 1994, Sec. 3.ª, Sala de lo Penal SM 18/90 (*Caso Nécora*) FD 47. Partiendo del reconocimiento admitido en la práctica,

Queda pendiente el más delicado asunto de las transcripciones de las grabaciones efectuadas. Desde luego, nada hay previsto en el art. 579 LECrim, como tantas veces se ha repetido. Y al recurrir a otras condiciones generales de autenticidad con vistas al valor probatorio ulterior (ya que las cintas son fuente de prueba como documento fonográfico) se exige ineludiblemente que sea el fedatario legal en el proceso penal (el Secretario Judicial, art. 281.1 y 473 L.O.P.J.) al que única y exclusivamente le corresponde advenir la fidelidad de las

incluso por la S/TS de 25 Jun. 93 de que «la técnica de intervención telefónica y su seguimiento continuado dificultan la permanente atención del Juez a la forma en que se desarrolla. Los Juzgados carecen de posibilidades materiales para instalar las escuchas y para realizar un control integral de las conversaciones mantenidas, por lo que de momento se debe encomendar su práctica a las unidades de la policía judicial...» (FD 12, 4.º pfo.), resulta pretencioso y voluntarista requerir la presencia continuada del Juez o Secretario judicial para validar la autenticidad de cada paso por insignificante que éste sea. Pretender amparar en la reserva judicial de carácter constitucional y de legalidad ordinaria el control efectivo de todas y cada una de las actividades que comporta la interceptación incluso «hasta en detalles aparentemente menores», como dice GARCÍA VALTUEÑA, E. (obr. cit., pág. 338) o la pretensión del conocimiento por el juez de instrucción, de la técnica empleada en la intervención, como solicita MARTÍN MORALES, R. (obr. cit., pág. 114-115), rebasa con mucho las funciones propiamente jurisdiccionales, sin que ello suponga menoscabo de la capacidad científica del juez instructor, que por otro lado en el campo técnico no le es exigible. La misma exigencia plantea MONTÓN REDONDO, A. en «Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas». *Revista La Ley*, 21 nov. 95, pág. 4. En el caso de practicarse una escucha, p.ej., en teléfono público sobre varias personas en materia de narcotráfico, apurando el plazo máximo y concesión de prórrogas, las conversaciones pueden ocupar decenas de horas de grabación. Son recogidas en cintas *master* de larga duración. El control bajo presencia del Secretario Judicial de la regrabación o repicado de todo el material así acumulado en cintas cassettes puede entenderse como una muestra de paroxismo garantista. Vista la STS de 25 Jun. 93 que las interceptaciones autorizadas judicialmente, solicitadas por un Fiscal Jefe de un Tribunal Superior de Justicia, se complementan por su parte con la selección de pasajes y transcripción de los mismos realizados por la policía, según sus instrucciones, y que éstas resulten improcedentes y nulas, debe ser frustrante para quien tiene por misión «promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley» (art. 435 L.O.P.J.). Es decir, para el Ministerio Fiscal y para los agentes policiales que dependen de él en todas las actuaciones que le encomiende (art. 444 L.O.P.J.). Conocidas las limitaciones de la actividad investigadora del Fiscal en el proceso penal español es imposible acercarse al modelo italiano. Constatada la ausencia de facultades de la Policía Judicial de propia iniciativa en la LECrim y la corriente estigmatizante actual hacia la Policía Judicial española, es inalcanzable el modelo francés. Aunque nos daríamos por satisfechos con que la dependencia judicial de la Policía Judicial «en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente...» (art. 126 C.E.) surtiera verdaderamente sus efectos, en general y en particular aquí, sobre su contribución en la instrucción del proceso penal.

transcripciones, siendo inadmisibile que sea la Policía la que efectúe las mismas (86).

3. Control *a posteriori*

a) *La notificación al interesado*

Una vez finalizada la vigilancia de las comunicaciones sobre la persona o personas determinadas, de la que naturalmente, en pro de la eficacia de la medida, no se les ha dado conocimiento de su adopción, nace, para restablecer la restricción del derecho fundamental practicada a través de la injerencia, la obligación de comunicar o notificar al interesado/s todo lo actuado, para que ejerza su control de legalidad, en base a los recursos que considere oportunos. El derecho de defensa debe ser restablecido tan pronto los resultados hagan cesar la ejecución de la medida. Este derecho a ser informado puede ser exigido a través del artículo 6.3 de la C.E.D.H., en relación con el artículo 8 del mismo texto.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 6 de septiembre de 1978 (*Caso Klass y otros*) reconoce que «... si no se le informa de las medidas tomadas sin su conocimiento, el interesado no puede, generalmente, en principio, constatar retrospectivamente la legalidad de la actuación» (87).

(86) *Reiteradísima jurisprudencia*: SS/TS 25 de junio; 5 octubre, 14 de noviembre de 1990; 21 de febrero de 1991; A/TS 18 de junio de 1992; S. 17 de octubre de 1992; 29 de junio de 1993; 6 de junio de 1994; 31 de octubre de 1994 entre otras.

Puesto que la remisión de las grabaciones debe ser *íntegra*, la transcripción corre a cargo de la Policía Judicial (S. 14 nov. 90 y 21 feb. 91) y el Secretario Judicial *realiza el cotejo* cinta-transcripción, dando fe de la autenticidad de lo transcrito, deberán evitarse trabajos inútiles por la Policía Judicial y transcribir sólo lo seleccionado por el Juez previa audición de todo el material enviado. Lo cual, según el A/TS 18 jun. 92 resulta perfectamente plausible, ya que «no cabe argumentar que al Juez no le resultará posible oír horas y horas de conversación porque ello supondría abandonar el resto de sus importantes tareas judiciales, y no lo es porque se trata de que el Juez, asesorado, si lo estima oportuno, de los expertos y en presencia del Secretario Judicial, en cuanto dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, seleccione en la forma que estime oportuna lo que interesa a la investigación...». Es decir, que el Juez decidirá oídos los «expertos» que no son otros que los agentes que han escuchado la grabación lo que resulta de interés para la causa: Resulta muy difícil, en la práctica, llegar a una conclusión distinta de la de los «expertos» aun escuchando horas y horas de grabación por el Juez en presencia del Secretario.

(87) Este Tribunal tiene sentado que: «La publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, establecida en el artículo 6, párrafo 1, protege a las partes contra una

La recomendación R(95) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 7 de febrero de 1995, sobre protección de datos de carácter personal con especial atención a los servicios telefónicos, se detiene, entre las recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, en los derechos del ciudadano sometido a la interceptación de sus comunicaciones y garantías que las autoridades públicas, sujetos activos de la violación legal y los responsables de la explotación y suministro de los servicios telefónicos deben respetar, debiendo tales recomendaciones y derechos ser incorporados a las reglamentaciones nacionales (88).

a¹) *Derecho comparado*

Alemania, Austria, Dinamarca, Italia, Bélgica, Finlandia, Grecia (potestativo), Luxemburgo, Portugal y Holanda (esta última en el futuro, sujeta a condiciones de seguridad nacional) reconocen que existe legalmente esta obligación, debiendo salvaguardar al mismo tiempo el secreto de la investigación. España no tiene un reconocimiento legal expreso, sino que, como veremos, es preciso deducirlo de otros preceptos para considerarlo incluido como una manifestación más del derecho de defensa.

En este aspecto la legislación de la República Federal de Alemania ha sido objeto de una revisión constitucional, de 24 de junio de 1968, que modificó el art. 10.2 de la Ley Fundamental. Una impugnación posterior motivó la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, de 15 de diciembre de 1970, que declaró contrario a la Constitución alemana que por ley se autorizase la no comunicación al interesado de la intervención de sus comunicaciones, para el caso de delitos relacionados con la seguridad del Estado Federal o de los federados. En la actualidad, en el régimen propio de la investigación del delito común, la ley de 17 de julio de 1992 modificó el StPO, y en su §101 «Comunicación» se prescribe que la vigilancia y grabación de las telecomunicaciones «se comunica-

justicia secreta que escape al control público, constituye así uno de los medios de preservar la confianza en Jueces y Tribunales». SS/T.E.D.H. de 8 de diciembre de 1983 (*Caso Pretto y otros*) y de la misma fecha (*Caso Axen*), párrafos 21 y 25 respect. B.J.C. n.º 44. Dic. 1984 (págs. 1490-1507).

(88) Recommendation N.º R (95) 4 du Comité des Ministres aux états membres sur protection de données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunications en égard notamment aux services téléphoniques, adoptée par le Comité de Ministres le 7 février 1995. Punto (2.5).

rán a los implicados, siempre que no se ponga en peligro el objeto de la investigación, la seguridad pública, la integridad o la vida de una persona y la posibilidad de actuaciones posteriores de agentes investigadores que no actúen abiertamente». Como vemos, la notificación al interesado está sujeto a todo un elenco de consideraciones previas excluyentes, alguna de ellas representada por un concepto tan indeterminado como es «la puesta en peligro de la seguridad pública» cuestión que por sí sola puede constituir un valor polivalente difícilmente objetivable para obviar la notificación sobre la injerencia de unas determinadas comunicaciones, una vez practicada. La notificación en Austria será inmediata, después de la vigilancia, salvo puesta en peligro de la finalidad [art. 149b(4)].

La legislación italiana no somete a condiciones el aviso a la defensa de las partes de inmediato (dentro de los cinco días de la conclusión de las interceptaciones o no más tarde de que el juez concluya las investigaciones preliminares) para que puedan proceder a «examinar las actas y escuchar las grabaciones» (art. 268.6 C.P.P.), pudiendo extraer copia de las transcripciones y de las cintas (art. 268.8 C.P.P.). La «Comisión Nacional para la Protección del Secreto de las Comunicaciones» en Grecia es el órgano que «podrá decidir» la notificación a los afectados una vez finalizada la medida y cuando no existe riesgo para la investigación (art. 5.9). Se trata, por tanto, de una «coparticipación» del órgano parlamentario en la instrucción del proceso penal y de un obstáculo facultativo al derecho de defensa del (los) interesado(s).

Dinamarca da vida en su legislación a una institución singular que —en mi opinión— supone un verdadero acierto para solucionar de forma jurídicamente satisfactoria el problema de mantener el secreto de la investigación policial-judicial, garantizándose al mismo tiempo la defensa de los derechos del interesado. Se trata de que «antes de que el Tribunal emita su orden (de interceptar las comunicaciones), se nombrará a un abogado para la defensa de la persona a quien corresponde la intervención y al abogado de la defensa se le dará audiencia» [Sec. 784 (1)]. Este abogado defensor «en la sombra» será nombrado de una lista especial confeccionada por el Ministerio de Justicia, quien establecerá las normas referentes a su servicio [Sec. 784 (2)]. Este letrado será informado de todas las reuniones del Tribunal sobre el caso que le está confiado y tiene derecho a participar en ellas y a tener acceso al material que vaya proporcionando la Policía. En caso de duda sobre alguna materia estrictamente confidencial, decidirá el Tribunal. El letrado no

debe revelar a nadie la información recibida, ni tener contacto con la persona intervenida, sin autorización de la Policía [Sec. 785(1)]. De esta forma se garantiza un control simultáneo de la medida en su defensa (89). En Finlandia puede diferirse la notificación hasta el sobreseimiento o formulación de acusaciones, en su caso (Sec. 29).

En la ley belga se previene que, lo más tarde en el momento de finalizar la fase preparatoria del proceso penal toda persona que haya sido objeto de una interceptación debe ser notificada de la medida a que ha estado sometida, y datos de su ejecución, así como de los lugares, horas y días en los que estarán a su disposición las grabaciones para oír las y tomar conocimiento de las copias transcritas en el expediente. No existe obligación de informar a los interesados sobre las interceptaciones que les afectan en la reciente legislación francesa, ni en el Reino Unido, Irlanda o Suecia. La notificación puede ser retardada un año en Luxemburgo. En Portugal la comunicación depende de los resultados de la investigación judicial (art. 188.4 C.P.P.). Pero una vez cesada la medida, el acusado y su defensa podrán examinar las actuaciones y obtener copias de las grabaciones con gastos a su cargo (art. 188.3 C.P.P.).

aⁱⁱ) *Derecho español*

En el caso español la obligación jurídica de comunicar al interesado el auto por el que se ha acordado la intervención de su teléfono o teléfonos relacionados con su actividad y la puesta a disposición de la defensa de las grabaciones y las condiciones en que fueron ejecutadas, hay que deducirlas de los derechos que le asisten al imputado en virtud del art. 118 y 302.2 LECrim, por los que cualquier imputado, en general, podrá personarse en el proceso, tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias que se practiquen. Naturalmente que, para no comprometer la eficacia de la medida, es decir, la puesta en peligro de la finalidad de la investigación, esta obligación quedará diferida al mo-

(89) El control será ejercido por este defensor, nombrado a tal efecto, de tal forma que «a partir de la terminación de una intervención en el secreto de las comunicaciones se dará notificación», dándole cuenta además del delito imputado al sospechoso, al propietario del teléfono y los lugares o locales injeridos. El Tribunal dará cuenta de la intervención en el plazo de 14 días, si la Policía no solicita una prórroga o posponer la notificación. De todo ello estará informado el letrado defensor. Si el Tribunal, a petición de la Policía y por causas de ocasionar perjuicios a la investigación cuestionara la fecha de la notificación, se escuchará al letrado defensor (Se. 788).

mento de conclusión de las interceptaciones, y para que tales objetivos sean compatibles en la fase instructora deberá acordarse por el Juez el previo o simultáneo secreto de sumario (art. 302 LECrim) (90).

b) *Órganos de apelación. Recursos*

La existencia de órganos jurisdiccionales o administrativos ante los cuales pueden hacerse valer los recursos de las personas que en el ejercicio de su derecho al secreto de sus comunicaciones lo consideren violado por la autoridad pública, es normal en el marco de las medidas de control de la injerencia *a posteriori*. Así lo reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia tan aludida por lo instructiva sobre el *Caso Klass y otros*, cuando dice: «De hecho bajo el artículo 8 los demandantes se querellan por lo esencial de que el interesado no es siempre informado después de levantar la vigilancia y no se encuentra, pues, en situación de ejercer un recurso efectivo ante los tribunales» (pfo. 57). Así es, pues el artículo 8 del C.E.D.H. por el que se protege el respeto de toda persona a su vida privada y de su correspondencia, nos interesa ponerlo en relación con el art. 13 del mismo Convenio, por el que se garantiza el «derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional por parte de aquellas personas, cuyos derechos y libertades reconocidas en el texto internacional hayan sido violados, apostillándose significativamente, «incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

El tema no sólo tiene una vertiente jurisdiccional, pues la prosperabilidad de un recurso por parte del sospechoso puesto bajo escucha ante tribunales de apelación, con base en violación de derechos fundamentales, acarrearía necesariamente la invalidación del efecto probatorio, de ser reconocido así en el derecho interno de cada país, y la contaminación de otras pruebas que tienen el mismo origen, según la doctrina co-

(90) No obstante la debida justificación de la declaración del secreto sumarial, éste resulta ser una excepción a la garantía institucional de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 C.E.).

Este principio y su coordinación con el derecho de defensa de las partes exige que: «... bien en fase sumarial o en el juicio plenario, la oportunidad de conocer y contradecir la prueba que se haya practicado durante su vigencia...». SS/T.C. 13/1985, de 31 de enero y 176/1988, de 4 de octubre. FJ 3 en ambas.

nocida como «los frutos del árbol envenenado» (*fruit of the poisonous tree doctrine*) (91). Así pues, la implicación del trabajo policial es evidente. En general, todos los países, sobre todo aquellos en los que la medida de interceptación de las telecomunicaciones tiene finalidades probatorias, se reconocen los recursos ordinarios ante los órganos jurisdiccionales competentes. Veremos, pues, algunas peculiaridades.

b) *Derecho comparado*

En Alemania, por ejemplo, cabe ejercitar el recurso de queja (§304 StPO) frente a la resolución que acuerde la medida, pero como señala López-Fragoso (92) dicho recurso sólo podrá interponerse mientras la medida está vigente, por lo que en la práctica será inoperante, por haberse agotado los plazos previstos en el momento de la notificación.

En Dinamarca será el letrado defensor «en la sombra» quien ejercerá los recursos pertinentes, por las violaciones observadas *durante* el desarrollo de la interceptación, pues el Tribunal debe notificarle todas las actuaciones y resultados [Sec. 746(1)].

En Francia la legislación desprovee expresamente de este tipo de recursos ante los tribunales. ¿Cómo es posible? Pues se infiere que la finalidad de la escucha no encierra en su naturaleza posibles efectos probatorios. Podemos deducirlo de la motivación de la resolución judicial que se resume en «cuando las necesidades de información lo requieran» (art. 100 C.P.P.) y de la misma ubicación del legislador bajo la rúbrica que pasa a denominarse: «Traspasos, transportes, indagaciones, embargos e interceptaciones de la correspondencia emitida por medio de las telecomunicaciones». Parece que el carácter de fuente de prueba es descartable. Pero es la propia Ley la que excluye la posibilidad de recursos

(91) El art. 271 C.P.P. italiano aplica esta doctrina al caso particular de las intervenciones telefónicas disponiendo que «los resultados... no podrán sere utilizados cuando los mismos hayan sido realizados fuera de los casos admitidos por la Ley». El art. 191 de este Código expresa esta doctrina de forma general. En nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal el art. 297 previene contra la ilegalidad del *modus procedendi* en las investigaciones de la Policía Judicial, y el art. 11.1 L.O.P.J. como doctrina general.

Sobre la prueba obtenida ilegalmente aplicada a las intervenciones telefónicas, ver López-Fragoso Álvarez, F.: obr. cit., págs. 94 y ss. López Barja de Quiroga, J.: obr. cit., págs. 82 y ss., y Asencio Mellado, J. M.: obr. cit., págs. 75 y ss. Así como la trascendental S/TC 114/1984 de 29 de noviembre, con mención del Derecho norteamericano, francés e italiano, además de, por supuesto, el español (FD 2, 3, 4 y 5).

contra la resolución judicial de interceptación. Así: «No tiene (la interceptación) carácter jurisdiccional y no es susceptible de recursos» (art. 100 C.P.P. final). Las carencias sobre la notificación al interesado y el subsiguiente recurso constituyen las grandes quiebras en el sistema de *garantías* de los ciudadanos respecto del «secreto de la correspondencia emitida por medio de las telecomunicaciones» tan pomposamente proclamado en su art. 1 (93). Por este motivo ofrece serios visos de «patente de corso» las excepciones legales previstas: «Este secreto no puede quebrantarse más que por la autoridad pública, sólo en casos de interés público previsto por la ley y en los límites fijados por ella» (art. 1).

El Reino Unido, cuya legislación ya hemos tenido ocasión de comentar anteriormente, en cuanto al carácter extraprocesal de las interceptaciones de las comunicaciones (ver III.A), no reconoce a sus ciudadanos el derecho a ser notificado sobre la medida, por lo que resulta especialmente chocante que prevea una especie de acciones públicas contra una práctica ilegal: «Cualquier persona que crea que las comunicaciones enviadas a él o por él hayan sido interceptadas durante el curso de su transmisión por correo o por medio de un sistema público de telecomunicaciones puede solicitar una investigación al Tribunal (94) acogiéndose a esta sección» (Sec. 7, Subsc. 2).

(92) Ver este autor: obr. cit., pág. 131 y nota 279.

(93) La pregunta es obligada: ¿qué clase de control de legalidad sobre el fondo de la motivación judicial y en cuanto a la observación de los límites puede hacerse? habida cuenta de que no existe notificación al interesado y se le niegan los recursos oportunos. Los presumibles abusos no podrán ser corregidos por los ciudadanos afectados. En este importante aspecto se ha desatendido el Convenio Europeo de derechos Humanos y el fallo condenatorio para Francia en los *Casos Huig y Krustin* (Ss. de 24 de abril de 1990) que debieron constituir referencia obligada para la gestación de la ley que vio la luz un año más tarde.

(94) El Tribunal abrirá una investigación. Pero ¿qué carácter tiene este Tribunal?, ¿quiénes lo componen?. «El tribunal estará compuesto por cinco miembros, cada uno de los cuales será un abogado cualificado con un mínimo de experiencia en tribunales de diez años» [Apéndice 1, Sec. 1, Subsc. (1)]. Estos miembros serán designados mediante Cartas de Privilegio por Su Majestad, por cinco años, con posibilidades de reelección, su destitución puede tener lugar a petición propia o a propuesta de las Cámaras del Parlamento (apéndice 1, Sec. 6, Subsc. 2, 3, 4 y 5). El funcionamiento de este Órgano gubernativo está previsto en la ley, y en concreto, el resultado de la investigación provocada por la denuncia, para cuyo procedimiento «se aplicarán los principios propios de un juzgado sobre una solicitud de revisión judicial» [Sec. 7, Subsec. (4)] — el resultado decimos— caso de que se llegue a la conclusión de que se hayan contravenido las reglas (presupuestos, requisitos de ejecución, límites, etc.), será redactar un informe para el demandante, otro para el Primer Ministro y «si lo considera adecuado» se dictará una «sentencia» —el entrecorillado es mío—. La sentencia puede tener uno

En Grecia, como se ha dicho, la nueva Ley de 1994 crea un órgano denominado «Comisión Nacional para la Protección del Secreto de las Comunicaciones», su constitución es de carácter y composición parlamentaria, con amplios poderes de supervisión. Pero a los efectos que aquí interesan reconoce que tiene encomendada la protección constitucional del derecho de los ciudadanos (art. 19) y el control y el cumplimiento de las condiciones de la autorización acordada por una autoridad judicial (art. 12). Este sistema griego en el que la decisión sobre el levantamiento del secreto de las comunicaciones privadas es privativa de la Autoridad Judicial y la vigilancia de su cumplimiento es de competencia de una comisión parlamentaria, crea una fuerte distorsión del régimen de control que, además de originar disfunciones jurisdiccionales, repercute en detrimento del derecho a defensa de los sujetos pasivos de la medida (95).

En el caso de Irlanda existe un complicado sistema de control de las interceptaciones autorizadas que opera en dos niveles. Un control general denominado por la Ley de «Revisión del procedimiento» (Sec. 8) que reside en un juez del *High Court* designado por el Gobierno para vigilar el cumplimiento de la legalidad de las autorizaciones concedidas, elaborando un informe anual para el Primer Ministro (*Taoiseach*). El efecto de tal revisión de interés para la eventual persona vigilada indebidamente se traduce únicamente en la cancelación de la autorización.

En un nivel más próximo a la persona afectada por la medida se instituye el Árbitro de las Quejas (*Complaints Referee*) (Sec. 9) designado por el Primer Ministro (*Taoiseach*) entre los jueces de *Circuit Court* o *District Court* o abogado de más de diez años de ejercicio profesional. Cualquier persona que crea que sus comunicaciones han sido intercep-

o más de los puntos siguientes: anular la orden de interceptación, ordenar la destrucción del material interceptado u ordenar al Ministro del Interior que pague al demandante una suma en concepto de indemnización. Como puede observarse, las garantías son mínimas, la restitución de la violación del secreto está sujeta a sucesivas condiciones o alternativas. Las responsabilidades penales para autoridades públicas o funcionarios son de difícil sustanciación, habida cuenta de las eximentes previstas en la propia Ley. En el mejor de los casos, la civil del Estado.

(95) No se atenúa esta opinión por mucho que la Ley griega añada que: «En los casos de los artículos 3 (levantamiento del secreto por razones de seguridad nacional), 4 (por razones de investigación criminal) y 5 (procedimiento), la Comisión realizará solamente el control de las condiciones para el levantamiento del secreto, sin controlar el criterio de los órganos judiciales competentes» (art. 2.2). Sin ir más lejos, se atribuye la decisión sobre la notificación a los afectados (art. 5.9), con lo que restringe el derecho de defensa e interfiere en el proceso penal.

tadas (no hay notificación) en el curso de una transmisión a través de *Post or Bord Telecom Éireann* (Correos y Telefónica) puede dirigirse al Árbitro para que investigue el asunto [Sec. 9(3)]. Los resultados de la investigación para el caso de que constate una infracción de Ley en el procedimiento de concesión o la inexistencia de delito grave, no son en absoluto satisfactorios (96). Sobre todo, si se tiene en cuenta que aun verificándose cualquier vulneración legal no podrá iniciarse ningún litigio en el procedimiento [Sec. 9.(1)], que las decisiones del Árbitro son inapelables [Sec. 9(9)] y que en ningún caso las resoluciones podrán servir de base para ejercer una acción por violación de un derecho constitucional [Sec. 9(1)].

En Luxemburgo, dentro del año siguiente al cese de la interceptación o en el momento de ser interrogado como inculpado, se le notificará, a la persona sometida a la interceptación, el resultado de las injerencias, pudiendo desde ese momento tener acceso él y su defensor a las grabaciones y plantear los recursos oportunos ante la Sala de Consejo del Tribunal de Distrito. En Austria, en un plazo de catorce días desde la notificación, el fiscal, el titular de la instalación y el inculpado podrán recurrir la orden ante el Tribunal de Segunda Instancia [StPO 149b(5)].

No previene la Ley belga ninguna innovación específica en este apartado, por lo que los recursos y Tribunales de Apelación serán los previstos en la ley procesal (arts. 407-447 bis C.I.Crim.) excepto el informe parlamentario anual que en materia de interceptaciones debe rendir el Ministro de Justicia (art. 90 decies).

bⁱⁱ) *Derecho español*

En España, es de aplicación la genérica impugnación contra los actos instructorios, desde el auto por el que se acuerde la interceptación hasta cualesquiera otras resoluciones concomitantes o sucesivas con

(96) En todo caso, los resultados de la investigación que lleve a cabo el Árbitro de Quejas irlandés pueden consistir en: a) notificar la conclusión por escrito al denunciante; b) redactar un informe para el Primer Ministro, y c) *si lo estima oportuno*: cancelar la autorización, ordenar la destrucción de las cintas grabadas, o recomendar el pago de una cantidad en concepto de indemnización [Sec. 9(5) y (6)].

Por otro lado, las condiciones de trabajo del Árbitro dependen por entero del Ministro de Justicia, en cuanto a período de designación para el cargo, remuneraciones y asignaciones de gastos aunque para su cese el Primer Ministro necesita la aprobación del Congreso y el Senado (*Dáil Éireann and Seanad Éireann*) [Sec. 9(2)(f)].

aquella en la que se limiten los derechos del imputado. Naturalmente que la condición previa para ejercitar los recursos de forma, súplica, queja o apelación oportunos, será la adquisición del conocimiento de las resoluciones relativas a la ejecución de la medida.

Cabe resaltar, en general, dos cuestiones: la primera, distinguir dos campos atacables en el objeto del recurso, uno sobre la autenticidad objetiva, es decir, la acreditación de la identidad de grabaciones y sus transcripciones (aquí vuelve a tener importancia el crédito de su autor: Policía o Secretario Judicial) (97); y otra sobre la autenticidad subjetiva que versará sobre la identidad de las voces (ausencia de manipulación de las grabaciones, originales o copias, etc.), que redundará, en suma, en una prueba pericial de cotejo de voces.

c) *Depósito y destrucción de las grabaciones*

Una de las consecuencias inmediatas al conocimiento por los afectados (imputados o no) de haber estado sometidos a la interceptación de sus comunicaciones es el ejercicio del derecho de pedir la destrucción de las informaciones que a su juicio hubieran transgredido la legalidad, por no respetar los presupuestos o requisitos exigidos. Los sujetos pasivos de la medida podrán analizar las grabaciones y pedir la destrucción de conocimientos superfluos, impertinentes o inútiles para la causa. Puede que parte de «lo grabado» sea improcedente por no guardar relación con la investigación origen de la medida o por estar protegidos por la intimidad personal o familiar o por el secreto profesional. En todo caso, el material intervenido y más tarde el declarado pertinente deberá estar debidamente custodiado y ser destruido transcurridos los plazos legales de utilidad a la causa.

(97) Por lo que respecta a España, la Policía Judicial aporta la totalidad de las cintas grabadas, y las transcripciones para que el Secretario las coteje, y si se verifican por éste, éstas resultan autenticadas. SS/TS 14 oct. 90; 21 feb. 91; 6 jun. 94; 31 oct. 94, entre otras. Si la transcripción es sólo de las cintas seleccionadas por la Policía Judicial, o resumen de las escuchas, no constituirían más que meras denuncias, al no poder ser averdadas por el Secretario Judicial en su totalidad. SS/TS 5 oct. 90; 29 jun. 93; 11 oct. 93; 25 mar. 94; 4 abr. 94, entre otras.

c¹⁾ *Derecho comparado*

En el derecho alemán la custodia del material objeto de la interceptación está encomendado al Ministerio Fiscal antes de ser incorporado a la causa y notificado a los afectados [§101 (4) y (1) StPO]. Y cuando no sea útil al procedimiento será entregado a sus destinatarios [§101 (2) StPO]. Una vez que «la documentación producida en aplicación de estas medidas (las interceptaciones) ya no fuese necesaria para la acción penal deberá ser destruida inmediatamente bajo la supervisión del Ministerio Fiscal. Deberá levantarse acta de dicha destrucción» [§100 b (6) StPO].

En Italia, «las grabaciones serán conservadas hasta que la sentencia no esté ya sujeta a impugnación» (art. 269.2 CPP); esta conservación de actas y grabaciones dependerá del Ministerio Público que haya dispuesto la intervención (art. 269.1 CPP), aunque bajo control judicial, pues salvo en el caso que constituyan piezas de convicción, si tal documentación no es necesaria para el procedimiento los interesados podrán pedir su destrucción, en cualquier momento del procedimiento. El juez decidirá en sesión de Consejo (arts. 269.2 y 271.3). En caso de que se acuerde la destrucción ésta se realizará bajo control del Juez, redactándose un acta (art. 269.3).

Se rompe el esquema precedente en la legislación francesa. No podría ser de otra manera. Recordemos que no existe obligación de comunicar la interceptación al interesado. No se conceden recursos y, por tanto, el sujeto pasivo queda al margen del eventual control *a posteriori* de los resultados. Ni puede escuchar las grabaciones, ni en consecuencia puede pedir la destrucción de las que le resulten inconvenientes, o ajenas a la causa investigada. No ejerce ningún control de legalidad sobre la medida (98). Así, pues, se dice con la ley de 1991 que «las grabaciones se destruyen a instancia del Procurador de la República o del Procurador General, al finalizar el plazo de prescripción de la acción pública. Se levantará acta de la operación» (art. 100.6 C.P.P.). Todo queda en manos y criterios de los órganos y autoridades oficiales. El secreto de las comunicaciones privadas, garantizado en el artículo 1 de la Ley, tam-

(98) LECLERC, H., se pregunta a este respecto: «Comment vont-elles (les personnes indûment écoutées) obtenir la destruction des bandes avant l'expiration du délai de prescription de l'action publique? Comment pourront-elles se prémunir contre l'utilisation de ces bandes à des fins non prévus dans l'autorisation d'origine du juge d'instruction? Tout cela reste flou et incertain». Obr. cit., pág. 23.

bién se expresa condicionado «a los límites fijados por ella». Pueden tacharse éstos de extraordinariamente gravosos para el titular del derecho que se dice garantizar, ya que se gestiona sin su participación.

Debido al carácter administrativo ya comentado de la interceptación de las comunicaciones privadas en el Reino Unido, la naturaleza del control y el grado del mismo es absolutamente de libre disposición de la Autoridad administrativa que da la orden (el Ministro). En efecto, después de la retórica rúbrica de *Garantías* (99), éstas quedan para su señalamiento y vigilancia en todo momento en manos de la Autoridad, para como colofón añadir que «cada copia hecha de cualquier material se destruye cuando deje de ser necesaria su retención» [Sec. 6, Subsc. (3)]. Para estimar esa «necesidad» se remite a la consideración previa en función de la finalidad perseguida (seguridad nacional, delitos graves, bienestar económico del Reino Unido) que deberá valorar, por supuesto, el Ministro.

Una destrucción anticipada de las grabaciones y transcripciones escritas se prevé en Austria, en el caso de estimarse los recursos del titular de la instalación o del inculpado [art. 149 (b) 5 StPO]. Se deduce que en otro caso se seguirán las reglas generales para conservación de piezas de convicción. La Ley griega dispone que en el caso de que sirvan de prueba para el enjuiciamiento del delito investigado se unirán a la causa. En otra circunstancia se destruirán ante la autoridad que ordenó la interceptación (Tribunal), redactándose un acta, a menos que la Comisión de Protección hubiese decidido notificar al interesado, en cuyo caso se le hará entrega del material (art. 5.9).

El magistrado instructor en el proceso penal holandés hará destruir a su presencia, «tan pronto como sea posible», tanto la información que le haya suministrado el explotador de la red como el oficial investigador al que le ha encomendado la grabación. Redactándose un informe sobre su destrucción sin demora (art. 125 h). No se especifican más operaciones.

La ley danesa permite la destrucción de las grabaciones si de su resultado no se tiene base para formular una acusación o, una vez presentada, ésta se retira. La Policía notificará al letrado «en la sombra» la

(99) Las mencionadas garantías (*safeguards*) no son sino reglas de confidencialidad de la información obtenida mediante la interceptación con el grado de reserva y niveles de acceso de los órganos de explotación y análisis de aquélla. Son, pues, medidas de carácter interno de las que tan sólo remotamente puede beneficiarse el interesado (Sec. 6).

destrucción verificada [Sec. 791 (1)]. La destrucción, en todo caso, será decidida por el Tribunal, una vez escuchada la Policía y el abogado defensor «en la sombra» del sujeto intervenido [Sec. 792 (2)]. La destrucción será inmediata, en el caso de las intervenciones conocidas a través de sacerdotes, médicos, procuradores y abogados los cuales, en calidad de testigos, puedan haber tenido relación con el ejercicio de su profesión, salvo que sean ellos las personas inculpadas [Sec. 793(3) en relación a la Sec. 170]. *De iniciativa propia la Policía está autorizada a destruir el material interceptado que parezca no ser importante a efectos de la investigación* [Sec. 793(4)] (100).

El resto de países contienen disposiciones legales o reglamentarias menos explícitas por las que previene que el depósito y la destrucción de las grabaciones estarán bajo control judicial, quien supervisa por sí o por su Secretario su inutilización en el plazo marcado o al arbitrio judicial. Como peculiaridad, se cita el Código de Instrucción Criminal de Luxemburgo en el que se distinguen dos casos respecto a la destrucción de las grabaciones, en función de sus resultados. Si, en principio, la escucha ha dado resultado negativo seán destruidas por orden judicial en un plazo máximo de un año, a partir de que haya cesado la vigilancia de las comunicaciones; si, por el contrario, el resultado es positivo, son destruidas dentro del mes a partir de la decisión judicial de intervención. Parece contradictorio cómo el plazo, en caso positivo, es más corto que habiéndose obtenido resultado nulo inculpatario, a menos que la incorporación al juicio oral, como medio de prueba, sea suficiente la transcripción de las grabaciones, lo cual resta argumentos a la defensa.

c^{II}) *Derecho español*

Por supuesto que no se encuentra en toda la Ley de Enjuiciamiento Criminal española ningún precepto relativo a la custodia y destrucción de los materiales obtenidos de una interceptación de telecomunicaciones. Por tanto, hay que acudir de nuevo a disposiciones generales sobre

(100) Se puede comprobar que aunque la última palabra reside, como es normal en el Tribunal, se atiende al juego mediador de las partes. Por un lado el de la Policía, que goza de gran favor legal y la audiencia del letrado en la «sombra» nombrado por el Tribunal, para defender, sin conocimiento del sospechoso, sus intereses. Respecto de la iniciativa policial y su libre estimación de lo útil para la investigación constituiría, como se ha visto, un verdadero anatema en el marco jurídico español.

efectos o instrumentos que tengan relación con el delito, es decir, a lo previsto en el Capítulo II del Tít. V, Libro II, «Del cuerpo del delito». Así, el párrafo primero del art. 338 dice: «Los instrumentos, armas y efectos... (que puedan tener relación con el delito) se sellarán, si fuere posible, y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito. El párrafo segundo, modificado por Ley 21/94, de 6 de julio, continúa: «Sin embargo, podrá decretarse la destrucción dejando muestras suficientes... previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario...». No habrá más que aplicar analógicamente, o con más propiedad, hacer una interpretación deductiva, considerando *las grabaciones*, como un *efecto* que guarda relación con el delito para obtener la regla precisa al caso.

C. EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA O DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO

1. Características y justificación de su existencia

Siguiendo, como se dijo en un principio, el método de estudio propuesto, diremos con el Juez Pettiti (T.E.D.H.) que, aunque es preferible la fiscalización judicial en materia de escuchas telefónicas, al mismo tiempo se estima procedente la exigencia de una legislación que dé respuesta adecuada a los peligros del terrorismo, el narcotráfico y otros que atentan contra el orden democrático de un Estado, su propia existencia o seguridad nacional. Dice el ilustre magistrado del Tribunal internacional que: «La mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa han sentido la necesidad de legislar en esta materia para acabar con los abusos que se multiplicaban y afectaban a los que ocupaban el Poder». Y continúa diciendo: «Incluso cuando se trata de escuchas por necesidades imperiosas del contraespionaje o de la seguridad del Estado, la mayor parte de las legislaciones establecen una regulación estricta de las excepciones al Derecho común, la intervención y la fiscalización de los Jefes de Gobiernos o de los Ministros de Justicia, y los recursos ante órganos compuestos por Magistrados, en la cumbre de la jerarquía judicial» (101).

(101) Ver Voto particular coincidente del Juez Sr. Pettiti a la Sentencia T.D.E.H., de 2 de agosto de 1984 (*Caso Malone*). B.J.C. n. 64-65 agosto-sep. 1986, págs. 1081 y ss.

Estas escuchas, denominadas *administrativas* o *de seguridad* constituyen excepciones a la declaración de respeto a la vida privada y de su correspondencia (art. 8.1 C.E.D.H.), excepciones que deben reunir las condiciones de estar *previstas en una ley*, y que resulten una medida *necesaria* para la *seguridad nacional*, ... el *bienestar económico del país*, la defensa del orden y la prevención del delito...» (102) (art. 8.2. C.E.D.H.). De tal suerte se justifican estas normas que el propio Tribunal reconoce la situación actual: «Las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y por el terrorismo, de suerte que el Estado debe ser capaz, para combatir eficazmente estas amenazas, de vigilar su secreto los elementos subversivos que operan en su territorio» (*Caso Klass y otros*, párrafo 48).

Pero estas concesiones no son gratuitas. La vigilancia de las telecomunicaciones en situaciones excepcionales requiere asimismo no sólo el mero requisito formal de una *ley habilitante*, sino una regulación suficiente, asequible al ciudadano (conocida) y precisa su contenido. El segundo requisito sobre su *necesidad* en una sociedad democrática debe atender a la realidad social que pretende ordenar y proporcionada a la finalidad legítima que se persigue. De lo contrario, es fácil, como advierte el propio Tribunal que, aun «disfrutando el legislador nacional de un cierto poder discrecional» (*Caso Klass y otros*, p. 49), «el ejercicio de semejantes facultades crea por su naturaleza secreta el riesgo de abusos fáciles de cometer en casos individuales y propicios a consecuencias perjudiciales para el conjunto de la sociedad democrática» (*Caso Malone*, p. 81). La importancia práctica, desde el punto de vista policial de poder contar con un régimen jurídico especial adoptado para combatir este tipo de delincuencia es que, en primer término, la orden de interceptación puede estar conferida a las autoridades administrativas, facilitándose por éstas los requerimientos de la Policía, o del Ministerio Público, siquiera que, para salvaguardar el contrapeso necesario, requieran una convalidación judicial. Las especialidades llegan también a los plazos de duración de la interceptación, autorización de escuchas prospectivas o exploratorias, sin finalidad probatoria, carácter extrajudicial de los órganos de control, etc.

(102) Ver requisitos completos en relación con el art. 8.2 C.E.D.H. en la n. (40).

2. Generalidades sobre los regímenes especiales existentes

De los países de la Unión Europea que cuentan con un régimen propio de interceptaciones en el marco de la delincuencia organizada o puesta en peligro de la seguridad del Estado, podemos distinguir su constitución como tal, bien diferenciado, el previsto en **Francia** conocido como «Interceptaciones de Seguridad» (Tít. II, Ley n.º 91/646, de 10 de julio de 1991). Las escuchas administrativas, con anterioridad a esta ley, suponían un auténtico descontrol en Francia, tanto por la ausencia de legislación específica (inadecuación de los arts. 81 y 151 C.P.P.), como por el número de órganos habilitados para autorizarlos (103). Una directiva interna del Primer Ministro Michel Debré creó el Grupo Interministerial de Control (G.I.C.) que puso fin a la total anarquía que reinaba sobre las escuchas administrativas, organizándolas y centralizándolas.

La nueva Ley de 1991 instituye en este Tít. II un régimen de escuchas que se caracteriza por que la autorización corresponde al Ejecutivo, bajo control de una Comisión de carácter administrativo, cuya independencia se proclama. El Título III de esta ley establece un régimen extraordinario de escuchas sin sujeción a ningún tipo de control, pues supone la entrega del espacio radioeléctrico, «libre de cargas y gravámenes», a órganos desconocidos, no previstos legalmente, con sujeción teórica, no contrastable, de servir a los fines de la defensa de los intereses nacionales (ver IV.C.4).

En el caso de **Alemania**, el artículo 10.2 de la Ley Fundamental de Bonn permite el establecimiento por ley de un régimen especial para la interceptación de las telecomunicaciones, de carácter extrajudicial. Así cuando dice: «si la restricción obedece al propósito de proteger el orden básico liberal democrático o la existencia o seguridad de la Federación o de un Estado regional... La ley podrá determinar que la vía judicial sea sustituida por un control a cargo de los órganos estatales y auxiliares designados por la representación popular». Esta excepción al secreto de

(103) M. François Massot ponente de una comisión de control declaraba en la sesión de 13 de junio de 1991 ante la Asamblea Nacional: «Se ha dicho incluso que había en Francia cien mil escuchas telefónicas... el estudio que he podido realizar me permite decir que se ha exagerado mucho...». Pero después precisa que el cupo para las escuchas administrativas es de 1.032 en el momento actual. En la misma sesión M. Georges Hage, diputado, habla de 3.000 escuchas de origen judicial y de 30.000 a 40.000 en el plano administrativo. Cifras establecidas en 1982 dan 927 escuchas administrativas simultáneas.

las comunicaciones privadas basada en los motivos constitucionalmente protegidos, de seguridad de la Federación o de los Estados federado, se explicitó en la Ley G.10, sobre limitación del secreto postal, epistolar y telefónico de 13 de agosto de 1968. Sucesivas modificaciones (104) la mantienen vigente y actualizada.

Supone esta Ley, en su última redacción (1994), ante todo, la disposición de la medida investigadora de injerencia telefónica, al servicio de los órganos estatales y federales competentes [§ 1 (1)], cuando ese peligro se manifiesta a través de un catálogo de delitos [§ 2 (1)] que de suyo ponen en grave riesgo el bien jurídico protegido constitucionalmente. Además de éstos, la nueva redacción del § 3 (1) concede atribuciones al Ministro Federal, previa solicitud del Servicio Federal de Información, para que en el caso de determinadas conductas delictivas proveniente de ataques desde el exterior de la R.F.A. para interceptar comunicaciones internacionales. Los dispositivos de control están en la propia ley y corren a cargo de Autoridades federales o estatales con informes y fiscalización parlamentaria (Comisión *ad hoc*) (§ 9).

Los interrogantes que provoca esta Ley giran en torno a la simultaneidad de tipos delictivos que figuran en ella [§ 2(1)] y en el Código de Procedimiento Penal (§ 100.a) en cuanto a la seguridad interior y exterior del Estado Federal y de los *länder*. Otro tanto podría decirse de los delitos incluidos en la redacción del § 3(1) sobre terrorismo, tráfico de armas de guerra, narcotráfico, falsificación de moneda y blanqueo de dinero, aunque en este caso es común a todos ellos el origen externo de la agresión, de la iniciación del delito y la participación de ciudadanos o asociaciones no alemanas [§ 3(2)]. De todas formas, en el caso de un supuesto delictivo común a ambas leyes (StPO y G.10) no resulta evidente el criterio que defina la aplicación de uno u otro régimen (común o especial) de interceptación.

(104) La Ley de 13 de agosto de 1968, denominada G.10, fue modificada por ley de 13 de septiembre de 1978, en lo siguiente: § 2(1) sobre los delitos que pueden servir de presupuestos; § 5(5) sobre la modificación al afectado por la medida (... tan pronto como se pueda excluir el peligro para el fin de la limitación); § 9(1) y (2) sobre informes debidos del Ministro Federal a la Comisión y (4) composición de la Comisión y (5) y (6) sobre los Contoles parlamentarios de los *länder*. Posteriormente ha sufrido una importante adecuación según el art. 13 de la Ley de Lucha contra la Delincuencia de 28 de octubre de 1994, que afecta entre otras al Cód. Penal (StGB), a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (StPO) y otras leyes como la G.10.

Este último texto (1994) nos servirá de base para el estudio, con modificaciones de menor importancia (§ 9) sufridas por el artículo 2 de la Ley de 28 de abril de 1995, sobre organización de los grupos parlamentarios.

En **Italia**, después de la amplia revisión del Código de Procedimiento Penal en 1988, a la que nos hemos referido en el marco de la delincuencia común, varias disposiciones legales (105) han constituido, no un régimen común de las interceptaciones legales, como instrumento de gran valía investigadora, a las características típicas de la delincuencia organizada (mafiosa, terrorista, narcotráfico, tráfico de armas, etc.). Se trata de la aplicación de un procedimiento de urgencia en pro de las especialidades a combatir.

Merece citarse también en este apartado la ley griega 2225/94, que venimos estudiando, y que presenta especialidades diferentes al régimen ordinario de la interceptación legal por motivos de investigación criminal. En efecto, las notas diferenciadoras afectan a la reserva concedida a la Autoridad ordenante, límites temporales y formales, que bien podrían hacernos convenir en que se trata de un régimen jurídico específico el que dicha ley distingue «por razones de seguridad nacional» (art. 3). Por lo que le prestaremos atención en detalle.

En el **Reino Unido e Irlanda** no hay más que un régimen jurídico para las interceptaciones telefónicas, pero por su naturaleza jurisdiccional: control por las Autoridades administrativas en su ordenación y apelación (excepto Irlanda), puede calificarse de *común* al operar incluso para delitos bajo el concepto de «delitos en interés de la Seguridad del Estado» (106).

(105) Ver nota (11).

(106) La Sec. 2, Subsec. 2 de la *Interception Communications Act* de 1985 prevé como presupuestos de aplicación de la medida: (a) en interés de la seguridad nacional y (c) para el propósito de salvaguardar el bienestar económico del Reino Unido.

Igualmente la *Interception of postal packets and telecommunications messages (regulation) Act* de 1993, de Irlanda, dispone que la finalidad de las autorizaciones para la interceptación, puede ser también: los intereses de la seguridad del Estado [Sec. 2(1)].

Al no derivarse la constitución de un régimen diferente, ni especialidades que repercutan en el esquema de estudio, se citan a continuación tan sólo las particularidades propias de la investigación en este campo.

Así, pues, digamos que en Irlanda no existen presupuestos delictivos tipificados que motiven la autorización de la interceptación por razones de seguridad del Estado. Se precisa para ello la existencia de «motivos racionales para creer que se están llevando a cabo o se están proponiendo actividades en concreto que ponen en peligro la seguridad del Estado o son susceptibles de hacerlo» [Sec. 5(a)]. Se trata, como vemos, de una formulación amplia, pues aunque se exige también el sujeto activo, la naturaleza y el ámbito de las actividades, no se constriñe a que éstas configuren una conducta delictiva tipificada.

La segunda particularidad se refiere a la Autoridad designada por la Ley para solicitar este tipo de escuchas. En este caso, además del comisionado de la *Garda Stochána*, está autorizado el Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas, apoyando su solicitud con escrito del Ministro de Defensa [Sec. 6(1)(a)(ii) y c)].

En España no podemos hablar de un régimen especial diferenciado del propio de los delitos comunes, ya que la incardinación del precepto del artículo 579.4 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es más que la expresión simplificada de la suspensión individual del derecho al secreto de las comunicaciones de acuerdo a la previsión constitucional (art. 55.2 C.E.) —que anuncia una ley orgánica— «que podrá determinar la forma y los casos en que tal derecho puede quedar suspendido, con la necesaria intervención judicial para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas» (el precepto 579.4 añade «o rebeldes»). La única singularidad de esta regulación es, en palabras del Tribunal Constitucional, la de: «una resolución gubernativa, permitiendo que normativamente la autoridad gubernativa pueda decidir de forma inmediata y directa una interceptación de comunicaciones necesaria en el curso de investigaciones sobre las actividades delictivas a las que la ley se refiere» (S/T.C. 16 Dic. 87 F.J. Décimo). No obstante, se impone una inmediata comunicación motivada al juez sobre la *urgencia* que justifique la iniciativa gubernativa, correspondiendo en todo caso al órgano judicial conformar o revocar la medida de forma inmediata, por tal motivo el precepto fue declarado perfectamente acorde con la Constitución.

Así pues, el art. 579.4 LECrim está redactado de acuerdo con la L.O. 4/88 de 25 de mayo. Las críticas doctrinales hacia este precepto han versado (principalmente con anterioridad a la S.T.C. de 16 de diciembre de 1987) sobre la concesión de la iniciativa gubernativa para suspender el derecho al secreto de las comunicaciones, que es tanto como «dejar en manos de la Policía (107) las interceptaciones por terrorismo», siem-

(107) A estos efectos, y con base en el R.D. 1377/1978, de 16 de junio por el que se crean unidades especializadas de policía judicial para los delitos de terrorismo, y en la O.M. de Interior, de 28 de julio de 1978, se definen en aquéllas dos grupos: el de Investigación y el Apoyo. Se encuadra en este último la Unidad de TEPOL, dependiente de la Secretaría de Estado para la Seguridad. Según la instrucción de este órgano Directivo de 13 de junio de 1988, en su regla séptima, esta unidad será la encargada de dar cauce a la petición, observaciones o intervenciones telefónicas, en relación con la L.O. 4/88 de 25 de mayo de reforma de la LECrim. La Secretaría de Estado para la Seguridad-Dirección de la Seguridad del Estado fue suprimida por el R.D. 495/94, de 17 de marzo (art. 7).

En la práctica, y desde varios años atrás, puede afirmarse que nunca se ha utilizado la iniciativa gubernativa sobre una interceptación telefónica en relación al artículo 579.4 LECrim. La Unidad TEPOL canaliza las peticiones a los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional cuyos magistrados autorizan o no, en primer término, la interceptación solicitada por las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en materia de su competencia.

pre que se invoquen razones de *urgencia*, pues la intervención judicial es postrera y ya se han alcanzado los fines deseados (108). Creo que la polémica ha perdido fuerza después de la sentencia citada en la que declaraba el art. 17.2 de la L.O. 9/84 perfectamente constitucional, de donde ha pasado a la LECrim. Sí merece un reproche el legislador, cuando al hacer esta transposición se perdió la inmediata referencia del apartado 2 al 1 del art. 17 para exigir también en el art. 589.4 la apreciación de *indicios* de responsabilidad criminal en las personas puestas bajo escucha. Sin embargo, hay que deducir que al regularse esta medida excepcional tomando como precedente «la prevista en el número 3» (art. 579.3) los sujetos pasivos son los mismos que en ésta.

Pero donde no veo la excepción censurada por Jiménez Campo es que tal disposición (art. 579.4 LECrim) ampare las interceptaciones preventivas o prospectivas (109), pues no ofrece ningún dato que lo avale en la redacción de la norma, máxime cuando además del imputado y procesado propiamente dichos la doctrina mayoritariamente incluye entre los sujetos pasivos a los terceros relacionados con aquéllos.

3. Estudio en detalle

Veamos, a continuación, las particularidades más interesantes de los distintos regímenes o especialidades destacadas en los países mencionados, siguiendo el esquema propuesto.

(108) Éste es el sentir de JIMÉNEZ CAMPO, J.: obr. cit., pág. 46.

(109) Ver JIMÉNEZ CAMPO: obr. cit., pág. 47, cuando dice: «Sí se amplía, sin embargo, el círculo de quienes pueden quedar sujetos a la interceptación judicialmente acordada, pues ésta —constitucionalmente justificada por referencia a las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas— podrá grabar no sólo sobre quienes aparezcan como partes en la causa, sino también, con fines *exploratorios o preventivos*, sobre aquellos que sin tener dicha condición se estimen relacionados con el área específica de criminalidad que se contempla en la norma constitucional».

LÓPEZ-FRAGOSO: obr. cit., pág. 61, y VELASCO NÚÑEZ: obr. cit., pág. 260, se muestran favorables a la ampliación del círculo a terceros intermediarios (el primero) o, en caso de bandas, sopesando los indicios, otorgar la intervención subjetivamente indeterminada (el segundo).

a) *En el momento de la prescripción*

Francia

No existe un catálogo de delitos, ni tampoco la referencia a infracciones penales cuya especial gravedad punitiva justifique la interceptación. En este tipo de escuchas *los presupuestos* para acordar la medida exigida para la «búsqueda de información» sobre determinadas «materias de interés nacional» (110) de configuración genérica. Se precisa tan sólo su relación con una cierta especie de delincuencia pero no correlativa con tipos delictivos concretos del Código Penal.

La *decisión* para llevar a cabo la interceptación de las telecomunicaciones corre a cargo del Primer Ministro o de «una de las personas especialmente delegadas por él» (art. 4.º). La propuesta corresponde a los ministros de Defensa, de Interior o de Aduanas o de las personas en quien ellos deleguen (art. 4.º). Ni el juez competente, por supuesto, ni el Ministerio Público participan, ni son informados de estas injerencias de la autoridad pública gubernativa en materia de este derecho fundamental. Con ello no se quiebra ningún precepto o principio del ordenamiento jurídico de superior rango, pues el secreto de las comunicaciones tan sólo está garantizado en esta Ley, en los términos siguientes: «Este secreto no puede quebrantarse más que por la autoridad pública, sólo en casos de interés público previstos por la Ley y en los límites fijados por ella» (art. 1.º) (111).

Únicamente la necesidad de búsqueda de información en relación a las materias de interés apreciada por los servicios subordinados a cualquiera de los tres ministerios citados, considerada la propuesta por su Titular, puede servir de *motivación* para la solicitud y consiguiente au-

(110) El art. 3 de la ley de 10 de julio de 1991 dice, sobre los presupuestos afectados en este régimen: seguridad nacional, salvaguardia de los elementos esenciales del potencial científico y económico de Francia o la prevención del terrorismo, de la criminalidad y de la delincuencia organizada y de la reconstitución o mantenimiento de agrupaciones disueltas.

(111) Esta redacción, que es la del proyecto inicial, se inspira en el texto del apartado segundo del art. 8 de la C.E.D.H. La autoridad pública aludida, según el tratado internacional, no necesariamente debe coincidir con autoridades judiciales, puede tratarse de altos cargos del Gobierno, como en este caso, para estar en concordancia a aquel precepto.

No obstante, en el trámite parlamentario de la Ley, el grupo comunista había presentado una enmienda, que fue rechazada, según la cual únicamente los tribunales de Gran Instancia podían ordenar la interceptación de las comunicaciones.

torización, en su caso. Ni que decir tiene que ante una exigencia en relación a materias de interés vagas e imprecisas, sin criterios de motivación, el resultado se adivina que propende en favor del uso y el abuso policial, militar o fiscal. Si a todo ello añadimos que, al igual que en el régimen jurídico común, no se precisan los *sujetos pasivos* o personas susceptibles de ser puestos bajo escucha (pues el mismo silencio legal se aprecia en este régimen), puede concluirse que cualquier persona, que a juicio de los servicios ministeriales interesados, pueda tener alguna relación con alguna materia de las previstas legalmente, sin precisarse *indicios* reales suficientes o sospechas de entidad considerables de un supuesto típico delictivo, puede ser objeto de vigilancia *de seguridad* de sus telecomunicaciones: la inseguridad jurídica misma, en esta materia.

Alemania

Los *presupuestos* se fijan en la Ley G. 10 bajo un bien jurídico digno de protección: «la defensa del ordenamiento constitucional libre y democrático o la Seguridad de la Federación o de un *land*», e incluso la seguridad de las tropas de la OTAN no alemanas estacionadas en nuestro territorio» [§ 1(1)] y se objetivan en los delitos que sancionan sus ataques cuya tipificación se explicita [§ 2(1) y § 3(1)] (112).

Las Autoridades competentes para *autorizar* la «vigilancia y grabación de las comunicaciones teleradiofónicas» son: «las Autoridades protectoras de la Constitución tanto federales como estatales, el Departamento de Defensa y los Servicios Secretos Federales», así como el Servicio Federal de Información que podrá solicitarlo en los casos previstos en el § 3(1) de un Ministro Federal, con acuerdo de una Comisión de la Cámara de los Diputados (Bundestag) compuesta por nueve miembros (113), en lo concerniente a las comunicaciones internacionales alámbricas o inalámbricas [§ 1(1) y (2); § 3(1)].

Se exige siempre como *condición para el acuerdo* de la vigilancia y grabación de las comunicaciones la apreciación de que «existan datos

(112) El § 2(1) de la Ley G.10 contiene una lista de delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado Federal y de los *länder* designados por sus correspondientes parágrafos en el StGB.

El § 3(1) se refiere a delitos de terrorismo, tráfico de armas, narcotráfico, falsificación de moneda y blanqueo de dinero.

(113) La modificación de nueve miembros en lugar e cinco se debe a la reciente Ley de 28 de abril de 1995, sobre grupos parlamentarios.

materiales para fundamentar la sospecha de que alguien planea, comete o ha cometido» algunos de los delitos de la lista o de que haya «suficientes indicios reales de que alguien es miembro de una asociación cuya actividad está dirigida» a transgredir el bien jurídico protegido [§ 2(1)]. Además, se exige para la emisión de una orden de interceptación la constatación de que «la investigación del hecho de otra manera fuera inútil o se dificultara considerablemente» [§ 2(2)].

Los *sujetos pasivos* tienen una delimitación semejante al régimen común en referencia a su calidad mediata o inmediata en las comunicaciones a vigilar [§ 2(2)]. Y para que no queden dudas respecto de la naturaleza de la medida que esta ley regula —se dice— que contra ellos «no es viable la vía jurisdiccional» [§ 9(6)].

Italia

Ya se dijo que no constituía un régimen extraño al común procesal, por tanto sigue en manos del Juez la potestad para *acordar la interceptación*, aunque se reserva la iniciativa «por decreto» en caso de *urgencia o sin necesidad de ella* (antimafiosa) del Fiscal, con necesaria convalidación judicial en las veinticuatro horas siguientes. La petición no sólo puede provenir del Ministerio Público, sino del Ministro del Interior o un delegado suyo o del Director de Investigación Antimafia u otros responsables, Jefes de Policía, de *Carabinieri* o de la *Guardia di Finanza*.

Los *presupuestos* para decretar la medida no son otros que los del artículo 266 C.P.P. en que se incluyen los delitos típicos de delincuencia organizada. Respecto de la *motivación*, basta para autorizar la injerencia la apreciación de indicios «suficientes», sin exigencia rigurosa de que éstos sean graves o fundados. Incluso se admiten las *intervenciones preventivas* de las comunicaciones, que no tendrán valor a efectos probatorios y tan sólo para la prosecución de las investigaciones policiales. Además se autorizan expresamente las interceptaciones entre presentes o *ambientales*, cuando haya indicios concretos de actividad delictiva en lugar cerrado, aunque éste sea un domicilio (art. 25 ter. L. 7 agosto 1992, n. 356).

Grecia

Relativas al momento de su ordenación, nos llama la atención en este país que las autoridades solicitantes de la medida, lejos de sufrir un

criterio de concentración, motivado por su especialidad, éste se dispersa —contradiendo el literal *solamente*— entre *autoridad judicial* u otra *civil, militar o policial*, lo cual dificultará en materia tan sensible el control de condiciones para el levantamiento que mantiene la Comisión Nacional en el Parlamento. Pero lo que caracteriza este régimen de excepción es que la Autoridad habilitada para *dictar* la medida es el Fiscal del Tribunal de Apelación (114) competente por razón del lugar de solicitud o de ejecución (art. 3.1).

Los *presupuestos* delictivos que posibilitan la injerencia no vienen definidos (como en el régimen común) por su tipificación penal, sino que se recurre al concepto de «seguridad nacional» sin ninguna referencia legal que pudiera identificar los supuestos de hecho. La valoración queda restringida a la subjetividad del Fiscal autorizado quien decidirá en un plazo de veinticuatro horas sobre la solicitud. Resolverá asimismo, «según su criterio», sobre los datos facilitados en la solicitud en la consiguiente orden de denegación o concesión (art. 3.2). El principal reproche ante la ausencia de concreción en los presupuestos delictivos es el desconocimiento objetivo que supone a los efectos del juicio de proporcionalidad necesario para decretar la escucha sin definición *a priori* de la gravedad jurídica o social que la justifica (Francia y Grecia).

Destaca la ausencia en la orden de interceptación, de expresión del nombre de la persona o personas contra quienes se toma la medida para delimitar los *sujetos pasivos*, figurando en su lugar «la extensión geográfica de la aplicación». Lo que nos hace pensar, evidentemente, en la posibilidad de un levantamiento indiscriminado del secreto de comunicaciones. Otra omisión llamativa es la que se refiere a la *motivación* de la medida, cuya exigencia es expresa en la investigación criminal (art. 5.1 y 2).

España

Las escasas particularidades de la norma española se concentran en la posibilidad legal de decretarse la «observación» de las comunicacio-

(114) La atribución de esta competencia al Ministerio Público merece cuestionar la constitucionalidad de esta norma, por su literal contradicción con el artículo 19 de la Constitución griega, que reserva la potestad del levantamiento del secreto de la correspondencia o cualquier medio de comunicación privada a la «autoridad judicial», únicamente.

nes telefónicas (115) por el Ministro del Interior, o en su defecto por el Director de la Seguridad del Estado. El Juez competente, previa comunicación inmediata, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada.

Esta concesión gubernativa queda restringida a *casos de urgencia*, que en todo caso deberán ser justificados y circunscrita a la investigación de *delitos* relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes.

b) *Control en fase de ejecución*

Francia

Respecto a los *requisitos en tiempo* que exigen las interceptaciones de seguridad, se fija en la ley un período máximo de cuatro meses, cesando las mismas a la finalización de tal plazo, a menos que la autorización sea renovada en las mismas condiciones y por dicho período máximo (art. 6).

En atención a la *forma*, las operaciones de interceptación se llevan a cabo bajo la autoridad del Primer Ministro, señalándose la fecha y hora de comienzo y finalización de las mismas (art. 8), pero las actividades materiales necesarias para la colocación del dispositivo se efectúan en los locales e instalaciones de los servicios u organismos que estén bajo la autoridad o tutela del Ministro de Telecomunicaciones o de los empresarios de redes o proveedores de servicios autorizados (art. 11). A este respecto, se constituye legalmente la *obligación* de carácter general de *cumplimentar*, por las empresas explotadoras de redes y servicios, las instrucciones recibidas del Ministro de Telecomunicaciones (art. 21).

La *ejecución* de las interceptaciones de seguridad están centralizadas en el Primer Ministro, bajo su autoridad en el Grupo Interministe-

(115) Se dice la «observación», puesto que literalmente lo que el artículo 579.4 LECrim autoriza es «la medida prevista en el número 3», es decir, la modalidad de «observación». Pero, como ya se ha debatido con anterioridad, tanto la doctrina mayoritaria, como la propia jurisprudencia y la práctica procesal han convenido en la equivalencia del término al de «interceptación», abarcando el ámbito mayor, o sea el contenido de la conversación. No tendría sentido que en los delitos más graves (los de terrorismo) se autorizase sólo datos asociados a la conversación telefónica, pero no la misma.

rial de Control (G.I.C.), quien fijará un número máximo de escuchas autorizadas susceptibles de practicarse simultáneamente y adjudicará unos cupos a cada uno de los Ministros proponentes (arts. 4.º y 5.º) (116). Estos cupos y la concesión de cada interceptación por parte del Primer Ministro se comunicará dentro de un plazo de cincuenta y ocho horas al Presidente de la Comisión Nacional de Control de las Interceptaciones de Seguridad. Esta Comisión (C.N.C.I.S.) creada a tal efecto (art. 13) tiene carácter administrativo independiente, y está encargada de velar por la aplicación de las disposiciones conforme a la ley.

Las *transcripciones* sólo se efectuarán «por personas habilitadas» y de las conversaciones que tengan relación con las materias objeto de la interceptación (art. 7).

Alemania

La *ejecución* de la interceptación está prevista que se lleve a cabo por la Oficina Federal de Comunicaciones u otros explotadores de instalaciones de telecomunicaciones [§ 1(2) y § 5(2)], quienes recibirán por escrito la orden de las autoridades competentes. En ella se determinará la clase, ámbito y duración de la medida (117).

El detalle de las operaciones técnicas de ejecución en la vigilancia de las telecomunicaciones es objeto de un minucioso estudio por el Decreto (FÜV), de 18 de mayo de 1995 a propósito de la nueva configuración del Ente de Correos y Telecomunicaciones operada por Ley de 14 de septiembre de 1994 (BGBl. IS. 2325). Este decreto será motivo de alusión más tarde en otro aspecto de nuestro interés.

Italia

Sólo citar dos particularidades que afectan al *tiempo* y a la *forma*, que se modifican en pro de una mayor efectividad de la medida, dadas

(116) Según informa el diario parisino *Le Figaro* de 9 de marzo de 1995, los cupos ministeriales se distribuyen de esta forma: 1.180 líneas actualmente, de las que 928 para Interior; 232 para Defensa; y 20 para Aduanas. F. TÉRRÉ: *Las escuchas telefónicas*.

(117) En la redacción de la ley de 1968 se preveía una duración máxima de la injerencia de tres meses, prorrogables por igual período, caso de subsistir los presupuestos de la Orden, pero en la modificación del texto por Ley de 28 de abril de 1994 de este párrafo, ha sido suprimida toda referencia al requisito temporal.

las características de los delitos investigados. La primera, que el plazo se aumenta a 40 días, y puede ser prorrogado por períodos sucesivos de 20 por el juez o, en el caso de urgencia, por el Fiscal. La segunda consiste en que la formalidad general *escrita* de la autorización cede cuando sea necesaria para el desarrollo de la investigación, ante la viabilidad, incluso, de otorgarse *telefónicamente* (118).

Grecia

El límite máximo de diez meses, en caso de prórrogas, fijado para las interceptaciones por razón de investigación criminal, resulta dispensado en este régimen excepcional. La medida podrá aplicarse legalmente ilimitada en el tiempo. No deja de suponer un abuso, en cualquier régimen jurídico de que se trate, la posibilidad legal de una interceptación con plazo *sine die*, por lesión de la proporcionalidad exigible en la aplicación de la medida.

España

Como único apunte en este apartado, para el caso de que las autoridades gubernativas tomasen la iniciativa sobre una orden de interceptación de las comunicaciones, ésta debe ser comunicada inmediatamente por *escrito motivado* el Juez competente, quien, como se ha indicado, la confirmará o revocará, también en escrito motivado (art. 579.4 LECrm). La duración de la «observación», caso de ser confirmada judicialmente, puede concederse por un plazo máximo de tres meses prorrogables por iguales períodos (por transposición idénticos requisitos de la medida, respecto de la delincuencia común).

(118) La posibilidad de valerse del medio telefónico para decretar la interceptación telefónica fue introducido por Ley de 18 de marzo de 1978, y actualmente revalidada por el art. 13.1 de la Ley de 12 de julio de 1991, n. 203 (Lucha contra la delincuencia organizada). Tal concesión, por lo que significa de relajación en la verificación de los presupuestos legales y correspondiente motivación —núcleo del auto motivado— es criticada por GONZÁLEZ GUTIÁN: obr. cit., pág. 136, n. 125, quien cita a GREVI VITTORIO: *La nuova disciplina delle intercettazione telefoniche*. Milano, Giuffrè, págs. 16 y ss.

c) *Control a posteriori*

Francia

En las interceptaciones de seguridad no cabía esperar la notificación al interesado (sujeto pasivo de la injerencia) puesto que tampoco era preceptiva en las escuchas judiciales. De esta forma, y recordando que en este régimen la Administración decide el cuándo, el cómo y sobre quién ha de ejecutarse la interceptación de comunicaciones privadas, al sumarse esta falta de comunicación, tan sólo reside en la Comisión Nacional de Control la posibilidad de verificar los amplios límites en que se mueve la autoridad pública. Así pues, queda tal Comisión como *Órgano de Control* único e independiente (art. 13) (119).

No cabe hablar en este régimen de *recursos*. El propio texto legal emplea la palabra *réclamation* (120) para expresar el procedimiento de iniciación, a instancia de parte que tiene un interés legítimo, del mecanismo de control sobre una interceptación en marcha, por parte de la Comisión de Control (art. 15). La Comisión informará al solicitante de las comprobaciones realizadas, y si encuentra que se ha transgredido la

(119) Esta Comisión Nacional de Control de las Interceptaciones de Seguridad (C.N.C.I.S.) está presidida por una personalidad designada por el Presidente de la República, por un período de seis años, entre cuatro nombres propuestos en una lista preparada conjuntamente por el Vicepresidente del Consejo de Estado y el primer Presidente del Tribunal Supremo. La Comisión comprende, además, un diputado designado por el Presidente de la Asamblea Nacional, y un Senador, designado por su Presidente. La cualidad de miembro de la Comisión es incompatible con la de miembro del Gobierno.

El funcionamiento de la Comisión está reglado y se circunscribe a, dado el caso de recibir una decisión del Primer Ministro sobre una interceptación cuya legalidad «no es segura», o que se ha autorizado «con desconocimiento de las disposiciones previstas», previa deliberación, dirigirá una *recomendación* al Primer Ministro para que cese la interceptación. Pondrá asimismo el hecho en conocimiento del Ministro solicitante y del Ministro de Telecomunicaciones, bajo cuya autoridad se lleva a cabo la ejecución. El Primer Ministro sólo queda obligado a *informar del resultado* de la recomendación planteada (art. 14).

(120) Dice así el art. 15, en su inicio: «De sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne y ayant un intérêt direct et personnel, la commission peut procéder au contrôle de toute interception de sécurité...».

Réclamation dista mucho de *recours* o *pourvoi*, que son los términos jurídicos estrictos para significar un recurso en Derecho ante un Tribunal.

Réclamation: action de s'adresser à une autorité pour faire reconnaître l'existence d'un droit. Synonymes: Demande, pétition, requête; revendication. *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris, 1991.

presente ley dará cuenta sin pérdida de tiempo al Ministerio Público (art. 17). La reflexión que cabe hacerse sobre tal disposición es que, dado el mínimo margen de información con que cuenta una persona sometida a escucha (no hay procedimiento, ni imputación oficial, ni notificación), resulta difícil en tales condiciones tener base para plantear una reclamación. Será de su cuenta la investigación que pueda iniciar para apoyar la solicitud con cierto fundamento.

La Ley prevé una *destrucción* temprana de las grabaciones: en un plazo máximo de 10 días, a partir de la fecha en que se han efectuado, levantándose acta (art. 9). Naturalmente, el hecho de no tener efectos probatorios, en otras finalidades ante autoridades judiciales o en procedimientos administrativos, cuya contradicción obligase a su escucha, no tiene sentido mantenerlas en depósito, una vez obtenida la información deseada, en su caso, y transcrita. No indicándose precisamente el plazo para la inutilización de las transcripciones que puedan obrar en los archivos ministeriales correspondientes de forma permanente.

Alemania

La *notificación* al interesado ha constituido en la R.F.A. uno de los aspectos más interesantes en la interceptación de las comunicaciones (121). En la actualidad, y como regla general, la Ley G.10 prescribe que «las medidas limitadoras se comunicarán a los afectados después de acordarse, cuando pueda excluirse todo peligro para el fin de la limitación» (122), aunque hay excepciones (123). La notificación a los

(121) La revisión constitucional de 24 de junio de 1968 modificó el art. 10.2 de la Ley Fundamental dando un nuevo giro a las limitaciones al derecho al secreto de las comunicaciones garantizado en el primer párrafo de este artículo. Esta revisión permitía la no comunicación al afectado en sede del régimen especial previsto para proteger la Seguridad de la Federación o de un Land. En consecuencia, la Ley G.10 sobre limitación del secreto de la correspondencia, postal, telegráfica y telefónica, que estudiamos en este capítulo, acogió la ausencia de tal garantía. Fueron impugnadas ambas — la revisión constitucional y la Ley G.10— y el Tribunal Constitucional Federal, según sentencia de 15 de diciembre de 1970, declaró no conforme a la Constitución la omisión de notificación al interesado de la adopción de la medida [§ 5(5)] por lo que fue reformada por ley de 13 de septiembre de 1978. La Ley de 28 de octubre de 1994, sobre la lucha contra la delincuencia, a través de su artículo 13, introdujo nuevas disposiciones a este respecto a las que nos referiremos [§ 3(8)].

(122) Esta redacción fue examinada por el T.E.D.H. en su sentencia de 6 de septiembre de 1978 (*Caso Klass y otros*), que el tratarse de un tema de terrorismo, encon-

afectados deberá ser efectuada por el Servicio Federal de Información o cualquiera de los órganos receptores (124) de la información [§ 3(8)] o de los ordenantes. Los *recursos* ante la vía jurisdiccional son posibles *a posteriori* de la adopción y ejecución de la medida. Esto parece deducirse de la actual redacción del texto de 1994 [§ 9(6) en relación con el § 5(5)], que no ha sido modificado y que reza así: «Después de la comunicación tienen los afectados abierta la vía jurisdiccional...». Esta circunstancia es confirmada por la ley, cuando después de dar nuevas instrucciones sobre la destrucción de los datos relacionados con las grabaciones, se dice como excepción: «los datos que sólo son archivados para la comprobación judicial *a posteriori*, en lo concerniente a las medidas limitadoras, deberán ser bloqueados, pudiendo ser únicamente utilizados para los mencionados efectos» [§ 5(4), última frase].

La *destrucción* de datos es objeto de minucioso estudio y su realización protocolizada en los ordenadores en intervalos de seis meses, excepto si la separación de otras informaciones útiles resulta imposible o muy difícil, bajo la autoridad de un funcionario habilitado por el Departamento de Justicia [§ 3(6) y (7)].

Los *descubrimientos casuales* están previstos en la Ley G.10 y siguen el mismo criterio selectivo que en el régimen común: los conocimientos obtenidos no podrán ser utilizados más que para la investigación de los delitos contenidos en el catálogo de admisibilidad de la medida [§ 5(3) y § 7(3)].

tró explicable y prudente las cautelas sobre los riesgos de que la notificación, una vez levantadas las restricciones de las comunicaciones del interesado, puedan comprometer los métodos, el campo de observación e incluso la identidad de los agentes, declarando la no incompatibilidad de no informar cuando de ello depende la eficacia de la medida (parágrafo 58).

(123) Las excepciones se ciñen únicamente al § 3, que describe supuestos de intervención del Servicio Federal de Información para disponer interceptaciones internacionales sobre peligros provenientes del exterior (agresión armada, tráfico de armas, narcotráfico, terrorismo, etc.). En estos casos no se efectuará la notificación si antes de tres meses han sido destruidos.

(124) Estos órganos son: las autoridades protectoras de la Constitución, de la Federación y de los Estados, el Departamento de Seguridad Militar, el Departamento Criminal de la Aduana, el Departamento Federal de Exportaciones, Fiscalías del Estado o distintas policías [§ 3(5)].

Italia

Ninguna especialidad que consignar.

Grecia

Ninguna especialidad que consignar.

España

Ninguna especialidad que consignar.

4. Breve consideración de aplicación al caso español

La constatación de dos regímenes especiales bien estructurados: el francés y el alemán, que permiten la defensa del Estado contra la delincuencia organizada o ataques mismos a su propia estabilidad democrática debe su conformidad legal nacional a dos causas distintas.

En Francia, el secreto de las comunicaciones privadas no está protegido constitucionalmente. Sólo la presente ley de 1991 lo garantiza y ya se previene (art. 1.2) que los límites al mismo están en la propia ley. No precisa, por tanto, examente de conformidad de superior rango.

En Alemania, como se ha dicho, su art. 10.2 prevé como excepción la constitución de un régimen de control extrajudicial compuesto por representación popular. En su virtud, permanece vigente la *Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz (G.10)*, Ley de 1968, estudiada.

Pero en España, por el momento, el art. 18.3 CE no permite un régimen diferente capaz de exceptuar la obligada *resolución judicial* para autorizar el levantamiento del secreto de las comunicaciones que se garantizan, entre ellas las telefónicas. Este «escollo» para la defensa autónoma de intereses estatales contra ataques del exterior e interior al Estado o formas de delincuencia especialmente peligrosas, constituye, a la par que una dificultad constitucional insalvable para los respectivos departamentos ministeriales encargados de esta misión, la mejor garantía para la salvaguarda de este derecho fundamental para el ciudadano español como extranjero (art. 13.1 CE).

5. Intercepciones extraordinarias sin sujeción a control

Francia

Al margen de los objetivos perseguidos con las interceptaciones de *seguridad* entre los que se encuentra la «seguridad nacional», la Ley francesa en su artículo 20 (Título III, Disposiciones Comunes), da «carta blanca» a los poderes públicos para realizar operaciones de exploración de frecuencias radioeléctricas, con ocasión de las cuales pueden ser captadas, de manera aleatoria, las comunicaciones (frecuentemente codificadas) al objeto de garantizar «los fines de defensa de los intereses nacionales». Estas interceptaciones no están sujetas a las prescripciones previstas para las *escuchas judiciales* (Tít. I) o *administrativas* (Tít. II). No pueden ser consideradas como individualizables, localizables ni cuantificables, al quedar exceptuadas de cualquier régimen, no están sometidas a control alguno. No se dice qué ministerios u organismos son los encargados de practicarlas ni hay remisión más concreta para definir los límites y contenido de la *defensa de los intereses nacionales*.

Aquí la «razón de Estado» ha apostado fuerte para disponer de un instrumento preciosísimo de información —el barrido indiscriminado del espacio radioeléctrico— para preservar la defensa de los intereses nacionales. No se oculta la posibilidad de manipulación de las interceptaciones puestas al servicio de tan altos fines exentos de todo control judicial, administrativo o parlamentario, y los abusos que tal sistema puede generar (125).

(125) A modo de ejemplo, puede citarse un escándalo de esta naturaleza: «El 14 de febrero, el Juez Jean-Paul Valat hizo estallar una verdadera bomba: la prueba contundente de que la célula antiterrorista del Elyseo fue, desde 1983 hasta 1986, un «gabinete negro», digno del Antiguo Régimen. Respaldado por la más insigne autoridad del Estado, el juicio dirigido en 1988 por Christian Prouteau instaló en los locales de la Presidencia de la República un centro de espionaje en donde el antiterrorismo servía de pretexto para vigilar estrechamente a periodistas, políticos, etc.

ANEXO

INTERCEPTACIONES DE SEGURIDAD

	<i>Alemania</i>	<i>Francia</i>	<i>Grecia</i>	<i>Italia</i>	<i>España</i>
PRESUPUESTOS	Catálogo de Delitos	Materias de interés nacional	Seguridad Nacional	Catálogo de Delitos	Delitos de Terrorismo
AUTORIDAD ORDENANTE	<ul style="list-style-type: none"> - Estatales o Federales - Comisión parlamentaria 	<ul style="list-style-type: none"> Ministros: <ul style="list-style-type: none"> - Defensa - Interior - Aduanas 	Fiscal del Tribunal Apelación	<ul style="list-style-type: none"> - Juez - Fiscal (antimafia) 	<ul style="list-style-type: none"> (urgencia) - Ministro Interior. - Director Seguridad del Estado
EJECUCIÓN	<ul style="list-style-type: none"> - Oficina Federal de Comunicaciones u otros explotadores. - Operaciones técnicas en detalle. - Plazo máximo legal no fijado. 	<ul style="list-style-type: none"> - Primer Ministro (G.I.C.), cupos de escuchas. - 4 meses máximo 	- Plazo indefinido	<ul style="list-style-type: none"> - Plazo máximo 40 d. + 20 d. (prórroga). - Vía telefónica (inclusive) 	<ul style="list-style-type: none"> - Escrito motivado al Juez (confirma o revoca)
CONTROL	<ul style="list-style-type: none"> - Notificación al interesado por Servicios Federales o Estatales de Seguridad. - Recursos en vía jurisdiccional 	- Comisión Nacional de Control (C.N.C.I.S.)	- Comisión Nacional (Parlamentaria)	(sin especialidad que consignar)	(sin especialidad que consignar)

INTERCEPTACIONES EXTRAORDINARIAS O SIN SUJECCIÓN A CONTROL

PRESUPUESTOS	<i>Francia</i>
	Defensa de los intereses nacionales.

CUESTIONES NUCLEARES EN TORNO A LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Por Luis M. Maside Miranda
Doctor en Derecho
Coronel Auditor

SUMARIO

I. EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONALES, PROPÓSITO CENTRAL DE LAS NACIONES UNIDAS. II. LA ACCIÓN PREVENTIVA DE LAS NACIONES UNIDAS: LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ. 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 2. EL MARCO JURÍDICO INTERNO. A. *En Europa*. B. *En América*. C. *En Oceanía*. D. *Supuestos especiales: Alemania y Japón*. 3. DERECHO DE INJERENCIA Y ASISTENCIA HUMANITARIA. III. LA POSTURA DEL SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1. EXAMEN AMPLIO DE TODA LA CUESTIÓN DE LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ EN TODOS SUS ASPECTOS. 2. EL MODELO DE ACUERDO SOBRE EL ESTATUTO DE LAS FUERZAS PARA LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ. 3. EL MODELO DE ACUERDO ENTRE NACIONES UNIDAS Y LOS ESTADOS MIEMBROS QUE APORTAN PERSONAL Y EQUIPO A LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ. IV. CONCLUSIONES.

I. EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONALES, PROPÓSITO CENTRAL DE LAS NACIONES UNIDAS

Si la función pacificadora se erige como un orto esencial en los ordenamientos jurídicos, dicha labor adquiere un significado especial en el ordenamiento jurídico internacional a través de una articulación de mecanismos, entre los cuales se pueden resaltar, *inter alia*, la definición de la prohibición del uso de la fuerza y el arreglo pacífico de las controversias internacionales, dos grandes dovelas básicas sobre las que se alza el edificio del Derecho Internacional contemporáneo; por eso el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales son metas y objetivos principales,

y es por lo que en esta Sociedad Internacional institucionalizada se verteban fórmulas y dispositivos tendentes a su consecución.

Los profundos horrores que generó en la Sociedad Internacional la Segunda Guerra Mundial llevó a los redactores de la Carta de las NN.UU. «a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que por dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles» (1), y a tal fin tienen la intención de «unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales» (2). A lo largo de todo el articulado de la Carta se incluyen disposiciones que Pastor Ridruejo califica de normativas e institucionales: normativas porque el mantenimiento de la paz se enuncia, formalmente, como su primer propósito (art. 1, n.º 1) e institucionales porque el Capítulo VII (acción en casos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión: arts. 39 a 51) se ocupa de la acción de la Organización en los supuestos que se plasman en esa rúbrica y el Capítulo VIII (acuerdos regionales (3): arts. 52 a 54) trata de la actuación en el marco del regionalismo (4).

Para cristalizar este propósito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales —que prevalece sobre todos los demás enunciados en la Carta— (5), la propia Organización deberá «tomar medidas colectivas y

(1) Preámbulo de la Carta de las NN.UU.

(2) *Loc. cit.*

(3) Aunque las ideas de asociaciones no son nuevas en la historia de la Humanidad, el fenómeno del multilateralismo regional *stricto sensu*, surge de forma tímida e imperfecta a raíz del reconocimiento que el art. 21 del Pacto de la Sociedad de Naciones hizo de la existencia de la Doctrina Monroe y de las «inteligencias regionales», surgiendo así, en el período de entreguerras, con el fin de preservar la independencia de pequeños Estados, la Pequeña Entente (Checoslovaquia, Rumanía y la Yugoslavia), la Entente Balcánica (Grecia, Yugoslavia, Turquía y Rumanía) y la Entente Báltica (Estonia, Letonia y Lituania), al tiempo que se favorecen las ideas del Regionalismo (por ejemplo, el paneuropeísmo, impulsado por los Congresos de Basilea y Roma de 1932), lo cierto es que a partir de 1945 se produce una verdadera eclosión de Organizaciones Internacionales Regionales propulsadas por la descolonización y por las tentativas de la integración regional económica.

De la lectura de los arts. 52 a 54 de la Carta se observa una clara desconfianza hacia las Organizaciones Regionales: se tiene miedo a una hipotética fragmentación, lo que conduce a una subordinación y control de éstas por parte del Consejo de Seguridad. Cfr. SOBRINO HEREDIA, J. M.: «Las Organizaciones Internacionales», Cap. I: DIEZ DE VELASCO, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, 9.ª ed. Madrid, 1995.

(4) PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 6.ª ed. Madrid, 1996, p. 773. Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *Apuntes sobre las funciones del Derecho internacional contemporáneo*, Murcia, 1995, pp. 125 y ss.

(5) Funcionando así como una barrera frente a cualquier intento de los Estados de emprender acciones unilaterales de fuerza bajo la invocación de propósitos como la protección de los derechos humanos o la realización del derecho de libre determinación, señala PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Las Naciones Unidas y el mantenimiento de la paz: cin-

eficaces para prevenir y eliminar las amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz» (art. 1, n.º 1 de la Carta), lo que genera —escribe Pérez González—, por un lado, la instauración de un sistema de arreglo pacífico de las controversias (art. 2, párrafo 5 y Capítulo VI de la Carta) a fin de prevenir situaciones que en sí mismas puedan comprometer la paz y la seguridad internacionales, y, por otra parte, la sustracción a los Estados miembros de la Organización del *ius ad bellum* del que tradicionalmente hacían uso irrestricto y su consiguiente transferencia a manos de la propia Organización (6).

Los acontecimientos ocurridos desde la última parte de la década pasada —la *aceleración de la historia*, como se le ha venido denominando por algunos, y por otros como la *revolución dulce del otoño de los pueblos en la Casa Común de Europa*— han puesto de relieve que nos encontramos en los umbrales de una *Sociedad mundial del Derecho* cuyos fulcros básicos sobre los que se alzaría serían la prohibición del uso de la fuerza contra la independencia o integridad de los Estados, la libre determinación de los pueblos, el respeto de los derechos humanos y a las víctimas de los conflictos armados y la no intervención en los asuntos internos de los Estados (7). Otro selecto grupo resalta la concatenación entre el respeto a los derechos humanos y el mantenimiento de la paz, responsabilidad sustancial del Consejo de Seguridad, hasta el punto de que se habla de un *nuevo orden humanitario internacional* en el que el uso de la fuerza resultaría respaldado para mantener la paz y la seguridad internacionales (8); de esta manera se cimentaría una tercera vía entre la acción humanitaria y la intervención armada, cual sería la política humanitaria con la que se pretende enviar socorros amparados por las fuerzas armadas. Pero sobre este punto volveremos más adelante.

El párrafo 4.º del art. 2 de la Carta establece que «los Miembros de la Organización en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las NN.UU.», prohibición ésta que hay que ensamblar con

cuenta años de esfuerzos». *Cuadernos de Historia Contemporánea*, n.º 17, Univer. Complutense. Madrid, 1995, p. 62.

(6) PÉREZ GONZÁLEZ, M.: *Op. cit.*, p. 61.

(7) ORTEGA CARCELEM, M. C.: «La reforma de la Carta de las Naciones Unidas: algunas propuestas institucionales». *REDI*, vol. XLIII, T. 2, 1991, p. 406.

(8) DÍAZ BARRADO, C.: «La pretensión de justificar el uso de la fuerza con base en "consideraciones humanitarias"». Análisis de la práctica internacional contemporánea». *REDI*, vol. XL, 1988, T. I, p. 75.

el párrafo 3.º de este mismo precepto que obliga a los Estados a arreglar sus controversias por medios pacíficos para «no poner en peligro ni la paz, ni la seguridad internacionales, ni la justicia». Constituye una verdadera constelación delineada tanto por Resoluciones como por Instrumentos jurídicos que impulsan, expanden y perfeccionan esta patente dovola de NN.UU. que tiene carácter de *ius cogens* (9) y entre los que, *inter alia*, mencionaremos la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de NN.UU., contenida en la R/2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970—que Pérez Vera califica de principios que aspiran a regular el cambio social en la comunidad internacional (10)—, la R/3314 de 14 de diciembre de 1974 (11), el Acta Final de Helsinki de 1 de agosto de 1975 (12), las Recomendaciones Finales de las Consultas de Helsinki de 1973, el Documento Final de Belgrado de 1978, el Informe del Foro Científico de la Reunión de Expertos de Hamburgo de 1980, la Carta de París para una Nueva Europa de 1 de noviembre de 1990, la Conferencia de Ottawa (o de «Cielos Abiertos») de 1990 o la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales.

La regla de base en el sistema de la Carta atribuye, *coram populo*, el monopolio del uso de la fuerza al mecanismo de seguridad colectiva de

(9) Cfr. los arts. 53 (concepto) y 64 (*ius cogens superveniens*) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 22 de mayo de 1969 (BOE de 13 de junio de 1980) y asimismo PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Sobre la prohibición del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales. Datos jurídico-políticos». *REFDUCM*. Madrid, vol. XV, p. 971; *Ibidem*: «Los gobiernos y el *ius cogens*: Las normas imperativas del Derecho Internacional en la Sexta Comisión». *Estudios de D. Internacional Público y Privado*. Oviedo, 1970, T. I, p. 120; PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *La determinación del contenido del "ius cogens"*. Ponencia presentada al IX Congreso del I.H.L.A.D.I.). Madrid, 1972, p. 2; DUPUY, R. J.: *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*. UNESCO, París, 1993; DÍAZ BARRADO, C.: «La prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones: Balance a los cincuenta años de Naciones Unidas». *Balances y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*. IEF Vitoria, Madrid, 1996, pp. 146 y ss.

(10) PÉREZ VERA, E.: *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*. Madrid, 1973, p. 45.

(11) Art. 3, aptos. a), b), d), f), g). Vid. ZOUREK, J.: «Enfin une définition de l'agression». *AFDI*, 1974, p. 13; BROMS, R.: «The Definition of Agression». *R. des C.*, t. 154, vol. I, 1992, pp. 320 y ss.; ESPADA RAMOS, M. L.: «Nuevas formas del uso de la fuerza y su compatibilidad con el Derecho Internacional». *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado*. Oviedo, 1970, T. I, pp. 301 y ss.

(12) La Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, abierta en Helsinki el 3 de julio de 1973, continuó en Ginebra del 18 de septiembre de 1973 al 21 de julio de 1975, se clausuró el 1 de agosto de 1975. Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Hacia una nueva concepción de la seguridad: las aportaciones de las organizaciones regionales europeas». *REDM*, n.º 65, 1995, pp. 287-305.

las NN.UU., presidido por el protagonismo del Consejo de Seguridad en este marco. Prohibición y monopolio en el uso de la fuerza supone, sin hipérbole alguna, una verdadera revolución en relación con el sistema estructurado en el ordenamiento jurídico-internacional clásico, adquiriendo así una total *plenitudo* la afirmación de Virally de que lo anterior constituye una modificación de las bases jurídicas sobre las que se asienta la actual Sociedad Internacional. En efecto, lleva razón Jiménez de Aréchaga cuando escribe: «el uso de la fuerza tiene actualmente en el Derecho Internacional el mismo *status* que en el Derecho interno: es un delito, o es una sanción o un acto de legítima defensa» (13).

Este principio cogente es riguroso en lo tocante a la prohibición del uso de la fuerza por parte de los Estados, lo que no significa que sea absoluto, pues la propia Carta contempla tasadas excepciones, con requisitos y límites precisos y, *a fortiori*, el desarrollo de alguna de sus partes, por ejemplo, los arts. 1 y 55 y el Capítulo XI nos brindan otro uso de la fuerza reconocido como lícito para los pueblos sometidos al yugo colonial que luchan por su autodeterminación (14) e incluso habrá que incluir en este marco la llamada intervención por razones humanitarias acordada por el Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

II. LA ACCIÓN PREVENTIVA DE LAS NACIONES UNIDAS: LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ:

La percepción del fracaso del sistema estructurado en la Carta sobre seguridad colectiva, o bien por no haberse celebrado los convenios especiales con los miembros previstos en el art. 43, o bien por dificultades políticas (15) o por la problemática de poner en marcha el Capítulo VII de

(13) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *El Derecho internacional contemporáneo*. Madrid, 1980, p. 156.

(14) Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Sobre la prohibición...», *cit.*, p. 582. *Ibidem*: «Hacia una nueva concepción de la seguridad: las aportaciones de las organizaciones regionales europeas», *REDM*, n.º 6, 1995, pp. 287-305; MASIDE MIRANDA, L.: «El estatuto de combatiente en las luchas de liberación colonial», *REDM*, n.º 51, 1988, pp. 79 y ss.

(15) Recordemos, por ejemplo, en los primeros años de funcionamiento de la ONU —período álgido de la guerra fría— la situación de *impasse* denominada *querrela de las admisiones*, lo que motivó que la Asamblea General por RJ de 17 de noviembre de 1947 solicitase dictamen al Tribunal Internacional de Justicia que lo emitió el 28 de mayo de 1948. Cfr. C. I. J. *Recueil*, 1948, pp. 57 y ss.; y GARCÍA ARIAS, L.: «El primer dictamen del Tribunal Internacional de Justicia: Las condiciones de admisión de un Estado como nuevo miembro de la ONU», *REDI*, 1949, pp. 145 y ss.

la Carta (16) y con el fin de paliar las imperfecciones de ésta, la praxis *onusiana* ha desencadenado otras vías que se articularon en la R/377 (V) de la Asamblea General de 3 de noviembre de 1950, Unidos para la Paz (17) o también Unidos para el mantenimiento de la paz (*Uniting for Peace*), o también Unión Pro Paz, y en unas acciones preventivas, que no coercitivas, decididas por la Asamblea General o por el Consejo de Seguridad: las operaciones de mantenimiento de la paz. La R/377 (V) es un mecanismo de traslado de la responsabilidad coercitiva del Consejo a la propia Asamblea en los supuestos en que aquél no pudiese actuar por mor del ejercicio del derecho de veto (18) supuso una profunda alteración del sistema de la Carta y, *de facto*, su utilización posterior con base en la experiencia de Corea (19) provocó una crisis institucional en las NN.UU. de la que se salió en 1965 gracias a un acuerdo político alcanzado en la propia ONU (20). En cambio, las operaciones de mantenimiento de la paz, cuyos caracteres ha delineado entre nosotros Carrillo Salcedo: 1) importancia progresiva de las funciones político-diplomáticas del Secretario General; 2) consenso mínimo de las grandes potencias que aceptan no participar en las operaciones de mantenimiento de la paz; 3) especial colaboración de los Estados no directamente comprometidos en el conflicto y que provoca la acción ejecutiva de las NN.UU.; 4) establecimiento de un

(16) Vid. *Le Chapitre VII de Chartre des Nations Unies*. Colloque de Rennes. Ed. A. Pedone, Paris, 1995.

(17) Esta R/, conocida también como R/Acheson, aprobada en la 302.ª Sesión Plenaria, 3 de noviembre de 1950, es citada con relativa frecuencia en relación con algunos conflictos armados, en las Rs/ES/6/2 sobre Afganistán o en la 46/242 sobre Bosnia-Herzegovina. Cfr. LEPRETTE, A.: «Le Conseil de Sécurité et la Résolution 377-A, 1950». *AFDI*, vol. XXXIV, 1988, pp. 426 y siguientes.

(18) Dice en su apto. A): «Si el Consejo de Seguridad por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento a la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener la paz y seguridad internacionales». *Loc. cit.* En aplicación de esta R/Acheson, la Asamblea se reunió en sesiones extraordinarias de emergencia para estudiar las situaciones de Hungría en 1956, el Congo en 1960, Oriente Medio en 1967, Afganistán en 1980 y Palestina en 1982. Vid. LEPRETTE, A.: *Op. cit.*

(19) Vid. FISHER, L.: «The Korean War: On What Legal Basis Did Truman Act?». *AJIL*, vol. 89, n.º 1, enero, 1995, pp. 21-40; FERNÁNDEZ FLORES, J. L.: *Del Derecho de la guerra*. Ed. Ejército. Madrid, 1982, p. 122.

(20) Cfr. Pérez González, M.: «Las Naciones Unidas...», *cit.*, p. 64; CARRILLO SALCEDO, J. A.: *La crisis constitucional de las Naciones Unidas*. Madrid, 1966, p. 50.

«sistema de neutralización internacional» por el que se mantienen los conflictos armados fuera de la guerra fría y, finalmente, consentimiento del estado territorial que soporta la intervención de la acción ejecutiva de las NN.UU. destinada a la conservación de la paz (21), tienen como *ratio essendi* crear y establecer una presencia de NN.UU. como factor de estabilización para el cese del fuego o impedir que se reanuden las hostilidades, son, como escribe Jiménez de Aréchaga, «un cordón sanitario para impedir la efusión de sangre y mantener separados a los adversarios en tanto los procedimientos de conciliación pueden tener tiempo y oportunidad de entrar en funcionamiento» (22)», es decir, serían estas operaciones una especie de *no man's lands* entre las partes en conflicto. Además de estas operaciones de mantenimiento de la paz, el Consejo de Seguridad ha autorizado actuaciones más limitadas como el envío de misiones de observación, misiones de verificación o grupos de observadores (23).

Los conceptos de mantenimiento de la paz (*peace keeping*), establecimiento de la paz (*peace making*) y la consolidación de la paz después del conflicto (*peace enforcing*) (*peace building*) han adquirido una nueva dimensión proveniente de las grandes mutaciones acaecidas en la Sociedad Internacional en la última década —la aceleración de la historia— que, vinculadas al fenómeno de la *Perestroika*, la caída del Muro de Berlín y el desmoronamiento del Bloque del Este, van a tener como consecuencia la ruptura de la tensión bipolar postbélica estructurada que inspiró tradicionalmente las actividades de NN.UU. en materia de mantenimiento de la paz. De la Guerra del Golfo a la de los Balcanes, pasando por las misiones humanitarias en el Kurdistán, Somalia o Ruanda (24), es evidente que la presencia de los *cascos azules* (25) se hace cada vez más necesaria.

(21) CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Op. cit.*, p. 80; *Ibidem*: «El mantenimiento de la paz: veinte años de esfuerzos», *ONU Año XX*, Madrid, 1966, pp. 183 y ss.; *Ibidem*: «Consideraciones sobre el fundamento, naturaleza y significado de las operaciones de las Naciones Unidas destinadas al mantenimiento de la paz», *REDI*, 1965, pp. 164 y ss.

(22) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Op. cit.*, p. 157.

(23) Vid. DURCH, W.: *The evolution of UN Peacekeeping. Case Studies and Comparative Analysis*. Ed. St. Martin's Press, New York, 1993; RIIKYE, I. J., y SKJELSBÆK, K.: *The United Nation and Peacekeeping. Results, Limitation and Prospects: The Lesson of 40 Years of Experience*. International Peace Academy, London, 1990.

(24) Vid. KERBRAT, Y.: *La référence au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies des les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de Sécurité*. L.G.D.J. Paris, 1995, y Brown, M.: *The International dimensions of Internal Conflict*. Ed. Mit Press. Cambridge, 1996.

(25) Los soldados sin enemigos los denomina FABIAM: *Soldiers without enemies*, Washington, 1991, p. 35. Vid. *Yearbook of the United Nations. UN. Fiftieth Anniversary*

1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La Carta no contiene, *expressis verbis*, una definición de las operaciones denominadas para el mantenimiento de la paz, ni tan siquiera regula el estatuto de las llamadas Fuerzas de Emergencia de la ONU (26).

Es tradicional, dentro del marco en que se inscribe el presente trabajo, la definición que formula la Academia Internacional de la Paz: «Por operaciones de mantenimiento de la paz debe entenderse aquellas actuaciones en las que el fin es la prevención, la limitación, la moderación o el cese de las hostilidades internas o entre Estados, por la intervención pacífica de un tercero. Se trata de una intervención inmediata, organizada y dirigida por elementos internacionales, utilizando fuerzas militares, policiales y civiles para establecer y mantener la paz» (27). Este mismo concepto es recogido por Dörenberg (28). Por su parte, Jiménez de Aréchaga las describe como «operaciones de carácter militar o paramilitar que no consisten en actividades de combate o de lucha, sino en establecer una fuerza o barrera que se interpone entre dos adversarios claramente definidos, y se trata de asegurar que las fuerzas en conflicto no entren en contacto directo» (29).

El 31 de enero de 1992 el Consejo de Seguridad se reúne a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno para tratar de «la responsabilidad del Consejo en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales» (30) encargando al Secretario General que emita un *rapport* antes del día 1 de

1945-1995. UNO. 1995, pp. 31-139. DEWAST, Ph.: «Quelques aspects du Statut des "Casques Bleus"». *RGDIP*, 1977, t. 81, vol. 4, pp. 1007-1046.

(26) Fueron establecidas por R/1000 (Ex-1) de 5 de noviembre de 1956 con motivo del conflicto provocado por la nacionalización del Canal de Suez, consumada por el Gobierno egipcio de Gamal Abdel Nasser en 1956. El contingente de tropas estuvo en la región hasta mayo de 1967 en que Egipto pidió su retirada. Vid. LAL, A.: *The United Nations and the Middle East Crisis*. New York, 1968; MARTÍNEZ CARO, S.: «La Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas», *REDI*, 1960, pp. 83 y ss.; FESSOL, P.: *Un essai de police international: la force d'urgence des Nations Unies*. Aix, 1959; FERNÁNDEZ FLORES, J. L.: *Op. cit.*, p. 122.

(27) INTERNATIONAL PEACE ACADEMY: *Peacekeeper's Handbook*. New York, 1989, 2.^a Ed., p. 18.

(28) DÖRENBERG, A. J. T.: «Operations de maintien de la paix. Aspects juridiques». *RDPMDG*, vol. XXVIII, 1989, n.º 3-4, p. 34.

(29) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Op. cit.*, p. 157.

(30) Se le ha denominado *Reunión en la Cumbre del Consejo de Seguridad*. Asistieron el Presidente Bush, el Presidente Mitterrand, el Primer Ministro Li Peng y el Premier John Major que se reunieron con los Jefes de Estado que actualmente componen los miembros no permanentes del Consejo: Bélgica, Cabo Verde, Ecuador, Hungría, India, Japón, Marruecos y Zimbabwe.

julio de 1992 (31). El Secretario General, Boutros Boutrosghali lo etiqueta bajo la rúbrica «Un Programa de Paz», presentándolo el 17 de junio de 1992 (32), en cuyo Capítulo II configura las operaciones de mantenimiento de la paz (*peace keeping*) como «el despliegue de una presencia de las Naciones Unidas en el terreno con el consentimiento de todas las partes involucradas, que normalmente incluye personal militar, policial o civil de las Naciones Unidas. El mantenimiento de la paz es una técnica que amplía las posibilidades tanto para la prevención como para el restablecimiento de la paz» (33).

La Asamblea General decide, por medio de la R/48/37, la creación de un Comité *ad hoc* cuyo orto es elaborar un texto sobre la seguridad del personal *onusiano* que participa en las operaciones de mantenimiento de la paz. Nueva Zelanda y Ucrania presentaron propuestas —a las que se adhirió el Comité Internacional de la Cruz Roja— que sirvieron de basamento y dovela en unión del Informe de la Sexta Comisión (34) sobre los que se alza el Convenio sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (*associate partners*) aprobado por R/49/59 que, en su artículo 2, define las operaciones de mantenimiento de la paz de NN.UU. como las establecidas por el órgano competente de las NN.UU. y realizadas bajo su autoridad y control, cuando la operación está destinada a mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales o cuando el

(31) Doc. S/ 23500. Vid. TORRES BERNÁRDEZ, S.: «Perspectivas en la contribución de Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales: comentarios y observaciones sobre la Declaración de los Miembros del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992». *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Madrid, 1993, pp. 727-769.

(32) Doc. A/47/277-S/24111. Este «Programa de Paz» elaborado por el propio Secretario General y aprobado, naturalmente, por el Consejo, no es, ni mucho menos, el pretense documento oficial del nuevo posicionamiento de NN.UU. *sur matière*. Es una panorámica coherente y racional de las actuales situaciones internacionales así como un elenco de los retos que NN.UU. tienen que arrostrar.

(33) *Loc. cit.*, p. 11. Vid., *inter alia*, GREY R. T.: «Strengthening the United Nations to Implement the "Agenda for Peace"». *Strategic Review*, 1993, vol. 3, pp. 15-25; HILL, R.: «Preventive Diplomacy, Peace making and Peace keeping», *SIPRI*, 1993, pp. 40-65; SCHRIKKE, Ch.: «L'Agenda de la Paix de Boutros Boutrosghali: Analyse et premières réactions». *AFDI*, vol. XXXVIII; 1992, Paris, pp. 11-31. THIERRY, H.: «L'Agenda pour la paix et le Charte de les Nations Unies». *Le développement du rôle du Conseil de Sécurité*. Dordrecht-Boston-London, 1993, pp. 375-384. Este «Programa de Paz» en su versión inglesa se conoce con la denominación *3 P's plus one*, es decir, *Preventive Diplomacy, Peace making including Peace Enforcement, Peace Keeping, and Post Conflict Peace Building*.

(34) Doc. A/49/742. Vid. EMANUELLI, C.: «La Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé: destayons et des ombres». *RGDIP*, T. 99, 1995, vol. 4.

Consejo de Seguridad o la Asamblea General haya declarado, a los efectos de la presente Convención, que existe un riesgo excepcional para la seguridad del personal que participa en la operación (35).

El 3 de enero de 1995 Boutrosghali da a conocer el informe denominado *Suplemento de un Programa de Paz: Documento de posición del Secretario General presentado con ocasión del cincuentenario de las Naciones Unidas* (36), que se engarza con el emitido hace casi tres años a solicitud de los miembros del Consejo reunidos el 31 de enero de 1992. Gravita el *Suplemento* en torno a los instrumentos para fomentar la paz y seguridad internacionales: la diplomacia preventiva y establecimiento de la paz, mantenimiento de la paz, consolidación de la paz post bélica, desarme, sanciones y acción coercitiva. Fondaremos *hic et nunc*, sucintamente, en este Instrumento:

Tocante a la diplomacia preventiva (*preventive diplomacy*) y establecimiento de la paz (*peace making*), lo que *prima facie* resalta es que ambos conceptos se enuncian conjuntamente a diferencia de lo que ocurre con *Un Programa de Paz* donde las medidas de uno y otro marco estaban claramente delineadas.

Dentro del marco del mantenimiento de la paz (*peace keeping*), Boutrosghali pone de relieve los fulcros básicos sobre los que se han de cincelar estas operaciones: el consentimiento de las partes, la imparcialidad y la abstención de recurrir a la fuerza (salvo el caso de legítima defensa) que, a la luz de la experiencia de las NN.UU., constata que estos principios se han observado escrupulosamente en las operaciones que tuvieron éxito y no en aquéllas que resultaron menos satisfactorias (37).

Detecta, asimismo, el Secretario General en el *Suplemento* tres dificultades en la *mettre en scène* de estas operaciones: primeramente, los

(35) Este Convenio, firmado por España *ad referendum* el 7 de noviembre, entrará en vigor, a tenor de lo establecido en el art. 37, treinta días después de haberse depositado el vigésimo segundo instrumento de ratificación, aplicándose a las operaciones delineadas en el art. 1 que excluye, *expressis verbis*, aquellas operaciones autorizadas por el Consejo como medidas coercitivas de conformidad con el Capítulo VII de la Carta en las que los partícipes militares actúan como combatientes contra las FAS «a las que se les aplica el derecho relativo a los conflictos armados internacionales»: Art. 2.

(36) Doc. A/5060 y S/1995/1. Este documento —que el propio Secretario califica de *posición*— remarca los cambios habidos en relación con el anterior documento, mayor presencia de NN.UU. en los conflictos interestatales, el uso de fuerzas *onusianas* es cada vez mayor para amparar las acciones humanitarias y el cambio en la naturaleza de las operaciones de mantenimiento de la paz que se despliegan *in situ* cuando ya se ha negociado el acuerdo de paz oportuno.

(37) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Las Naciones Unidas y el...», *cit.*, p. 74.

aspectos relativos al mando y control en los que configura y perfila «tres niveles de autoridad que deben quedar claros para evitar confusiones: la dirección política general que corresponde al Consejo de Seguridad; la dirección ejecutiva y mando asignado al Secretario General y, por último, el mando sobre el terreno conferido por el Secretario General al jefe de misión» (38); en segundo término, lo tocante a la disponibilidad de tropas y necesidad de equipos y tratamientos adecuados (39) y, finalmente, la relativa a la mejora de los instrumentos de información.

En esta misma sección realiza una propuesta sugestiva que no es, en absoluto, novedosa pues entronca con *Un Programa de Paz* al estimar que NN.UU. debe de recapacitar sobre la idea de concebir una Fuerza de Reacción Rápida (*Rapid Reaction Force*) constituida por unidades de varios Estados y tipificadas por la homogeneidad, ya que estarían adiestradas militarmente y utilizarían los mismos procedimientos operativos, estando acampadas en su país de origen. De la rapidez con la que el Consejo pudiera disponer de ellas dependería el éxito (40). Aunque su basamento jurídico no aparece delineado en el *Suplemento*, actuaría esa Fuerza en la elíptica expresión «cuando existiese una urgente necesidad de tropas de mantenimiento de la paz» (41); sin embargo, en un *Programa de Paz* vaticinaba las Unidades de Resguardo de la Paz (*peace-enforcement units*) (*unités d'imposition de la paix*) (42) que desbordan el arreglo de controversias y emergen como mantenimiento de la paz (43) con un mandato riguroso para proceder a restablecer el alto el fuego (*cessez-le-feu*) caso de haberse incumplido o para mantenerlo o cualquier otro asignado bajo el arco jurídico del art. 40 de la Carta, pero excluyéndose, *expressis verbis*, el art. 43 (44).

(38) *Suplemento cit.*, p. 36.

(39) Crítica BOUTROSGHALI, en relación con la disponibilidad de las tropas, que ésta es cada día menor, llegando a producirse situaciones como Estados que aprueban la ampliación de una misión y no aportan los contingentes necesarios para ejecutar la medida adoptada por ellos: *loc. cit.*, p. 40.

(40) *Suplemento cit.*, p. 46. Vid. BOUTROSGHALI, B.: «Beyond Peacekeeping». *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 25, 1992, pp. 113-122.

(41) *Loc. cit.*

(42) Expresión acuñada por el Secretario General para referirse a Unidades que estarían en situación de alerta, con armamento superior a las fuerzas de mantenimiento de la paz.

(43) Cfr. THIERRY, H.: *Op. cit.*, p. 379.

(44) La praxis ha proporcionado despliegues de Unidades de estas características en Somalia en base a la R/814(1993) de 26 de marzo para proceder al desarme de los señores de la guerra. Vid. SOREL, J. M.: «La Somalie et les Nations Unies». *AFDI*, vol.

En la concepción de consolidación de la paz después del conflicto (*peace enforcing*) (*peace building*) se innova, ya que Boutrosghali admite la posibilidad de que la consolidación de la paz no sea sólo posterior sino preventiva.

A continuación el Secretario General se adentra en un concepto de nuevo cuño, el microdesarme, que lo perfila y configura como los procesos concretos de desarme (*disarmement*) en el contexto de conflictos que NN.UU. están tratando de solucionar y en relación con las armas, en su mayoría ligeras, con las que se está matando a centenares de miles de personas (45).

Desarrolla, asimismo, una cuestión preocupante que se ensambla con la consolidación de la paz y es el de las minas terrestres, tanto antipersonales como anticarros, materia ésta de la que se ha ocupado recientemente la Asamblea General aprobando las Rs/48/7(1993) de 27 de octubre y la 49/215(1995) de 19 de enero (46).

En el marco referido a las sanciones se muestra favorable a que en el propio mecanismo en el que se impongan éstas se adopten simultáneamente las medidas oportunas para llevar a cabo las tareas humanitarias (47).

Por último, en el apartado consagrado a la cooperación con los mecanismos y organizaciones internacionales propugna Boutrosghali cinco vías: las consultas, el apoyo diplomático, el apoyo operacional, el despliegue conjunto y la operación conjunta (48), al tiempo que rotula los ejes

XXXVIII, 1992, p. 61-88; PRUNIER, G.: «La dimension historique de la crise somalienne». *Rélations internationales et strategiques*, n.º 9, printemps, 1993, pp. 89-106; MAYALL, J.: *The New Interventionism 1991-1995 United Nations Experience in Cambodia, Former Yugoslavia and Somalia*. New York, 1996.

(45) MILAN BARTOS ha propuesto crear una tercera rama dentro del seno del Derecho Humanitario que sería el *ius contra bellum*, configurado por todas aquellas disposiciones tendentes a mantener la paz y a excluir la guerra como medio de resolver las diferencias entre las comunidades humanas: «Les nouveaux États», *Jugolovenska Revijaza Medunarodno Pravo*, vol. 9, 1962, p. 187. Vid. PICTET, J.: *Les principes du droit humanitaire*. Leiden, 1973, p. 25. ROHE, A.: «Il SALT-II e i suoi precedenti. De Mosca a Vienna, via Vladivostok». *La Comunità Internazionale*. 1979, p. 67.

(46) Crea el Secretario General un Fondo Fiduciario voluntario destinado a sufragar programas de información; capacitación y ejecución de actividades para remoción de minas. ROBERTS, B.: *Weapons Proliferation and World Order. After the Cold War*, London, 1996.

(47) Cfr. la R/47/120-B. Vid.: KALPYRIS, E.; VORK, R. y NAPOLITANO, A.: *Les sanctions des Nations Unies dans le conflit de l'ex-Yougoslavie*. Ed. Axes, Bruxelles, 1995.

(48) Vid. la R/49/57, que contiene la Declaración sobre el mejoramiento de la cooperación entre NN.UU. y las Organizaciones Regionales en el mantenimiento de la paz. Aunque esta idea no es nueva, recordemos IFOR (*Implementation Force*) nacida de los

cardinales sobre los que habrán de girar los goznes de la cooperación, un mecanismo de consulta que no tiene que ser necesariamente formal, el respeto a la primacía de las NN.UU., prevista en la propia Carta (49), una definición clara de las tareas a desempeñar y finalmente llama la atención a la coherencia de aquellos Estados que además de ser miembros de la Organización de vocación universal pertenecen a otras organizaciones regionales en lo que atañe *sur matiere*. En suma, se trata de un documento de posición que analiza desde la óptica de la praxis *onusiana* atomizando, conciliando, fusionando, articulando o desarrollando conceptos con el fin de desmigajar medidas de una etapa para llevarlas a otros estadios cuyo orto será la de avituallarlos de más autonomía. La acción del Consejo proyecta un haz de intervención cuando se genera una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la misma o un acto de agresión que alcanza a situaciones internacionales y a las internas, así como también se irradia a los Estados miembros de NN.UU. como a los que no ostentan esta etiqueta. Esta amplitud en toda la arquitectura de la atribución de la responsabilidad al Consejo ha conducido a una extensión de las competencias en virtud de una concepción más amplia del contenido del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (50), cuyo fulcro hay que buscarlo en el artículo 24 de la propia Carta y, por ende, este órgano principal podrá tildar de agresión, amenazas a la paz o quebrantamientos a la paz aquellas situaciones en las que se conculquen el principio de prohibición del uso de la fuerza, el de la libre determinación de los pueblos, el respeto de los derechos humanos, aunque, recientemente, en la década de los noventa se observa una creciente tendencia en el Consejo a llevar las riendas contra el terrorismo internacional (51). Comenzó el Consejo, en el marco de los derechos humanos, ensanchando su propia competencia a raíz de «la cues-

Acuerdos de Dayton de 1995, que es una fuerza multinacional compuesta por Estados miembros y no miembros de la OTAN y que, en virtud de la R/1031, actúa en territorio bosnio con funciones tales como controlar las zonas de separación interétnicas y líneas de alto el fuego y proteger la retirada de UNPROFOR no transferidos a IFOR.

(49) Cfr. artículos 52, 34 y 35, *inter alia*.

(50) El Secretario General, en *Un Programa de Paz*, señaló que «el concepto de la paz no es difícil de comprender, el de la seguridad internacional, en cambio, es complejo porque también en su caso se plantea todo un mosaico de contradicciones. Es por ello que en estos momentos de renovada oportunidad, los esfuerzos de la Organización por consolidar la paz, la estabilidad y la seguridad deben englobar temas que trascienden las amenazas militares para que sea posible romper las cadenas de los conflictos y las guerras que ha caracterizado al pasado». *Loc. cit.*, p. 12.

(51) Cfr. CAPOTORTI, F.: *Corso di Diritto internazionale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1995, p. 257; COMBACAU, J. y SUR, S.: *Droit international public*, Montchretien, 1993, p. 217.

tión del conflicto racial en África del Sur proviniente de la política del *apartheid* (52) del Gobierno de la República de Sudáfrica (53) dimensionándose así la concepción de «amenazas a la paz», pues genera una nueva significación al establecerse una correlación explícita entre la protección de la persona humana y la búsqueda de la paz, pero, como resalta Abellán Honrubia, se trata de una ampliación selectiva y no generalizable, ya que la calificación de los hechos como amenaza a la paz y seguridad internacionales es una facultad discrecional del Consejo(54).

Sur matière del uso de la fuerza en su acepción tradicional y clásica se concretaba en el empleo ilícito de la fuerza armada, esto es, el ataque armado contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado, tal y como se configura en el párrafo 4 del art. 2 de la Carta. Como escribe Otonnu «*on entendait généralement par «menace contre le paix et la sécurité internationales» un acte d'agresión o une rupture de la paix, le plus souvent dans le contexte d'un conflit interétatique ou régional*» (55).

Como ya habíamos rotulado, el Consejo, últimamente, está calificando los actos de terrorismo internacional como amenazas a la paz o quebrantamientos de la misma, abordando esta cuestión a raíz de los atenta-

(52) Dio origen a una verdadera constelación de Rs/ tales como las 1904 (XVIII) de 20 de noviembre 1963, que establece la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la 2106 (XX) de 21 de diciembre de 1965 que contiene el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, en las que se dice: «toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa». La R/3379 (XXX) de 10 de octubre de 1975, aprobada por 72 votos a favor, 35 en contra y 32 abstenciones, asimiló el *sionismo* al *racismo*. Vid. el Informe A/10001/1975, p. 53, Del Secretario.

(53) Doc. S. 5348/1963.

(54) ABELLÁN HONRUBIA, V.: «La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Fundamento jurídico y discrecionalidad política». *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. Madrid, 1993, p. 7. Vid. las Rs/688(1991) sobre la población kurda, las 733(1992), 751(1992) y 794(1992) sobre la tragedia de Somalia, la 853(1993) de 29 de julio sobre Haití y la 918(1994) de 14 de octubre sobre Nagorno-Karabajh.

(55) OTONNU, M.: «Preserver la légitimité de l'action des Nations Unies». *Politique Étrangère*, 1993, vol. 3, p. 598. Ya Kant —considerado como el fundador de la teoría moderna del conocimiento y como el destructor de la metafísica racionalista que se desarrolló desde Descartes hasta K. Wolff— escribía que la amenaza «consiste o bien en los preparativos militares en los que se basa el derecho de prevención (*ius praeventionis*) o bien en el temible aumento (por la conquista de territorio) de la Potencia (*potentia tremenda*) de otro Estado. La amenaza se distingue del ataque efectivo en que éste da derecho a hacer la guerra. La violación del derecho humanitario *lato sensu* era, en principio, ajena a la concepción de la amenaza: KANT, I.: *Métaphysique des Moeurs, première partie: Doctrine du Droit*. (Traducc. A. Philomenko). Ed. Vris, Paris, 1981, p. 229.

dos contra los vuelos 103 de la *Pan American* y 727 de la *Union Transport Aeriens* (56), siendo múltiples las Rs. de este órgano principal de las NN.UU. en la que expresa «su convencimiento de que la eliminación de los actos de terrorismo es indispensable para el mantenimiento de la paz» (57), y en la 40/61 (1985) de 9 de diciembre se delinea, *expressis verbis*, una obligación de Derecho Internacional General sobre las actividades terroristas internacionales.

Por su parte, el Consejo del Atlántico Norte, en su Reunión Ministerial sesionada el 30 de mayo de 1995 en Noordwijk Aan Zee (Holanda), resaltaba: «Los actos de terrorismo internacional constituyen una grave amenaza para la paz, seguridad y estabilidad y pueden poner en peligro la integridad territorial de los Estados. Estos actos no pueden justificarse bajo ninguna circunstancia. Por tanto, condenamos todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo internacional con independencia de su origen, causa o propósito y reafirmamos nuestro propósito de combatir esta lacra» (58).

En suma, la práctica del Consejo se orienta no sólo a ensanchar los supuestos de hecho que justifican la aplicación del Capítulo VII sino que, *a fortiori*, tiende a inyectar cambios en la naturaleza de las medidas que pueden adoptarse a tenor de ese Capítulo (59).

Enmarcado así todo lo anteriormente rotulado, es necesario poner de relieve que está asaz extendido el catalogar las operaciones de manteni-

(56) NN.UU. se habían ocupado con anterioridad. Convenio de Washington de 2 de febrero de 1971, el Convenio Europeo de 27 de enero de 1977, Convenio de Tokio de 1963, Convenio de La Haya de 1970 y el de Montreal de 1971. Vid. LEVASSEUR, G.: «Les aspects represifs du terrorisme international». *Terrorisme international*. Paris, 1977; ABELLÁN HONRUBIA, V.: «El terrorismo internacional», *REDI*, vol. XXVIII, 1-3, 1975, pp. 33-56; Prevost, J.: «Les aspects nouveaux du terrorisme», *AFDI*, 1983, p. 579.

(57) Las Rs/731(1992) de 21 de enero y 748(1992) imponen sanciones a la Jamahirya Árabe Libia Popular y Socialista. Vid. la declaración conjunta de EE.UU. y Reino Unido (S/23308) y la Declaración de EE.UU., Francia y Reino Unido sobre el terrorismo (S/23309).

(58) Declaración Final de la Reunión Ministerial del Consejo del Atlántico Norte de 30 de mayo de 1995, p. 15.

(59) Cfr. GUILLAUME, G.: «Transformation du Droit International et Jurisprudence de Court Internationale de Justice». *Les nouveaux aspects du droit internationale*, Paris, Ed. A. Pedone, 1994, p. 25. Vid. TOMUSCHAT, Ch.: «The Lockerbie Case Before the International Court of Justice». *Review of the International Commission of Jurist*, n.º 48, 1992, pp. 38-48; SS. del T.I.J. de 14 de abril de 1992, *Recueil*, p. 57; CHAPEZ, J.: «Questions d'interpretation et d'application de la Convention de Montreal de 1971 résultant de l'incident aérienne de Lockerbie. Mesures conservatoires, ordonnance de 14-4-92». *AFDI*, 1992, pp. 448-450.

miento de la paz en base a unas coordenadas competenciales, geográficas, espaciales o sustantivas enunciándose así las operaciones de paz de *Primera Generación* que se identifican con las operaciones tradicionales de funciones de corte clásico cuyas vertientes se traducen en la mera observación o interposición militar *congelando* de esta *maniera* las crisis en la zona, actuando como «un cordón sanitario» —como dice Jiménez de Aréchaga— o alzando un *no man's land* entre las partes en pugna, confeccionando un haz de contención o prevención en tanto se llega a una solución planetaria del conflicto en la región a través de las oportunas negociaciones *ad hoc*, empero no se trata de acciones coercitivas, si bien al ubicar el concepto de mantenimiento de la paz más allá de los medios de arreglo pacífico de las controversias previstos en el Capítulo VI de la Carta aunque sin traspasar el umbral de las medidas coercitivas previstas en el Capítulo VII, podrían encuadrarse y encasillarse en la sugestiva dicción acuñada por el entonces segundo Secretario General Dag Hammarskjöld, obsesionado con los problemas del continente negro y trágicamente desaparecido el 18 de septiembre de 1961 en Ndola (Rodesia), en el *Capítulo VI y medio*.

A partir de 1988 se genera un profundo y significativo giro en las operaciones de mantenimiento de la paz (*peace keeping*), tanto por su extensión a diversas partes del globo terráqueo, pues dejan ya de estacionarse en el Oriente Medio, como por un acentuado cambio de coordenadas competenciales y, así, yuxtapuestas a las de corte tradicional, germinan otras con diferentes componentes que se integran en el mandato de las operaciones hasta entonces ignotas y que, desde una óptica material, se pueden agavillar en el control de la ley y el orden, la participación en la administración del territorio, desgarrado por el conflicto, la verificación y organización de procesos electorales, la compulsación en materia de derechos humanos o en relación con el Derecho Internacional Humanitario, el cumplimiento de los acuerdos alcanzados para la solución de un concreto conflicto o, llanamente, la conexión de las operaciones de mantenimiento de la paz con la asistencia humanitaria (*per humanitatem*). La irrupción de estos nuevos componentes nos permiten cimentar una novedosa distinción entre dos categorías de operaciones, las clásicas —a las que ya nos hemos referido *ut supra*— y las denominadas de *Segunda Generación* o también llamadas de *Concepto Integrado* o simplemente *Operaciones Multifuncionales*, que incorporan yuxtapuestamente a los elementos militares la nueva dimensión competencial que acabamos de referir. No ofrece duda alguna que esta segunda categoría, la que integra auténticos elementos

innovadores, es la que ofrece un mayor interés, pues son pasos sugestivos —no exentos de problemas—, puesto que no acarrearán la desaparición de las *operaciones clásicas*, el rasgo distintivo de esta nueva etapa es la coexistencia bajo el arco elíptico de la misma denominación y categorías de dos realidades alejadas en sus objetivos y en sus estructuras arquitectónicas y que, *a fortiori*, es posible apreciar profundas diferencias dentro del marco de las calificadas como de «segunda generación», pero en cualquier caso rotulan la conjunción en la definición del concepto de paz y seguridad internacionales de elementos no exclusivamente militares porque se basan en un pensamiento dilatado que, obviamente, repercute sobre los objetivos y designios teleológicos de esta clase de operaciones. En ellas se parte de la existencia previa de un arreglo de paz acordado entre las partes en pugna, interviniendo NN.UU. a través de la operación como garante. Este cambio *revolucionario* con respecto a las operaciones anteriores a 1988 se produce en tres planos que, aunque diferenciables, están interconexiónados entre sí: el objeto, el mandato y la estructura. Vamos a fondear *hic et nunc*, brevemente, en estas tres vertientes:

— *El objeto de las operaciones*: No se establecen medidas militares disuasorias de carácter provisional que favorezcan las condiciones para una salida pacífica del conflicto, sino que es ya una solución pactada de antemano donde se ubica la dimensión de la reconstrucción nacional. Actúan en los conflictos armados internos, con lo que se da a este tipo de operaciones un nuevo significado en el mantenimiento de la paz: la consolidación post bélica (*peace enforcing, peace building, peace post-conflict*) cuyo orto es apuntalar las estructuras propias de ese país, reafirmando la paz con el fin de evitar que se reproduzcan las hostilidades.

— *El mandato que se les asigna*: Es la principal innovación, en estas operaciones de segunda generación o de concepto integrado, que se proyecta en estos tres aspectos del componente: el militar, el policial y el civil-político. El primero de ellos incluye funciones de supervisar y observar el alto el fuego (*cessez-le-feu*), separación de los contendientes y favorecer la desmovilización de las tropas y efectuar limpiezas en los campos de minas. El componente policial tiene como mandato supervisar la policía del territorio que será la encargada de mantener el orden y la paz. El componente civil-político es la gran novedad, pues participa en el proceso de reconstrucción nacional organizando o supervisando elecciones, fomentar la repatriación de refugiados y exiliados y los derechos humanos.

— *La estructura de la misión*: El componente militar continúa con

su doble vertiente de observadores y unidades. El componente de la policía civil (CIVPOL) está constituido por observadores o asesores mientras que el componente civil —que responde a una especialización— cumple el mandato en sus facetas políticas y civiles estando integrado por funcionarios de NN.UU o bien contratados por ella.

Nos encontramos, pues, ante una compleja institución respecto de la que continúa siendo difícil la identificación de su apoyatura normativa en la Carta de las NN.UU., pero que a la luz de la más reciente praxis viene experimentando un peligroso deslizamiento (*slippery slope*) hacia el sistema de seguridad colectiva (60), lo que ha conducido a algún autor a ubicar estas operaciones de segunda generación o de concepto integrado u operaciones multifuncionales en el *Capítulo VI y tres cuartos*, expresión tan sugerente como anfibológica cuya única virtualidad consiste en llamar la atención sobre la naturaleza de este tipo de operaciones, pero que debe ser aplaudido pues, no exentas de peligros, tratan de consolidar la paz.

Finalmente, las operaciones que se identifican con el ejercicio ofensivo de la fuerza autorizado por el Capítulo VII de la Carta para hacer cumplir las Resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad y que generan sanciones constituirían las operaciones de *Tercera Generación* cuya ubicación normativa sería el Capítulo VII (61).

En definitiva, las operaciones de mantenimiento de la paz se consolidan como una práctica de vocación permanente. Escribe razonadamente Pastor Ridruejo «que las operaciones de segunda y tercera generación son de particular importancia para los *failing States* o Estados en descomposición, incapaces de desempeñar por sí solos funciones esenciales al servicio de necesidades mínimas de la población» (62).

En lo tocante a su naturaleza jurídica es necesario señalar que las operaciones de mantenimiento de la paz pueden calificarse de órganos subsi-

(60) Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Las Naciones Unidas...», *cit.*, p. 74, y PECK, B.: «Summary of Colloquium on new Dimensions of Peace keeping». *New Dimensions of Peace keeping*, Martinus, Netherlands, Nijhoff Publ. 1995, p. 186.

(61) Sobre esta nueva terminología, vid. ABI SAAB, G.: «la deuxième génération des opérations de maintien de la paix». *Le Trimestre du monde*, 1992, n.º 20, pp. 80-97; FOUCHER, B.: «Les opérations de maintien de la paix: bilan et interrogations», *Le Trimestre du monde*, 1992, n.º 20, pp. 98-104; MACKINLAY, J. y CHOPRA, J.: «Second Generations Multinational Operations». *The Washington Quarterly*, vol. 15, n.º 3, 1992, pp. 113-131; FLORY, M.: «L'ONU et les opérations de maintien de la paix». *Politique Étrangère*, 1993, p. 633; PAGANI, F.: «Nuovi compiti per le forze dell'ONU». *Politica Internazionale*, 1991, p. 55; WHITE, N. D.: «UN. Peacekeeping. Development or destruction?». *International realtions*, 1994, p. 129.

(62) PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Op. cit.*, p. 774.

diarios de la Asamblea General (art. 2:22 de la Carta) (63) o del Consejo de Seguridad (art. 29) y, en segundo lugar, la praxis generalizada es que estas operaciones y las fuerzas de mantenimiento de la paz están reguladas, genéricamente, por las denominadas resoluciones habilitantes (*enabling resolutions*) tanto del Consejo como de la Asamblea y es que en ellas se establece el fin de la operación, la misión concreta y específica del Secretario General, así como la del Estado que proporciona el contingente de tropas, su composición, su duración y las cuestiones financieras, y desde el marco funcional son medidas transitorias cuya *ratio essendi* es favorecer la solución pacífica de los conflictos, por ende, su mandato no puede prorrogarse automáticamente. Así se expresaba el Presidente del Consejo de Seguridad el 30 de mayo de 1990: «Estas operaciones son básicamente medidas provisionales destinadas a facilitar la solución de controversias y nunca deben de entenderse como sustituto del objetivo final, un arreglo negociado con rapidez» (64).

En el XIX Período de Sesiones de la Asamblea General se crea el «Comité de Operaciones de Mantenimiento de la Paz» con el fin de iniciar un examen amplio de todas las operaciones. Este Comité ha planteado muy recientemente la posibilidad de utilizar las operaciones de mantenimiento de la paz en otras misiones incluso no relacionadas con los conflictos armados, y así postula tales como la lucha contra la piratería nuclear o el tráfico de estupefacientes o contra el terrorismo internacional o para resolver problemas de los refugiados o de los prisioneros de guerra, pero esa ampliación de funciones —escribe acertadamente Abellán Honrubia— hay que contemplarla con la máxima cautela, pues esas materias no han sido atribuidas por la Carta y, por otra parte, existen ya organismos internacionales (CICR, Alto Comisionado para los Refugiados) que ya desempeñan esas actividades (65).

(63) La URSS objetó desde antaño «la constitucionalidad» de las operaciones de mantenimiento de la paz en base a que el papel desempeñado en ellas por la Asamblea General y por el Secretario General menoscababa el monopolio del Consejo de Seguridad respecto del uso de Fuerzas Armadas. El entonces representante soviético, Vishinski, centraba sus críticas en los términos «responsabilidad primordial» que recoge el art. 24, y la palabra «acción» de la frase final del párrafo 2 del art. 11. Cfr. Doc. 19 Período de Sesiones, Anexo 21, p. 67.

(64) Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad sobre «Las Operaciones de Mantenimiento de la Paz» de 30 de mayo de 1990. Doc. S/21323, p. 7.

(65) ABELLÁN HONRUBIA, V.: «Las operaciones de mantenimiento de la paz». DÍAZ DE VELASCO, M.: *Las Organizaciones Internacionales*. Madrid, 9.ª ed., 1995, p. 212.

Este Comité elaboró un proyecto de directrices para estas operaciones cuyos fulcros rectores los podemos agavillar así:

- Estas operaciones dependen del Secretario General bajo la autoridad del Consejo de Seguridad.
- El Consejo de Seguridad tiene la *autoritas* sobre el establecimiento, control y dirección de las operaciones de mantenimiento de la paz.
- El Consejo de Seguridad podrá delegar su autoridad sobre ciertos aspectos de las operaciones en un organismo subsidiario, creado *ad hoc*, en el Comité de Estado Mayor o en el Secretario General.
- Los llamados *Cascos Azules* (*the Blues Helmets*) (*les Casques Bleus*) (66) deberán satisfacer tres condiciones: tener la total confianza y el pleno apoyo, en todo momento, del Consejo de Seguridad; realizar su labor con la total cooperación de las partes en lucha y, finalmente, funcionar como verdaderas Unidades militares integradas y eficientes.
- Los Estados que aportan tropas a las fuerzas *onusianas* serán seleccionados por el propio Secretario General.
- Los costos de estas operaciones, autorizadas por el Consejo de Seguridad, se consideran gastos de la Organización (67).

2. EL MARCO JURÍDICO INTERNO

En el marco constitucional comparado, en virtud de las obligaciones que asumen los Estados miembros de la ONU —Organización de vocación universal— es frecuente que las Constituciones incluyan, o al menos no impidan, las acciones de sus Fuerzas Armadas fuera de su territorio, empero, el *status* de neutralidad de algunos Estados ha constituido un serio obstáculo para su participación en las tareas de NN.UU. dentro del marco en que se inscribe el presente trabajo o incluso existen Estados con

(66) Se hicieron mercedores del Premio Nobel de la Paz de 1988, ya «que representan la voluntad de la comunidad de naciones de alcanzar la paz por medio de la negociación, y esas fuerzas, con su presencia, han hecho una contribución decisiva a la iniciación de negociaciones efectivas de la paz». *ONU. Crónica*: «La búsqueda de la paz, una empresa universal», diciembre 1988, vol. XXV, n.º 4, p. 6.

(67) XXIX Período de Sesiones: Informe A/9827, Apéndice. Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Las Naciones Unidas...», *cit.*, p. 68; BOUTROSGHALI, B.: *Enfrentando nuevos retos*. Naciones Unidas, 1995, pp. 385 y ss.; COT, J.: «Le soldat et l'ONU». *Opérations des Nations Unies. Leçons de terrain*. Ed. Études de Défense, Paris, 1996, p. 367.

auténticas cláusulas pacifistas en sus respectivas Cartas Magnas o su participación en las labores *onusianas* ha sido objeto de profundas polémicas. Vamos a fondear *hic et nunc* en los diferentes marcos jurídicos internos de varios países con la finalidad de reseñar una verdadera panorámica de los diversos regímenes jurídicos *sur matière*. *Prima facie*, es necesario poner de relieve que la primera base para el marco normativo del posicionamiento jurídico de los Estados para participar y contribuir en las operaciones de mantenimiento de la paz (*peace keeping*), o para el establecimiento de la paz (*peace making*), o para la consolidación de la paz post-bélica (*post conflict, peace enforcing, peace building*) hunde sus raíces en los *positum* nacional de los Estados que aportan tropas y equipo a las operaciones *onusianas*. Naturalmente, esta intervención ha de estar en armonía con la Constitución del Estado miembro de NN.UU. que aporta sus Fuerzas Armadas, y la decisión de su envío fuera del suelo nacional debe revestir la forma cincelada en el citado *positum* de tal Estado, aunque en este orden de ideas pueden surgir limitaciones, como la prohibición de que las fuerzas se estacionen en un concreto territorio o que estén integradas por una determinada categoría de militares o que se pongan a disposición de NN.UU. con determinados condicionamientos (*criteria peace keeping*) y todo ello con el fin de garantizar el *status* jurídico o la situación de los militares o del personal civil que se pone a disposición de la ONU:

A) En Europa:

Austria

El artículo 10 n.º 15 de la Constitución Federal Austríaca (*Osterreichische Bundesverfassung*) (68) establece que las materias militares serán de competencia federal, señalándose en el artículo 79 las funciones y misiones del Ejército Federal (*Bundesheer*). Austria ha declarado su *sta-*

(68) Promulgada el 1 de octubre de 1920 tras una serie de Constituciones provisionales que se sucedieron desde 1918, fecha de la fundación de la república austríaca, la Constitución de 1920 fue revisada por Ley Constitucional de 30 de julio de 1925 y por la de 7 de diciembre de 1929, quedando virtualmente anulada en 1934 por el Canciller Dollfuss, restableciéndose el 1 de mayo de 1945, días antes de la capitulación incondicional del III Reich al que Austria había quedado anexionado (*Anschluss*) en 1938. Ha sido enmendada por 31 Leyes Constitucionales.

tus de neutralidad por Ley Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgesetz*) de 26 de octubre de 1955(69). El 30 de junio de 1965 se realiza una enmienda constitucional (*Verfassungbestimmungen*) cuya *ratio essendi* es adecuarse a las asistencias de NN.UU. y a tal fin promulgó dos leyes federales, una de 30 de junio de 1965 sobre el envío de tropas austríacas al extranjero cuando así lo solicitase NN.UU. y la otra de 14 de julio de 1965 sobre el envío de la *Bundesheer* en misiones humanitarias en territorio extranjero. En virtud de esta última ley Austria proporciona tropas (70) detallándose las competencias en materia penal y disciplinaria. Conjuga los problemas de la compatibilidad entre la neutralidad permanente y las demandas de la ONU (71).

Bélgica

El Título V de la Constitución belga (72) «De la Fuerza Pública» autoriza la participación de tropas belgas en operaciones de mantenimiento de la paz a instancias de NN.UU. (73).

España

Con independencia de las misiones de las Fuerzas Armadas enumeradas en el art. 8.1 de nuestra Constitución, puede buscarse en otros preceptos el fundamento constitucional de la actuación de las tropas españolas fuera del territorio nacional. Así varios autores lo ubican en el artículo 97 en relación con el artículo 94.1 —tratados que exigen la previa autorización de las Cortes Generales para que el Estado español preste su consentimiento en obligarse en el plano internacional, frente «al resto de los tra-

(69) *Bundesverfassungsgesetz über die Neutralität Österreichs*: Boletín de Legislación Federal (*Bundesgesetzblatt*) n.º 211 de 1955.

(70) Austria participa en ONUVT, FENUCH, FNUOS, UNIKOM, MINURSO, APRONUC, UNOMIL.

(71) Cfr. DREIHAN-HOLENIA, J.: «Austria's Contribution to UN Military Activities». *I.P.K.O.*, n.º 1, 1977, p. 20.

(72) De 7 de febrero de 1831 a los pocos meses de la sublevación de las provincias meridionales del Reino de los Países Bajos contra Guillermo I. Fue revisada sucesivamente y la última es de 14 de junio y 28 de junio de 1971.

(73) Bélgica participa en ONUVT, UNMOGIP, UNPROFOR, UNAVEM-II, UNAVEM-III, UNOSOM, APRONUC y MINURSO.

tados» que requieren que éstas sean informadas inmediatamente— y en conexión con el art. 63, párrafos 2 y 3 (74), aunque también podemos añadir el párrafo 1 del art. 96 (75). Asimismo, podemos citar el art. 9 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (76), el art. 72.1 de la Ley 17/1989 de 19 de julio, reguladora del Personal Militar Profesional (77). Es necesario citar el Real Decreto 1385/1990 de 8 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento General de Adquisición y Pérdida de la Condición de Militar y Situaciones Administrativas, la Orden Ministerial 49/1994 de 20 de mayo (78), tocante a los compromisos del personal de tropa y marinería en misiones internacionales (79). Otros de los pilares del marco normativo de estas operaciones lo encontramos en la Orden de 14 de febrero de 1994 en la que se detalla el procedimiento de traslado del personal al servicio de las Fuerzas Armadas fallecidos fuera del territorio nacional (80) y fundamentándose en la Disposición Adicional Primera del Decreto 2263/1974 de 20 de Julio por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria que pretende, como *ultima ratio*, reducir al mínimo imprescindible las formalidades requeridas para la entrega de cadáveres del personal al servicio de las FAS desplazado a otros países en el marco de actuaciones internacionales o de actividades militares en otros países o en situaciones en las que resulta imposible o produzca retrasos indebidos la ejecución del procedimiento para la entrega de cadáveres previsto, con carácter general, en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria (81).

(74) BLANCO ANDE, J.: *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, Madrid, 1987, p. 163.

(75) REMIRO BROTONS, A.: «La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales: el problema de la calificación», *REDI*, 1980, pp. 123 y ss.; JUSTE RUIZ, J.: «El Derecho Internacional Público en la Constitución de 1978», *ADI*, vol. IV, 1977, pp. 15 y ss.; MANGAS MARTÍN, A.: «Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978», *RFDUC*, 1981, pp. 143 y ss.; SOTOMAYOR SÁEZ, R.: «Ejércitos supranacionales y actuaciones fuera de área», *Posición constitucional de las FAS en Iberoamérica y España*, Madrid, 1992.

(76) Ley 85/1978 de 28 de diciembre. BOE n.º 11 de 12 de enero de 1979.

(77) BOE n.º 172 de 20 de julio de 1989.

(78) BOE n.º 126 de 27 de mayo de 1994.

(79) Vid. MASIDE MIRANDA, L.: «Delitos cometidos en el extranjero (Disposición Adicional Séptima)». *Comentarios a la L.O. 2/89. Procesal Militar*, M.º Defensa, Secretaría General Técnica, pp. 2265-2325.

(80) BOE n.º 41 de 17 de febrero de 1994.

(81) España participa en ONUSAL, MINURSO, UNPROFOR y UNAVEM-II.

Estados Bálticos

Los tres Estados bálticos, Estonia, Letonia y Lituania, con antecedentes próximos de participación en las denominadas «inteligencias regionales» y más concretamente en la calificada *Entente Báltica*, están adecuando sus respectivos *positum* a la nueva época de independencia, recién alcanzada. Así, Estonia, en su Constitución (82), establece en el art. 121, n.º 4: «que estarán sometidos a ratificación o denuncia, en su caso, por el Parlamento (*Riigikogu*) aquellos tratados por los que la República de Estonia asuma obligaciones militares» y a tal fin «el Parlamento estoniano declarará a propuesta del Presidente de la República (*Vabariigi President*) y decidirá sobre la utilización de las FAS para cumplir el Estado de Estonia sus obligaciones internacionales», especifica el art. 128, párrafo 1 en relación con el art. 65, n.º 4 del citado texto constitucional.

Por su parte, Letonia (*Latvia*), en su Constitución (83), establece que corresponde al Parlamento (*Saeima*) del Estado letón autorizar o no el poner a disposición de ligas o de organismos internacionales sus FAS, ejecutando el Presidente de la República de Letonia tales acuerdos, de conformidad con los arts. 35 a 42 de la ley constitucional.

Finalmente, Lituania (*Lietuvos*), en su Constitución (84), tras resaltar que se regirá por los principios y normas de Derecho Internacional (art. 135) y que participará en organizaciones internacionales (art. 136), establece la total y absoluta prohibición de estacionar tropas extranjeras en su territorio (art. 137). El art. 138 recoge que la Dieta (*Seimas*) será el órgano competente para autorizar el estacionamiento de las tropas lituanas en el territorio de un Estado extranjero así como para articular el régimen jurídico de éstas o para que garanticen el cumplimiento de los acuerdos internacionales que obliguen a Lituania (art. 142 en relación con el n.º 16 del art. 67).

(82) De 22 de junio de 1992, Boletín Oficial (*Riigi Teataja*) de 6 julio 1992.

(83) De 16 de febrero de 1992, texto revisado de 27 de enero de 1994, Boletín Oficial (*Biena*) de 14 de octubre 1994. Vid. asimismo la Declaración de Riga de 4 de mayo de 1990 (*Biena* 8 de mayo 1990) y la Ley Constitucional sobre Soberanía Estatal (*Biena* 23 de agosto de 1991).

(84) De 25 de octubre de 1992, Boletín Oficial (*Lietuvos Respublikos Auksciausios Tarybos ir Vyriausis ziniuos*) n.º 33 de 30 de noviembre 1992. Vid. la Declaración Constitucional sobre no alineación lituana con las Alianzas del Este Prosoviético de 8 de junio de 1992.

Estados Nórdicos

Han adecuado su *positum* para poder proporcionar las fuerzas necesarias a NN.UU., Dinamarca, en base a lo dispuesto en el art. 20 de su Constitución (85) dictó la ley de 30 de abril de 1964; Noruega, fundándose en los arts. 26 de su Constitución (86) que otorga al Rey la facultad de celebrar o denunciar tratados internacionales pero habrá de comunicarlo al Parlamento (*Storting*) (art. 75) que lo aprobará por la mayoría de tres cuartas partes (art. 93) dicta la ley de 10 de junio de 1966 con el fin «de consolidar la paz y seguridad internacionales». Suecia, que tiene establecida su neutralidad (87), podrá emplear sus FAS en territorio extranjero previa autorización de su Parlamento (*Riksdag*) concretándolo en la Resolución del Parlamento (*Riksdagens beslut*) de 1964 y la Proclamación del Rey (*Kungliga Majestats kungorelse*) de 13 de enero de 1967, y Finlandia en base a su Constitución (*Hallitusmuoto*) (88) concretamente a los arts. 30, 34 y 76, promulga la ley de 26 de mayo de 1964.

A raíz de una iniciativa del Secretario General de NN.UU. las tropas de estos Estados se fusionaron en el *Scandinavian United Stand by Unit* (89). Esta Fuerza Nórdica se comporta con arreglo a estos cinco condicionamientos (*criteria peace keeping*): sólo participa en operaciones de mantenimiento de la paz (*peace keeping*) y no en las realizadas al amparo del Capítulo VII; la contribución se hará a petición del Secretario General y después de la oportuna R/ de NN.UU.; las partes en conflicto habrán de estar de acuerdo con la presencia nórdica; sólo cuando se reciba esa conformidad se enviarán las tropas escandinavas y únicamente dependerán éstas del Secretario General (90).

(85) De 5 de junio de 1953, aunque en realidad se trata de la de 1849, conocida vulgarmente como «la de 5 de junio», con múltiples modificaciones.

(86) De 17 de mayo de 1814.

(87) Art. 9 del Capítulo 10 (Relaciones Internacionales) de su Constitución tras la Reforma Constitucional de 28 de febrero de 1974.

(88) De 17 de julio de 1919.

(89) Compuesto por 5.000 hombres distribuidos así: Dinamarca aporta unos 950 hombres, Suecia unos 1.600; Finlandia unos 1.000 y Noruega 1.330. Cada Estado conserva la posibilidad de participar o no a título individual.

(90) Cfr. GOTH, M.: «The Status of Nordic Stand by Forces for UN». *D.O.C.* n.º 4, 1986, p. 24. Actualmente participan estos Estados en UNMOGIP, FENUCH, FNUOS, UNOSOM, ONUSAL, UNIKOM, UNAVEM-II, UNAVEM-III, UNPROFOR, APRONUC, MINURSO, ONUVT.

Federación Rusa

La Constitución de la Federación Rusa (*Rassikoi Federatsii*) de 12 de diciembre de 1993, tras proclamar los derechos humanos, paz civil y el consentimiento, recoge en su art. 71, apto. j) que es competencia de la Federación Rusa las relaciones internacionales, correspondiendo al Consejo de la Federación (91) adoptar la resolución para emplear FAS de la Federación Rusa fuera del territorio de ésta (92) y (93).

Francia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Constitución francesa (94), se aportan contingentes de tropas a las operaciones de mantenimiento de la paz (95) con autorización del Presidente de la República.

Grecia

A tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 36 en conexión con el artículo 27 de la Constitución griega (96), el Presidente de la República autorizará o no la participación de tropas helénicas en organizaciones o ligas internacionales (97).

(91) El Parlamento de la Federación está constituido por el Congreso y por la Duma (arts. 94 y 95).

(92) Sobre la constitución de la C.E.I. vid. la Carta de Minsk de 22 de enero de 1993 que en su art. 1 señala que «no es un Estado ni posee poderes supranacionales» y la Declaración de Alma Ata de 21 de noviembre de 1991, participando Azerbaiyan, Armenia, Bielorrusia, Kazajstan, Kirguistan, Uzbekistan y Ucrania.

(93) Participa en UNIKOM, MINURSO, APRONUC, UNPROFOR y UNAVEM-III. Sobre las relaciones de la Federación Rusa con la OTAN, vid. Documento Marco de la Asociación para la Paz (PFP-APP). Rusia lleva el peso de cuatro operaciones de mantenimiento de la paz dentro de la CEI. Cfr. Toporoski, Y.: «La CEI et le maintien de la paix», *R.I.S.*, n.º 13, printemps, 1994, p. 134.

(94) De 4 de octubre de 1958 (*Journal Officiel* de 5 de octubre de 1958).

(95) Participa en UNIKOM, MINURSO, UNPROFOR, UNAMIR, UNOMOZ, APRONUC, UNAVEM-III.

(96) De 9 de junio de 1975, en vigor el 11 de junio, seis meses después de efectuado el referéndum organizado por el gobierno de C. Caramanlis.

(97) Tropas griegas participan en UNIKOM y MINURSO.

Holanda

La Constitución holandesa (*Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*) autoriza expresamente al Rey, de conformidad con los artículos 194 a 203 (Capítulo X: De la Defensa) en relación con los artículos 50 y 60 a 68 a disponer que las Fuerzas Armadas holandesas (*Krijgsmacht*) salgan fuera del suelo nacional o se integren en organizaciones internacionales (98).

Hungría

El artículo 19, n.º 2, apto. f) de la Constitución húngara (99) faculta a la Asamblea Nacional para ratificar los tratados y demás convenios lo que ha permitido que tropas magiares hayan intervenido en varias operaciones de mantenimiento de la paz (100).

Irlanda

La Constitución irlandesa (101) después de resaltar los ideales de paz y cooperación amistosa entre las naciones (art. 29) autoriza al Parlamento Nacional (*Oireachtas*) (102) para mantener fuerzas militares para la solución pacífica de controversias (arts. 15, n.º 6, párrafos 1 y 2 en relación con el 29) (103).

(98) Tropas holandesas participan en UNAVEM-II, UNAVEM-III, UNPROFOR, APRONUC.

(99) Su nombre oficial es Ley XX de 1949. Fue objeto de enmiendas por Leyes I(1972) y I(1975).

(100) Concretamente en UNAVEM-II, UNAVEM-III, APRONUC, UNIKOM.

(101) De 1 de julio de 1937, enmendada en 1939, el 30 de mayo de 1941, el 8 de junio de 1972 y dos veces el 3 de enero de 1973, publicadas todas ellas esos mismos días en el Boletín Oficial (*Iris Oifigiúil*).

(102) Constituido por el Presidente, la Cámara de Representantes (*Dáil Eirean*) y el Senado (*Seanat Eirean*).

(103) Tropas irlandesas participan en FENUCH, ONUSAL, UNIKOM, MINURSO, UNOSOM, ONUVT, UNPROFOR, APRONUC, UNAVEM-II y UNAVEM-III.

Italia

La Constitución italiana de 22 de diciembre de 1947 (*Constituzione della Repubblica Italiana*), tras repudiar la guerra, declara que accede a las limitaciones de soberanía necesarias para que se asegure la paz y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a ese fin (art. 11) estableciendo que el Presidente (*Il Presidente della Repubblica*) designará las fuerzas militares que se pongan a disposición de las organizaciones internacionales, una vez acordado por el Parlamento (*Il Parlamento*) (104).

Rumania

La Constitución rumana (*Constitutia Republicii Romania*) de 27 de diciembre de 1974, revisada el 18 de marzo de 1975 pone en manos de la Gran Asamblea Nacional celebrar los tratados internacionales, así como contraer obligaciones militares (art. 43, n.º 9 y 23) (105).

B) En América:

La Constitución argentina de 1 de octubre de 1860 (106) otorga al Congreso la facultad de «permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él» (art. 67, n.º 25) (107).

Canadá fue el primer Estado del bloque occidental en poner a disposición de NN.UU. sus Fuerzas Armadas, llegando incluso a realizar una reorganización *ad hoc* en sus Ejércitos. Los *peace keeping criteria* que maneja Canadá para decidir si participa o no en las operaciones de mante-

(104) Compuesto por la *Camera dei Dipputati* y el *Senado*, autorizó la participación italiana en UNIKOM, MINURSO, APRONUC, ONUSAL, UNOSOM, UNMOGIP, FPNUL.

(105) Tropas rumanas participan en UNIKOM y UNAVEM-III.

(106) Tiene su antecedente en la de 25 de mayo de 1853 aprobada por el Congreso Nacional Constituyente convocado por el General Justo José Urquiza pero no se aplicaba a Buenos Aires, que se incorpora a fines de 1859 y tras un conjunto de reformas se desemboca en la vigente de 1860, que fue reformada en 1866, 1898 y 1957.

(107) Unidades argentinas han participado en ONUVT, ONUSAL, UNIKOM, MINURSO, APRONUC, UNPROFOR, UNAVEM-II y UNAVEM-III.

nimiento de la paz se pueden agavillar en los siguientes: conseguir un acuerdo previo sobre la composición internacional de la misión de paz y supeditar su participación a la existencia de medios financieros y apoyo logístico, así como la verificación de un acuerdo previo con las partes en pugna. Su pilar jurídico interno viene delineado por los artículos 15 y 91, n.º 7 que atribuye *expressis verbis* al Parlamento (108) las funciones legislativas en materia tocante a las Fuerzas Armadas y la Defensa Nacional y el artículo 132 en lo referente al cumplimiento de las obligaciones de naturaleza militar provenientes de los tratados que celebre el Imperio Británico con otros Estados, artículos éstos de la Constitución canadiense (109). Canadá ha participado prácticamente en todas las operaciones de mantenimiento de la paz (110) aunque ya en noviembre de 1964 en una Conferencia Internacional celebrada en Ottawa a iniciativa canadiense se estudió una propuesta suya —apoyada por Gran Bretaña y Francia— sobre la creación de una fuerza permanente «*et le Secrétaire Général ne disposerait pas d'un "droit de tirage automatique" sur les forces*» (111).

La Constitución de Colombia de 4 de julio de 1991 (112) concede al Presidente, en el artículo 189, n.º 6, autorizar la salida de tropas, comunicándolo al Congreso (113). En este mismo sentido se pronuncian las Constituciones de Chile (11 de septiembre de 1980), Honduras (11 de enero de 1982), Méjico (31 de enero de 1917), Paraguay (de 20 de junio de 1992) y Venezuela (23 de enero de 1961, año 151 de la Independencia y 102 de la Federación).

(108) Constituido por la Reina, una Cámara Alta y la Cámara de los Comunes.

(109) De 29 de marzo de 1867 (R.U.-3) denominada Ley Constitucional de la América del Norte Británica que en 1949 se convirtió en Ley Constitucional de Terranova, texto que es modificado por Ley Constitucional de 1982, que establece la Carta Canadiense de Derechos y Libertades y que figura como Anexo B de la Ley Constitucional de 1982 sobre Canadá (R.U.-11) enmendada, *ex novo*, por la Proclama de 1983.

(110) ONUVT, FENUCH, ONUSAL, UNIKOM, MINURSO, UNPROFOR, APRONUC, UNAVEM-II.

(111) Cfr. VOELCKEL, M.: «*Quelques aspects de la conduite des opérations de maintien de la paix*». *AFDI*, vol. XXXIX, 1993, Paris, p. 72. MARTIN, P.: *Canada's Role in supporting United Nations Peace Keeping Efforts*. Ed. Press Realease, 1987.

(112) Sus antecedentes datan de las Constituciones de Río Negro de 1863, la de 1886 y los Acuerdos de Casa Nariño y la Comisión Preparatoria de Reajuste Institucional de 1988.

(113) Colombia participa en ONUSAL, UNPROFOR, APRONUC.

C) En Oceanía:

El Acta para la Constitución del *Commonwealth* de Australia de 9 de julio de 1900 establece en la Parte V (Poderes del Parlamento), en su artículo 51, que al Parlamento le corresponde la función de legislar en materias de relaciones con otros países y Estados (n.º I) la defensa naval y militar del *Commonwealth* y de los diversos Estados y el control de las Fuerzas Armadas (n.º VI) y relaciones exteriores (n.º XXIX).

El Ministro de Asuntos Exteriores australiano, Gareth Evans, señaló que los *criteria peace keeping* necesarios para que Australia participase en las misiones de paz serían las siguientes: que exista un plan de paz coherente y detallado, planificación de recursos y fomento de la confianza de las partes combatientes, así como de la población, que existan objetivos claros y factibles, que las tropas australianas cuenten con el respaldo de las partes en conflicto y, por último, que existan recursos financieros (114).

D) Supuestos especiales: Alemania y Japón:

El artículo 87 a) de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) de 23 de mayo de 1949 establece:

«1) La Federación organizará las Fuerzas Armadas para la defensa. Los efectivos numéricos y rasgos fundamentales de la organización de éstas serán las que prevean las consignaciones presupuestarias.

2) Fuera de la finalidad de la defensa, las Fuerzas Armadas sólo podrán ser utilizadas en la medida en que lo permita la presente Ley Fundamental».

El artículo 24 del mismo cuerpo legal señala:

«1) La Federación podrá transferir por ley derechos de soberanía a instituciones internacionales.

2) La Federación podrá encuadrarse en un sistema de seguridad colectiva y recíproca para la salvaguardia de la paz y consentirá con ese motivo en las limitaciones a sus derechos de soberanía que sean suscepti-

(114) Cfr. EVANS, G.: *Australia's Foreign Relations*. Ed. University Press, Melbourne, 1995, p. 218. *Ibidem*: *Cooperating for Peace: the Global Agenda for the 1990s and Beyond*. Ed. Allen and Unwin, Sydney, 1993. Australia participa en ONUVT, FENUCH, MINURSO, UNPROFOR, UNOSOM, APRONUC.

bles de conducir a un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo y de garantizar dicho orden».

Prima facie resalta una disparidad entre ambos preceptos pues el art. 24 abre resueltamente las puertas para la integración y cooperación internacionales (115), el art. 87 a) apenas hace referencia al encuadramiento alemán en las estructuras internacionales, haciendo una interpretación rígida y encorsetada que se limita a los propios intereses de Alemania. Dos meses después del ingreso de Alemania en NN.UU. (116) el Secretario General le solicitó apoyo logístico para la operación FUNU-II, decidida por R/340(1973) poco después de la guerra del Yom Kippur.

El Gobierno Federal hizo trasladar a El Cairo entre el 17 de diciembre de 1973 y el 27 de enero de 1974, en aviones de la *Bundesluftwaffe*, tropas senegalesas, gánatas y del propio Ejército Federal, la *Bundeswehr*.

Lo mismo ocurrió con FINUL, creada por R/425(1978). Aviones de apoyo logístico de la *Bundeswehr* trasladaron a territorio libanés tropas noruegas. En el marco de la APRONUC 250 médicos y enfermeros fueron desplegados y la *Bundeswehr* prestó ayuda humanitaria a los kurdos, en el norte de Irak.

En la Guerra del Golfo, la *Bundesmarine* realizó labores de limpieza de minas y en la confrontación bélica en Bosnia-Herzegovina la *Bundesluftwaffe* socorrió humanitariamente a las poblaciones sitiadas, colaborando con las tropas francesas y norteamericanas (117).

Cuando en cumplimiento de las Rs/713(1992) y 757(1992) el Gobierno Federal alemán decidió el 15 de julio de 1992 poner a disposición de la OTAN y de la UEO tres aviones del tipo AWACS (*Airborner Warning and Control System*) y los destructores «Bayern» y «Niedersachsen» para participar en el control del embargo a los serbios en el Mar Adriático, el Grupo Socialdemócrata del *Bundestag* presentó un recurso de anticonstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal (*Das Bundesverfassungsgericht*) (118) con sede en Karlsruhe, pero el Gobierno Federal fue más allá y el 2 de abril de 1993 decidió el envío de nuevos aviones AWACS a Bosnia-Herzegovina acatando las Rs/781(1992), 786(1992) y 816(1993). El mismo partido político volvió a presentar otro recurso de

(115) Este art. sirvió de base al art. 22 de la Constitución danesa, al 25 bis de la belga, al 28 de la griega y al 49 de la luxemburguesa.

(116) El día 18 de septiembre de 1973.

(117) Para una descripción detallada de esas acciones vid. SCHMIDT, R. y WASUM-RAINERS, S.: «Nicht nur Geld und gute Worte. Der deutsche Beitrag zu den friedenserhaltenden Massnahmen der Vereinten Nationen». *Vereinte Nationen*, 1993, pp. 88-93.

(118) *Informationsamt der Bundesregierung*, 1992, p. 805.

anticonstitucionalidad pero esta vez se le adhirió el Partido Liberal (119). El 21 de abril el Gobierno envió un Batallón de Ingenieros, un Grupo Logístico y otro de Transporte, todos ellos de la *Bundeswehr*, a Somalia en el marco de ONUSOM-II, que, asimismo, fue recurrida en amparo. Tres operaciones fueron atacadas, pues, por la vía anticonstitucional (*organklage*) por los grupos políticos y esgrimían que el Gobierno había infringido el derecho, pues el *Bundestag* no había otorgado o denegado la oportuna autorización o bien por ley constitucional o llanamente, por una ley ordinaria. Lo que nunca se puso en tela de juicio ante el Tribunal Constitucional fue el papel que el Ejército alemán, la *Bundeswehr*, desempeña (*Einsatz*) en el seno de la Alianza Atlántica (120). Esta tripartita vertiente de recursos alcanzó, también, a la doctrina: para un sector minoritario el Ejército alemán tendría la facultad de participar en las operaciones que se generan contra las agresiones en los términos del Capítulo VII de la Carta, pero nunca podría participar en las operaciones *peace keeping* (121). Este posicionamiento rígido y encorsetado fue criticado por la doctrina germana más moderna (122) puesto que las operaciones de mantenimiento de la paz forman parte integrante de un sistema de seguridad colectiva de NN.UU. a pesar de no estar previstas en el articulado de la Carta y, *a fortiori*, reconociendo que una operación de mantenimiento de la paz puede transformarse en una operación de combate, si por sus objetivos se requiriese empuñar las armas en casos concretos (123), llegando varios autores a calificar a Alemania de *malade imaginaire* por su pretensa incapacidad para participar en operaciones que no sean exclusivamente humanitarias (124).

(119) *Idem*, 1993, p. 285.

(120) Cfr. GORNING, G.: «Die Verfassungsmässigkeit der Entsendung von Bundeswehresoldaten zu "Blauhelm-Einsätzen"». *Juristenzeitung*, 1993 y Tomuschat, T.: «Les opérations des troupes allemandes à l'extérieur du territoire allemande». *AFDI*, 1993, p. 454.

(121) RIEDEL, N.: «Militarische Sanktionen der UNO nach Art. 42 UN Charta». *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 218; BOLDT, H.: «Einsatz der Bundeswehr im Ausland». *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 5; Tomuschat, R.: «Commentaire de l'article 24». *Bonner Kommentar*, 1993, n.º 173.

(122) BRUNNER, S.: «Die Internationale Verwendung der Bundeswehr». *Die Öffentliche Verwaltung*, 1992; Arndt, K.: «Bundeswehreinsatz für die UNO». *Die Öffentliche Verwaltung*, 1992; SCHWARZE, J.: *Jurisdiktionabgrenzung im Völkerrecht. Neure entwicklungen in Internationalen Wirtschaftsrecht*. Ed. N. Verlagsgesellschaft. Baden Baden, 1994.

(123) *A contrario sensu*, TOMUSCHAT, T.: «Les opérations...», *cit.*, p. 458.

(124) KHAN, D. y ZÖCKLER, M.: «Germans to the Front? or *Le Malade Imaginaire*». *EJIL*, vol. III, 1992, p. 514; NERLICH, U.: «L'Allemagne, un pays comme les autres?». *Securité européenne: horizon 1996*. Paris, 1996.

El 12 de julio de 1994, la Sala II del Tribunal Constitucional dicta sentencia (125) en la que se desdibuja la distinción entre operaciones de mantenimiento de la paz y las operaciones realizadas en virtud del Capítulo VII de la Carta haciendo caer y encajando tanto los mecanismos de la ONU como los de la OTAN y los de la UEO en el marco del artículo 24 párrafo 2 (126), pero exige el Tribunal Constitucional Federal la autorización del *Bundestag* para cada acción concreta y determinada del Ejército alemán (127) por mayoría simple, no bastando una aprobación general, que ha de ser previa a la acción, y versará, además, sobre la oportunidad de la intervención, modalidad de ésta, fecha de inicio, duración de la misma y la coordinación con los organismos internacionales (128). El Ministro de Asuntos Exteriores alemán, Klaus Kinkel, señalaba en octubre de 1994 que los *peace keeping criteria* alemanes para participar o no son los siguientes:

Alemania no afrontará en solitario misiones de paz, lo hará siempre bajo la égida de la ONU, la OTAN, la UEO o la CSCE; Alemania no participará en misiones de paz internacional si ésta no viene claramente sancionada por el Derecho de Gentes; antes de actuar hay que cuestionarse si existe un mandato claro, si cabe la acción militar dentro de la búsqueda de una solución política global y si cuenta con los recursos suficientes para el éxito de tal misión; cuanto mayor sea la posibilidad de entrar en combate, más sólidas tendrán que ser las razones para participar así como más importantes los valores en peligro, y por último la participación alemana jamás contribuirá a exacerbar los conflictos, para ello se verificarán minuciosamente aquellas áreas geográficas en las que puedan pervivir una gran animosidad desde la ocupación alemana durante la II Guerra Mundial (129).

En lo tocante a Japón hay que rotular que su participación en las operaciones de mantenimiento de la paz plantea varios problemas jurídicos que deben conjugarse con su propia Constitución de 3 de noviembre de

(125) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 90, p. 286.

(126) *Ibidem*, p. 351.

(127) Con excepción del envío de unidades en misiones humanitarias. Cfr. TOMUSCHAT, T.: «Le juridique fait place à la politique. L'arrêt de la Cour Constitutionnelle allemande du 12 Juillet 1994 sur l'envoi à l'étranger des Forces Armées allemandes». *AFDI*, 1994, Paris, p. 373.

(128) También alegaban los recurrentes una posible infracción del art. 59, párrafo 2.º (celebración de tratados internacionales), que fue asaz controvertida, pues supuso la ruptura de la unanimidad del Constitucional.

(129) Esa es la *ratio essendi* por la que el Gobierno Federal rehusa participar en la antigua Yugoslavia. Alemania contribuye en UNOSOM, UNOMOZ, APRONUC y MINURSO. Vid. Zacharias, A.: *The United Nations and International Peace Keeping*.

1946 (130). En su Preámbulo se establece: «Nosotros, el pueblo japonés... decididos a garantizar para nosotros mismos y nuestra posteridad los frutos de la cooperación pacífica con todas las naciones... resueltos a no volver a sufrir nunca más los horrores de la guerra.

Nosotros, el pueblo japonés, deseamos la paz en todo tiempo y somos profundamente conscientes de los elevados ideales que rigen las relaciones humanas, estamos decididos a preservar nuestra seguridad y nuestra existencia, confiando en la justicia y en las creencias de los pueblos del mundo amantes de la paz. Reconocemos que todos los pueblos del mundo tienen derecho a vivir en paz, sin temores ni privaciones».

El artículo 9 de la Constitución nipona dice así:

«Capítulo II. Renuncia a la guerra.

Artículo 9. El pueblo japonés, que aspira sinceramente a una paz internacional fundada en la justicia y el orden, renuncia para siempre a la guerra como derecho soberano de la nación, y a la amenaza o al uso de fuerza como medio de resolver conflictos internacionales.

Con objeto de dar cumplimiento a los designios del párrafo anterior, la nación nunca dispondrá de fuerzas armadas terrestres, marítimas o aéreas, ni de ningún otro tipo de potencial bélico. No se reconocerá el derecho a la beligerancia del Estado» (131).

La ley de 9 de junio de 1954 sobre Fuerzas de Autodefensa supuso un cierto rearme japonés, presionado por los Estados Unidos (132), que incluso llegó a proponer al gobierno nipón la revisión constitucional del precitado artículo, a lo que éste se negó (133).

El Viceministro de Asuntos Exteriores japonés, Hiroshi Fukuda, tras referirse al derrumbamiento de la antigua Unión Soviética y demás acontecimientos ocurridos en la Europa del Este—la aceleración histórica—,

(130) En vigor desde el 3 de mayo de 1947, seis meses después de la fecha de su promulgación, por aplicación del artículo 100.

(131) *Loc. cit.* Vid. FUKASE, T.: *Le constitutionalisme et ses problèmes au Japon: une approche comparative*. Ed. P.U.F. Tokyo, 1990; HIGUCHI, Y.: «De quelques aspects particuliers et universelles de la paix constitutionnelle japonaise». *Études de droit japonais*, 1989, pp. 130-159; WANG, D.: *Les sources du droit japonais*. Ed. Shinzan-sha, Tokyo, 1992.

(132) Actualmente Japón cuenta con unas Fuerzas de Autodefensa de unos 240.000 hombres, distribuidos así: 150.000 en las Fuerzas de Autodefensa Terrestre, 44.000 en las de Autodefensa Marítima y 44.600 en las de Autodefensa Aérea.

(133) Las razones japonesas para fundar esa negativa se reducían a las siguientes: las dificultades económicas provenientes de la derrota en los campos de batalla; la gran desconfianza militar de los países limítrofes y problemas constitucionales muy delicados. Cfr. FUKASE, T.: *Op. cit.*, p. 46, y WANG: *Op. cit.*, p. 157.

puso de relieve que las operaciones de mantenimiento de la paz adquieren hoy en día gran relevancia y a tal fin el Gobierno nipón promulga el 19 de junio de 1992 la Ley de Cooperación Internacional para la Paz, que señala las siguientes funciones y servicios:

I. OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

A) *Principales funciones:*

- 1) Vigilancia del alto el fuego en los conflictos, desarme y retirada de tropas.
- 2) Patrullar las zonas neutrales.
- 3) Control de armamento y custodia de armas abandonadas.
- 4) Colaboración en el intercambio de prisioneros de guerra.

B) *Otras funciones:*

- 1) Tratamiento médico.
- 2) Transportes, comunicaciones y construcción.

C) *Funciones civiles:*

- 1) Vigilancia y puesta en práctica de elecciones.
- 2) Control, ayuda y colaboración con policía local.

II. OPERACIONES INTERNACIONALES DE AYUDA HUMANITARIA:

- 1) Ayudas en caso de siniestros.
- 2) Tratamiento médico y ayuda a los damnificados.
- 3) Colaboración necesaria para restaurar la situación anterior a la catástrofe (134).

El Libro Blanco de la Defensa Nacional de 1993 cincela los siguientes ortos del gobierno nipón: mantener una Fuerza Defensiva mínima para la legítima defensa; ésta se utilizará en caso de agresión inminente, real e

(134) Esta ley deroga la de 1 de septiembre de 1988 sobre socorros urgentes al exterior. Vid. FUNABASHI, Y.: *Asia-Pacific. Japan and APC*, Ed. Kato, Tokyo, OTANY, Y.: «Les problèmes juridiques posés par la participation du Japon à des opérations conduites par les Nations Unies, notamment de maintien de la paix». *AFDI*, 1993, p. 471.

injusta (esta cláusula no derogará la renuncia al derecho de la beligerancia del artículo 9 de la Constitución) (135) y no se ejercerá el derecho de legítima defensa colectiva en unión de otros Estados, pues se rebasa el concepto *stricto sensu* de legítima defensa (136).

Los *peace keeping criteria* que impone el Gobierno japonés para obligarse en las operaciones de mantenimiento de la paz se pueden agavillar de esta *maniera*: que se haya establecido previamente un alto el fuego entre las partes contendientes; que la participación nipona sea aceptada por las facciones en lucha y por las autoridades locales donde se hayan de ubicar las Fuerzas de Autodefensa; Japón mantendrá una posición neutral con respecto a las partes en lucha; las armas serán utilizadas únicamente cuando sea necesario y, finalmente, Japón retirará sus tropas y su equipo en el preciso instante en que no se cumplan las condiciones establecidas por el Gobierno nipón (137).

Estos condicionamientos japoneses chocan, en realidad, con la postura del Secretario General, ya que Japón se reserva la facultad de retirar unilateralmente sus tropas y equipo (138).

3. Derecho de injerencia y asistencia humanitaria:

Dupuy denomina acción humanitaria al sistema de asistencia basado en el derecho que tanto los individuos como la colectividad tienen para recibir una adecuada asistencia en su condición de miembros de la Humanidad solidaria (139). Se trata de reafirmar la acción humanitaria en el marco de las Rs/ de NN.UU. del llamado Nuevo Orden Humanitario Internacional (140).

(135) Cfr. HIGUCHI, Y.: *Op. cit.*, p. 67.

(136) Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo japonés (Sala I) de 27 de enero de 1995, Boletín Oficial (*Saiko Saibansho Minji Hareishu*) n.º 1520, 32. FUKASE: *Op. cit.*, p. 97.

(137) *Libro Blanco de la Defensa Nacional 1993*, p. 77. Vid. HIROSHI, Y.: *Les opérations de maintien de la paix par l'ONU*. Ed. Shinzan-sha, Tokyo, 1993, p. 23. KOZAI, S.: *Les activités de maintien de la paix par les Nations Unies*. Ed. Yuhikaku, Tokyo, 1993, p. 36. OWADA, H.: «A Japanese Perspective on Peace keeping». *New Dimensions of Peace keeping*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 104-105.

(138) Japón participa en UNOMOZ, UNAMIR, ONUMUR y APRONUC.

(139) DUPUY, R. J.: «L'action humanitaire», *Essays in honour of Fritz Kalshoven*. Ed. M. Nijhoff. Dordrecht, 1991, p. 75.

(140) Con ocasión de las graves violaciones de los derechos humanos cometidas contra el pueblo kurdo tras la Guerra del Golfo, el Presidente F. Mitterrand se mostró favorable el 14 de julio de 1991 «a una especie de deber de injerencia en el interior de un

Desde que hace pocos años se comenzó a emplear en la doctrina la expresión *derecho de injerencia humanitaria (humanitary intervention)* son muchos los que se preguntan si los Estados pueden contemplar la matanza de personas y personas sin utilizar, para poner coto a ello, todos los medios necesarios, incluso los militares (141).

Como es sabido, la intervención estatal unilateral se reserva a los supuestos de legítima defensa y al sistema institucionalizado de la seguridad colectiva cuando el Consejo de Seguridad estima que las conculcaciones del derecho humanitario, los derechos humanos o las novísimas tendencias de este órgano principal de la ONU comprometen la paz y seguridad internacionales. Pues bien, entre la asistencia humanitaria y la acción coercitiva (Capítulo VII) existe, hogaño, una nueva vía que la integra la imposición de acciones de socorro mediante el uso de la fuerza armada (142).

Aunque el derecho positivo no reconoce el derecho de injerencia (*le droit d'ingérence*) hay que rotular algunas Rs/ que constituyen patentes hitos, recordemos las 43/131(1988) de 8 de diciembre y 45/100(1990) de 14 de diciembre que consagraron el deber de asistencia humanitaria para las víctimas de las catástrofes y situaciones de emergencia. Engarzando con las novísimas tendencias interpretativas de la concepción de las operaciones de mantenimiento de la paz, la praxis del Consejo de Seguridad nos proporciona múltiples ejemplos de la preocupación *onusiana* por la *humanitas*; recordemos las Rs/688(1991) que fue el motor de arranque de la

país cuando una parte de su población es víctima de la persecución». Cfr. GIROD, Ch.: *Tempête sur le desert*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 89.

(141) En el Derecho Internacional anterior a la Carta se preveía la *intervención de humanidad* vinculada con la situación de las minorías religiosas en el Imperio Otomano. Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, 1995, p. 26. Este tipo de «intervenciones» han existido, recordemos, *inter alia*, la de los americanos en el Líbano en 1958 o Santo Domingo en 1968, Francia en Saba en 1978, el envío de paracaidistas franceses y belgas al Zaire en 1991, la frustrada operación Tebas en Irán o la intervención americana en Panamá. Distingue la doctrina entre intervenciones *inmateriales* y las *materiales*. las primeras no comportan ni acción ni presencia física alguna en el territorio intervenido. Las segundas supone la actuación física en el territorio intervenido, generando el desconocimiento de la soberanía del Estado y el uso de la fuerza. Vid. DEPAL, M.: *Le droit d'ingérence humanitaire en question*. Études de défense nationale. Paris, 1993; BETTAI, M.: *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1996, DOMESTICI-MET, M. J.: «Aspects juridiques récents de l'assistance humanitaire». *AFDI*, Paris; STEINER, H.: *International Human Rights in Context*, Ed. Clarendon Press, 1996.

(142) TORRELLI, M.: «¿De la asistencia a la injerencia humanitaria?». *RICR*, 1992, n.º 111, p. 245. EMMANUELLE, X. J.: *Les prédateurs de l'action humanitaire*. Ed. A. Michel, Paris, 1993; BEST, G.: *War and Law Since 1945*. Clarendon Press, 1996.

Provide Comfort, la 746 (1992) o la 794(1992). El Presidente F. Mitterrand señalaba, el 30 de mayo de 1989, al inaugurarse en París la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, que «*l'obligation de non ingérence s'arrête à l'endroit précis où naît le risque de non-assistance*» (143); y el Ministro alemán Hans Dietrich Genscher, en 1991, ante la Asamblea General, decía: «*Quand les droit de l'homme sont foulées au pied, la famille des nations n'est pas confinée au rôle de spectateur. Elle peut-elle doit-faire l'ingérence*» (144). Los condicionamientos para el ejercicio de la asistencia de la *humanitas* demanda el acatamiento de estos principios: el de la subsidiariedad, muy conocido en el marco del derecho humanitario, que aparece plasmado en aquellas Rs/ y en las que «se reafirma la soberanía de los Estados afectados y el papel principal que han de desempeñar en los ámbitos de iniciativa, coordinación y puesta en práctica de la asistencia humanitaria en sus territorios respectivos» (145) y el principio de la imparcialidad que implica una asistencia no discriminatoria, tal como afirmó el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 27 de junio de 1986 (146). En caso de conflicto armado, el otorgar asistencia humanitaria no supone el reconocimiento del grupo disidente ni la soberanía sobre el territorio controlado por él, sino, *tout court*, el asentamiento de *pasillos azules (routes bleus)*, (*of return and relay station*) (147). La apoyatura legal de la regla de la asistencia humanitaria podemos encontrarla —en opinión de Domestici-Met— en el derecho a la vida proclamado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos del

(143) *Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa*. M.º Asuntos Exteriores, Madrid, 1992, p. 121.

(144) Cfr. BETTATI: *Op. cit.*, p. 111. *Ibidem*: «La voix de l'ONU». *Opérations des Nations Unies. Leçons de terrain*. Études de Défense, Paris, 1996, p. 350.

(145) Cfr. DUPUY, R. J.: «Droit humanitaire et le maintien de la paix: Harmonie ou contradiction?». *Les nouveaux aspects du droit international*. Ed. A. Pedone, Paris, 1994, p. 87. BETTATI y KOUCHNER, B.: *Le devoir d'ingérence*. Ed. Denoël, Paris, 1987; BETTATI: «Un droit d'ingérence», *RGDIP*, 1991, p. 650.

(146) *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella; Nicaragua contra USA*: C.I.J., *Recueil*, 1986, p. 106. Vid. MORRIS, N.: «Aide humanitaire et neutralité». *Opérations des Nations Unies. Leçons de terrain*. Études de Défense, Paris, 1996, p. 365.

(147) Vid. el artículo 6 de la R/45/100 así como el artículo 7 del Memorandum de Acuerdo (*Memorandum of Understanding*) celebrado el 18 de abril de 1991 entre el Príncipe Sadruddin Aga Khan y el Ministro de AA.EE. irakí.

Sobre la actuación de los llamados *Cascos Blancos* hay que señalar que se encuadran en la estructura de la ONU de conformidad con lo establecido en su mandato. Cfr. la R/49/L(1994) de 10 de Noviembre. Vid. ALDECOA, F.: «La nueva dimensión internacional humanitaria». *Seminario de la UIMP*. Agosto 1996.

Hombre (148), en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales.

El Instituto de Derecho Internacional en el artículo 1 de su Resolución sobre *la protección de Los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados*, adoptada en la sesión de Santiago de Compostela el 13 de septiembre de 1989, señala:

«Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana. La obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de esa dignidad proclamada en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (149). Esta obligación internacional es, según la fórmula utilizada por la Corte Internacional de Justicia, una obligación *erga omnes*: incumbe a todo Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto, y todo Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos» (150).

Tal es, pues, el planteamiento del derecho a la vida, elemento de derecho positivo, la asistencia humanitaria es una prolongación natural del derecho a la vida.

III. LA POSTURA DEL SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS:

La Asamblea General, en su R/44/49(1989) de 8 de diciembre, en su párrafo 2, pide al Secretario General que «se le informe respecto a las necesidades de tropas, recursos y servicios materiales y técnicos para las operaciones de mantenimiento de la paz» (151).

(148) DOMESTICI-MET, M. J.: *Op. cit.*, p. 122. Vid. GROS ESPIELL, H.: «El llamado "derecho de injerencia humanitaria" en un mundo interdependiente». *Las NN.UU. a los cincuenta años*. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 200 y siguientes.

(149) De 10 de diciembre de 1948. Escribe TRUYOL SERRA que la Declaración se ha convertido en parte del «Derecho constitucional de la Comunidad Internacional», pues ha adquirido el carácter de «Derecho mundial superior a todos los restantes instrumentos internacionales y a las leyes nacionales». *Los Derechos Humanos*, Madrid, 1982, p. 31.

(150) *Loc. cit.*, p. 34.

(151) Figuraba en el Cuadragésimoquinto período de sesiones con el n.º 78 de la lista preliminar (A/45/50). Vid. la R/44/192(1989) de 21 de diciembre.

1) EXAMEN AMPLIO DE TODA LA CUESTIÓN DE LAS OPERACIONES DE
MANTENIMIENTO DE LA PAZ EN TODOS SUS ASPECTOS

El 8 de mayo de 1990 emite el Secretario General el Informe requerido cuya rúbrica es como sigue: «Examen amplio de toda la cuestión de las operaciones de mantenimiento de la paz en todos sus aspectos. Necesidades de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas» (152), que está estructurado en VIII apartados: en el I se articulan las tres formas distintas que tienen los Estados miembros de proporcionar tropas a estas operaciones: a) los miembros del personal militar son oficiales nombrados funcionarios de las NN.UU. por el Secretario o bien para ser Jefe de Misión (Comandante de la Fuerza) o bien como Jefe de observadores militares(153); b) Como un préstamo no reembolsable (normalmente como observadores militares) (154), y c) En virtud de una subcontratación con un Estado miembro (155).

El apartado II plasma a los oficiales militares nombrados funcionarios que son responsables ante el Secretario General en el ejercicio de sus funciones. En el apartado III se regulan las funciones de los observadores militares al establecer «que se utilizarán para vigilar o verificar que las partes en un conflicto cumplan los compromisos contraídos como la observancia de la cesación del fuego, la limitación del número de efectivos que se encuentren bajo su control. Las actividades de vigilancia y verificación incluyen no sólo observar y presentar informes al respecto, sino también persuadir a las partes a que cumplan sus compromisos, por ejemplo, restableciendo el *status quo* después de una violación de la cesación de fuego» (156). El período de servicio típico de observadores es de un año y NN.UU. sufragarán los gastos de viaje a la zona de la misión y

(152) A/45/217 de 8 de mayo de 1990.

(153) A fin de atender a las necesidades de determinados conocimientos técnicos durante el despliegue inicial o la fase final de redespiegue de la operación, por ejemplo, planificación logística, movimientos aéreos, navales o control de esos movimientos: *Ibidem*, II, p. 6.

(154) Vid. MASIDE MIRANDA, L.: «Delitos cometidos en el extranjero (Disposición Adicional 7.ª)». *Comentarios a las leyes procesales militares*. T. II (L.O. 2/89), M.º de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, pp. 2265-2325.

(155) Por ejemplo, Batallones de Infantería o Unidades Especiales.

(156) Informe A/45/217, *cit.* p. 7. La mayoría de los observadores militares tienen grado de Capitán o Comandante, salvo los que ocupen cargos superiores que serán Teniente Coronel o Coronel. Entre las cualidades que deben reunir, cita el Secretario General «una experiencia militar adecuada, buen criterio, tacto y que puedan llevarse bien con personas de otras nacionalidades»: *Loc. cit.*, p. 8.

desde ésta, así como dentro de la zona, y pagarán una dieta para atender los gastos de sustento en el lugar (157). En el apartado IV se regulan los Batallones de Infantería que se emplearán en «mantener el control militar en una zona determinada, impidiendo el acceso de personal armado o uniformado a dicha zona y garantizando que no se utilice con fines bélicos y para ello se establecerán puestos de observación y control y se patrullará la zona constantemente a pie y con vehículos»(158). Llevarán uniforme ligero y podrán hacer uso de sus armas, *únicamente*, en defensa propia, «en la inteligencia de que esto también incluye la resistencia a los intentos efectuados por medio de la fuerza para impedirles desempeñar las funciones encomendadas por el Consejo de Seguridad» (159).

Tras especificar ampliamente la estructura de un Batallón, se establece que su servicio durará seis meses y NN.UU. reembolsará a los Estados que proporcionan batallones «una tasa uniforme de 950 dólares mensuales por persona, más un suplemento de 280 dólares mensuales por personal especializado (hasta un 10% de los efectivos) y 70 dólares por persona por uso de vestimenta, pertrechos y equipos personales, incluidos armas y municiones personales» (160).

El apartado V recoge los ortos de las Unidades Especializadas, que «tienen un papel operacional, como realizar patrullas por aire o por mar u ocuparse de minas u otros materiales explosivos o proporcionar apoyo logístico u otros apoyos de segunda o tercera línea, como suministros, transporte o reparación y mantenimiento de vehículos» (161). NN.UU. reembolsará las mismas tasas que las especificadas más arriba para los

(157) Usarán los uniformes militares de sus países con los aditamentos correspondientes al uniforme de NN.UU. mientras prestan servicio en una operación de mantenimiento de la paz. En el Anexo I se especifican, detalladamente, los artículos que los observadores deben tener a su llegada a la misión, para «estar preparados para cambios de temperatura desde menos 0 grados a 50 grados centígrados»: B) Ropa de invierno (uniforme al completo); C) Ropa de verano (uniforme completo, de dril caqui o verde); D) Artículos diversos: Correa tejida, saco de dormir forrado, anteojos para el sol, linterna, prismáticos, brújula, botiquín, ropa de civil, uniforme de gala, casco de acero, chaqueta antimetralla y un uniforme de protección contra productos nucleares, biológicos o químicos, si NN.UU. lo pide: *Loc. cit.* Anexo I.

(158) A/45/217, *cit.*, p. 11. También vigilarán instalaciones de vital importancia, locales de NN.UU., depósitos de armas y el equipo militar de unidades desmovilizadas, «para infundir una sensación de seguridad en las zonas en conflicto»: *Ibidem*.

(159) *Ibidem*. El armamento tipo normal incluye hasta morteros medianos y ametralladoras pesadas, pero en caso de peligro se equipa a los Batallones con vehículos blindados de transporte de tropas. *Loc. cit.*, p. 13.

(160) A/45/217, *cit.*, p. 16.

(161) *Ibidem*, p. 17.

Batallones de Infantería, pero con la salvedad que el límite máximo de los suplementos para estas Unidades especializadas es del 25 por 100 de los efectivos, en el caso de Unidades Logísticas.

El apartado VI se dedica a los recursos materiales y técnicos que comprenden los artículos establecidos en el Anexo II (162), mientras que el apartado VII hace referencia a los servicios que abarca una amplísima gama que se puede dividir en aquellos necesarios para el transporte de personal de la misión y su equipo a la zona de la misión y desde ésta y en los servicios que requiere el personal una vez desplegada ya en el terreno.

Asimismo —prosigue— se necesitan los servicios que prestan los contratistas civiles locales, como sastrería, peluquería, abastecimiento de agua, eliminación de desechos cloacales, acarreo, limpieza, lavandería y limpieza en seco, abastecimiento de comida, interpretación y trabajos de construcción, pudiendo subcontratar local o internacionalmente.

El apartado VIII contiene la única conclusión del Informe: «dar a los Estados miembros una noción general de las tropas, recursos y servicios que necesitan las operaciones de mantenimiento de la paz» (163).

2) EL MODELO DE ACUERDO SOBRE EL ESTATUTO DE LAS FUERZAS PARA LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

El párrafo 11 de la citada R/44/49(1989) pide al Secretario General que preparase un modelo de acuerdo en el que se hiciera constar, *expressis verbis*, la condición jurídica de las fuerzas y que sirviera de base para la redacción de otros acuerdos entre NN.UU. y los países en cuyos territorios se despliegan las operaciones de mantenimiento de la paz. El 9 de octubre de 1990 elabora aquél un Informe cuya rúbrica es como sigue: «Examen amplio de toda la cuestión de las operaciones de mantenimiento de la paz en todos sus aspectos. Modelo de Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas para las operaciones de mantenimiento de la paz» (164). Está

(162) En él se distingue: A) *Equipo operacional*: Armas, municiones, equipo de comunicación, blindados y material de defensa (sacos de arena, alambres); B) *Equipo personal*: Uniforme, ropa de lluvia, casco y botiquín de primeros auxilios; C) *Equipo logístico*: Raciones (para 60 días), transporte, equipo médico, incluida la atención dental, generadores (diesel, de distinta capacidad en kilovoltamperios (KVA); equipo de oficina y equipo especial (purificación de agua, extinción de incendios, cocinas de campaña, equipos de refrigeración, bienestar y deportes).

(163) *Loc. cit.*, p. 29.

(164) A/45/594 de 9 de octubre de 1990. Figuraba con el n.º 76 del Programa en el Cuadragésimoquinto período de sesiones.

estructurado en X apartados. Se explicita que la operación, sus bienes, fondos y haberes, así como sus miembros, incluido el Representante Especial, gozarán de las prerrogativas e inmunidades especificadas en este Acuerdo así como las que se estipulan en el Convenio (165).

Tras referirse al funcionamiento de economatos, locales y servicios (arts. 16-23), el apto. IV regula el *status* de las fuerzas *onusianas* (arts. 24-50), especificándose, *expressis verbis*, que el Representante Especial, el Comandante en jefe del componente militar, el jefe de la policía civil de NN.UU. y todos los miembros de categoría superior del Representante y del Comandante, tendrán el estatuto de las Secciones 19 y 27 del Convenio, los funcionarios de NN.UU. gozarán de las prerrogativas e inmunidades de los artículos V y VII, mientras que los observadores militares tendrán la categoría de expertos en misión en el sentido del artículo VI del repetido Convenio (166).

3) EL MODELO DE ACUERDO ENTRE NN.UU. Y LOS ESTADOS MIEMBROS QUE APORTAN PERSONAL Y EQUIPO A LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

El 23 de mayo de 1991 presenta el Secretario General el Informe denominado «Examen amplio de toda la cuestión de las operaciones de mantenimiento de la paz en todos sus aspectos. Modelo de Acuerdo entre Naciones Unidas y Estados Miembros que aportan personal y equipo a operaciones de las Naciones Unidas de mantenimiento de la paz» (167).

Dividido en XIII apartados en el que, tras plasmar las definiciones (168), se señala en los apartados II y III el cometido de la operación reconociéndose obligatoriamente la R/ que la crea explicitándose la categoría

(165) Se refiere al Convenio sobre Privilegios e Inmunidades de las NN.UU. de 13 de febrero de 1946 al que España se adhirió el 13 de julio de 1974 (BOE de 17 de octubre de 1974). Como acontece que este Convenio está en vigor con respecto a 124 Estados, puede haber operaciones que entrañen relaciones con entidades que no sean Estados, en estos casos, el Acuerdo deberá disponer, *expressis verbis*, que se aplica el Convenio reseñado.

(166) Para un estudio más detallado del *status* de las Fuerzas, vid. MASIDE MIRANDA, L.: «Delitos cometidos en el extranjero...», *cit.*, p. 2316 y siguientes.

(167) A/46/185 de 23 de mayo de 1991, figuraba en el Cuadragésimosexto período de sesiones con el n.º 74 de la lista provisional (AJ/46/50). Vid. la R/45/75(1990) de 11 de diciembre.

(168) Tales como «estado participante» y «jefe de misión».

y número de personal y la descripción del equipo. El personal aportado continuará al servicio de su país pero sometido al mando de NN.UU. (169), pues las funciones son *exclusivamente internacionales* (170) no pudiendo solicitar ni aceptar instrucciones en el desempeño de tales funciones de autoridades ajenas a NN.UU., excepto, naturalmente, en materias administrativas (apto. VI). El apartado VII vertebrará los aspectos administrativos y financieros: A los observadores militares, NN.UU. sufragará el coste del viaje de ida y vuelta, así como dietas por la duración del viaje oficial y dietas de misión. Si se trata de contingentes, NN.UU. reembolsará los gastos por conceptos de paga, prestaciones, pagos complementarios (para los especialistas), el factor de uso de la ropa, pertrechos, equipos personales y armamento personal, incluidas las municiones (171). Los aviones, buques y el equipo conservarán su registro o matrícula nacional, pintándose con los colores e insignias de NN.UU. y contarán con *un seguro adecuado* de responsabilidad civil (172) que contratará NN.UU. El apartado X establece que la operación respetará y observará los principios y el espíritu de los convenios internacionales generales aplicables a la conducta del personal militar (173). Finalmente, las controversias entre NN.UU. y el Estado participante relativas a la interpretación o aplicación del Acuerdo que no se resuelvan por la negociación serán sometidas al mecanismo del arbitraje (174). Las partes designarán un árbitro que ellos mismos nombrarán un tercero que será el Presidente, pero si en el plazo de un mes (175) una de las partes no hubiere realizado tal

(169) El Secretario General tiene la plena autoridad sobre el despliegue, organización, marcha y dirección de la operación, incluido el personal, autoridad ésta que será ejercida en el terreno por el Jefe de Misión que responde ante el Secretario General. Vid. *MASIDE MIRANDA, L.: «Delitos cometidos...», cit., pp. 2318 y siguientes.*

(170) El personal aportado se guiará en su conducta por el interés de NN.UU.

(171) 988 dólares por persona, por mes, por paga y prestaciones; 291 dólares por pagos complementarios (especialistas) hasta un máximo del 25 % para Unidades logísticas y un 10 % para otras Unidades; 65 dólares por uso de ropa y 5 dólares por armamento personal.

(172) Las reclamaciones sobre las pérdidas de aviones y buques al servicio de NN.UU. se resolverán por la negociación y sobre la base del valor residual de éstos al tiempo de las pérdidas. También abona NN.UU. los gastos de reparación cuando provengan de un accidente operacional grave.

(173) Se refiere a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 y el Convenio de la UNESCO de 1954. El Estado participante se asegurará que su contingente nacional al servicio de la operación esté plenamente informado de los principios y espíritu de esos instrumentos.

(174) A solicitud de cualquiera de las partes.

(175) Contado desde la solicitud del arbitraje.

nombramiento, será el Presidente del Tribunal Internacional de Justicia quien designe al árbitro (176).

IV. CONCLUSIONES

1) La Carta no contiene, *expressis verbis*, una definición de las operaciones de mantenimiento de la paz. Ha sido la doctrina quien ha ensayado fórmulas que se pueden tildar de clásicas cuando delinea que su fin último es la prevención, moderación, limitación o el cese de las hostilidades por la pacífica intervención de un tercero. Concepción tradicional que la propia dinámica de las operaciones, la praxis de NN.UU. y de la misma Sociedad Internacional ha ido ensanchando y, así, selectivamente, el Consejo de Seguridad califica de agresión, amenazas a la paz o quebrantamientos de la paz aquellas situaciones en las que se conculca el principio de la prohibición del uso de la fuerza, el de la libre determinación de los pueblos o el respeto a los derechos y libertades fundamentales así como aquellos otros actos o circunstancias que sean susceptibles de ser etiquetados de actos terroristas internacionales. La apoyatura jurídico-formal de esta espigada ampliación hay que basamentarla en el artículo 24 de la Carta de las NN.UU., pero todos estos ensanchamientos y dilataciones han de ser examinados con cautela y precaución, pues será atribuir al Consejo de Seguridad materias que no le están reconocidas en la Carta.

2) La frecuencia del recurso a estas operaciones de mantenimiento de la paz en años recientes demuestra que han llegado a ser un instrumento indispensable en manos de NN.UU. a fin de contener los conflictos y las crisis más graves y la mejor contribución que puede hacer actualmente la Organización para el cumplimiento de su propósito esencial: el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

3) Las operaciones de mantenimiento de la paz (*peace keeping*), expresión no recogida en la Carta, constituye —creemos— un desarrollo *praeter legem* de la Carta, que no tiene su base jurídica ni en el Capítulo VI ni en el Capítulo VII —de ahí las disquisiciones doctrinales— pero que podría dimanar de los *poderes implícitos* de NN.UU. a fin de asegurar su propósito fundamental: el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

(176) El procedimiento arbitral será fijado por los árbitros y las costas del arbitraje serán sufragadas por las partes en la proporción que fijen los árbitros. El laudo arbitral ha de ser motivado y constituirá el fallo definitivo de la controversia.

4) Su naturaleza jurídica es clara: desde el marco jurídico-formal son órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad —artículo 29— o de la Asamblea General —artículo 22— y desde el marco funcional son medidas transitorias cuyo ordo es favorecer la solución pacífica de los conflictos —por ende no pueden concebirse estas operaciones como sustitutos del objetivo final— y, en consecuencia, no pueden renovarse automáticamente su mandato, necesitando, preceptivamente, las resoluciones habilitantes en las que se cincele el fin de la misión, su composición, duración y los aspectos administrativos y financieros.

5) El primer pilar jurídico de estas operaciones está enraizado en el ordenamiento interno de los Estados que aportan personal y equipo, ya que garantizan el estatuto jurídico del personal militar y civil.

6) Estas operaciones dependen del Secretario General bajo la *autoritas* del Consejo de Seguridad, quien, a su vez, podrá delegar en otros órganos subsidiarios creados *ad hoc*.

Han de contar con el consentimiento del Estado donde se va a desplegar la operación y, obviamente, respetando su soberanía, independencia e integridad territorial.

7) Existen diferentes técnicas de actuación *onusiana*: misiones de observación, Fuerzas de Emergencia, misiones humanitarias para proteger a personas desplazadas, refugiados, mantenimiento de zonas humanitarias o el establecimiento de *pasillos azules (routes bleus)*, (*of return and relay station*).

8) Estas operaciones tienen carácter internacional y, por eso, todos los miembros de éstas, inclusive las personas contratadas localmente tienen inmunidad penal en relación con las manifestaciones —orales y escritas— que realicen en su calidad oficial y se proyecta después de haber dejado de ser miembros de la operación.

9) El personal asignado continúa al servicio de su país, pero queda sometido a NN.UU. cuyo poder será ejercido por el Consejo de Seguridad, pero *in situ* la ejerce el Jefe de Misión y las medidas disciplinarias sobre el contingente militar son de competencia del Oficial nombrado *ad hoc* por el Gobierno del Estado que participa en la operación de mantenimiento de la paz.

2. NOTAS

EL EUROCUERPO Y EL FUTURO MARCO JURÍDICO DE LA DEFENSA EN EUROPA

Por Carlos Eymar Alonso
Teniente Coronel Auditor

ORIENTACIONES POLÍTICAS DEL ESTATUTO JURÍDICO

El Eurocuerpo, si bien goza de una realidad física difícilmente cuestionable, carece por el momento de una forma jurídica. Hoy por hoy, a falta de un estatuto jurídico, los análisis que se hagan sobre el Eurocuerpo, desde el punto de vista jurídico, no pueden ir más allá de unas consideraciones de lege ferenda, un estudio de sus presupuestos históricos, y un análisis del marco jurídico general de la defensa europea. Sin embargo, dado que hasta la fecha las publicaciones sobre el Eurocuerpo han sido francamente escasas y apenas han sobrepasado el análisis de dos libros y unos cuantos artículos (1), es mejor sacrificar la precisión en aras de la creciente demanda de información. Si a ello añadimos que los textos jurídicos alemanes o franceses son poco conocidos o de difícil acceso para un español, la tarea de hablar de ellos resulta igualmente justificada.

El origen próximo del Eurocuerpo está en el informe conjunto de los ministros de defensa francés y alemán, presentado el 22 de mayo de 1992 y que se conoce con el nombre de rapport de la Rochelle. En ese

(1) Los libros son el de COURAND, PICAPER et SCHOLL, *Le Corps Européen, Une Force pour l'Europe*, Strasbourg, Les Editions Ronald Hirlé, AAVV, *Eurokorps und Europäische Einigung*, Editions Zeitgeschichte. Entre los artículos los más destacables son el de la *Revista Ejército* núm. 669 Documentos: El Ejército español en el Eurocuerpo. Otros: Alvaro GRAÑO, «Euroejército, la imparabla cuenta atrás», *Diario 16*, enero 1996, Edu FERNÁNDEZ, «En defensa de Europa», *Revista española de Defensa*, enero 1996; Christophe BOURGEOIS, «Eurocorps, les relations humaines en quatre langues», *Material et Technique*, núm. 138, agosto, 1996.

informe se afirma que la misión fundamental del Eurocuerpo consiste en permitir que Europa disponga de una capacidad militar propia. Su creación se inscribe, por tanto, dentro del marco de la política de defensa común de la Unión Europea y en la voluntad de los Estados que participan de asumir sus responsabilidades en materia de seguridad y de mantenimiento de la paz.

No pasó inadvertido a los redactores del informe de la Rochelle la importancia de las cuestiones jurídicas en la formación del Eurocuerpo. Desde el principio surgió la necesidad de crear un acuerdo intergubernamental o estatuto jurídico que debía basarse sobre los siguientes principios:

- aplicación del principio de reciprocidad.
- reparto equilibrado de cargas.
- recurso a reglas conocidas, acreditadas por la práctica, y comúnmente aceptadas.

Asimismo, a fin de llevar a efecto el programa político contenido en el informe de La Rochelle, éste instituyó un llamado Comité Común, formado por altos representantes de los ministerios de defensa y asuntos exteriores de los países participantes, encargado de dar directivas al Estado mayor y al General Comandante Jefe del Eurocuerpo.

Las tareas para la elaboración de un estatuto jurídico del Eurocuerpo se iniciaron, ya a finales de 1992 en Estrasburgo por un reducido grupo de juristas franceses y alemanes. Posteriormente, con la adhesión de Bélgica al informe de la Rochelle, efectuada el 22 de mayo de 1993, y la de España efectuada por acuerdo del Consejo de Ministros, el 1 de julio de 1994, se incorporaron al grupo de juristas los correspondientes representantes belga y español. Al que suscribe este artículo le cupo el honor de ostentar la representación española en las negociaciones que tuvieron lugar en Estrasburgo y en las capitales de los países participantes desde septiembre de 1994.

Pronto, en el curso de las negociaciones, se planteó el problema del ámbito de aplicación del estatuto. Francia se mostraba partidaria de elaborar un estatuto. Francia se mostraba partidaria de elaborar un estatuto dirigido exclusivamente al cuartel general del Eurocuerpo en Estrasburgo, mientras que, Alemania pretendía que el estatuto se aplicara tanto al cuartel general como a las distintas unidades subordinadas (2).

(2) Las Unidades subordinadas son la 1.ª División Mecanizada belga de Saive, la 10.ª División blindada alemana de Siegmaringen, la 1.ª División blindada francesa de Baden Baden, la 10.ª Brigada de Infantería Mecanizada de Córdoba, la Brigada franco

Dado que la cuestión tenía un carácter político que excedía las competencias del grupo de juristas, tuvo que ser elevada para su solución por parte del Comité Común. Este, en su reunión anual del 14 de noviembre de 1994, elaboró un mandato dirigido al grupo de expertos jurídicos en el que fundamentalmente se establecían los siguientes principios:

1. El estatuto jurídico debe elaborarse para el Eurocuerpo «en su conjunto», es decir, tanto para el cuartel general como para todas las unidades subordinadas.

2. Se reafirman los principios ya señalados en el informe de La Rochelle: reciprocidad y reparto equilibrado de cargas.

3. Aunque era evidente, desde el punto de vista de las exigencias constitucionales de los diferentes países participantes, y en especial la Constitución española en su artículo 94.1.b), el mandato del comité común confirmó que la forma del estatuto debería ser la de un tratado internacional ratificado por los parlamentos nacionales. Este tratado debería ser desarrollado por los acuerdos técnicos que fueran necesarios.

4. Finalmente, se afirmaban una serie de principios generales que debían inspirar la redacción del estatuto. El Eurocuerpo debía servir de modelo a las futuras estructuras de fuerzas europeas y, por lo tanto, su estatuto jurídico debería ser elaborado cuidadosamente. En cualquier caso, el estatuto jurídico del Eurocuerpo debería tomar en cuenta las nuevas condiciones de la política de seguridad en Europa, y las normas de derecho comunitario especialmente en lo referente al estatuto del personal y a las disposiciones aduaneras y fiscales.

Como se puede comprobar, a la vista de estos presupuestos, la actividad del grupo de juristas quedaba limitada dentro de unos márgenes muy definidos. Se trataba ante todo de dar forma jurídica a unas ciertas orientaciones políticas, debiendo quedar al margen cualquier veleidad de especulación jurídica que se apartase de aquellas orientaciones. En consecuencia, en las páginas que siguen, vamos a analizar las consecuencias jurídicas que se derivan de los principios expresados en el informe de La Rochelle y en el mandato del comité común.

EL MODELO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE DEFENSA

Uno de los principios subrayados en el informe de La Rochelle era el de recurrir a reglas conocidas y acreditadas por la práctica. A sensu

alemana de Mullheim y el 42 Regimiento francés de transmisiones en Achem. Vid. *Le Corps Européen*, Servicio de Prensa del Eurocuerpo.

contrario podría decirse que las reglas no acreditadas por la práctica, no debían ser tomadas en consideración. Tal era el caso del proyecto de la Comunidad Europea de Defensa, que se reveló como «impracticable». Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el proyecto de la Comunidad Europea de Defensa llegó a consolidarse en forma de Tratado internacional que fue firmado por los ministros de Asuntos Exteriores de la República Federal de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos, el 27 de mayo de 1952. A principios de 1953, el texto del Tratado de la Comunidad Europea de Defensa fue ratificado por los parlamentos de todos los países participantes, excepto por Italia y Francia. La excusa inicialmente puesta para no presentar el texto a la Asamblea Nacional francesa fue inicialmente de tipo técnico jurídico. Francia quería que el Tratado fuese desarrollado por unos cuantos Protocolos adicionales que debían ser redactados y sometidos también a ratificación del Parlamento. Pero, independientemente de esa objeción, había problemas de fondo de la opinión pública y de las principales fuerzas políticas francesas que no veían con buenos ojos una total integración con las fuerzas armadas alemanas. Finalmente, la Asamblea Nacional francesa, en agosto de 1954, rechazó la ratificación del Tratado por 319 votos en contra y 264 favorables (3).

¿Cuáles fueron los principales rasgos de ese Tratado? Ante todo, el objetivo fundamental, definido en su Preámbulo, era el de llegar a una integración tan completa como fuera posible de todas las necesidades militares, elementos humanos y medios materiales de las fuerzas armadas de los Estados participantes, con una finalidad de garantizar la defensa de Europa en estrecha cooperación con las organizaciones existentes, fundamentalmente la OTAN. Para la rápida y eficaz consecución de ese fin, se estimó que el medio más apropiado era la creación de una organización europea supranacional con instituciones, fuerzas armadas y presupuestos comunes (art. 1). Por otra parte, se estableció claramente el principio de no discriminación entre los Estados miembros (art. 5).

A fin de lograr la mejor coordinación entre las autoridades políticas y militares, el Tratado, creaba unos órganos de la Comunidad de Defensa: Consejo de Ministros, Asamblea, comisariado y Tribunal de

(3) Sobre la Comunidad Europea de Defensa y la mayor parte de sus proyectos de texto puede verse Juan Antonio PONS ALCOY, *El sistema europeo de Defensa*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1989, pp. 77 y ss.

Justicia. La Asamblea y el Tribunal de Justicia eran los mismos que los previstos en el Tratado sobre la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 18 de abril de 1951. El Consejo de Ministros estaba formado por representantes de los Gobiernos de los diferentes países participantes, y tomaba las decisiones por mayoría simple o cualificada, teniendo en cuenta la distinta evaluación de los diferentes países atendiendo a la cuantía de sus contribuciones personales y financieras. Alemania, Francia e Italia, estaban al mismo nivel de evaluación con 3 puntos cada una. Bélgica y Holanda con 2 puntos y Luxemburgo con 1. Por último estaba el Comisariado, con facultades de inspección y toma de decisiones importantes cuales eran la mayoría de los nombramientos y provisión de empleos de las fuerzas. Los miembros del Comisariado, aunque nombrados por los gobiernos de los países participantes, tenían garantizada la independencia de su función; no podían solicitar ni recibir instrucciones de ningún gobierno y debían abstenerse de todo acto incompatible con el carácter supranacional de sus funciones.

Es el carácter supranacional de la Comunidad el más importante y el que tiene consecuencias más trascendentales desde el punto de vista de la política de defensa. La creación de un organismo supranacional significa que las naciones que lo crean renuncian a una parte de su soberanía y aceptan someterse a las futuras decisiones de la organización así creada. El primer requisito para crear una organización supranacional es el de atribuirle personalidad jurídica. En este sentido, el artículo 7 del Tratado de la Comunidad Europea de Defensa disponía lo siguiente:

«La Comunidad tiene personalidad jurídica.

En las relaciones internacionales, la Comunidad goza de la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones y consecución de sus fines.

La Comunidad posee en cada uno de los Estados miembros la capacidad jurídica más amplia que sea reconocida a las personas morales nacionales; especialmente puede adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles y demandar y ser demandada en juicio».

Esta personalidad jurídica internacional de la CED, unida a los poderes del Comisariado, llevaba también aparejada las siguientes renunciaciones a las competencias de defensa nacionales:

— Renuncia a reclutar y mantener fuerzas militares nacionales, más que dentro de límites bastante estrechos (art. 10). El reclutamiento sería efectuado por el Comisariado (art. 73).

— Renuncia al uniforme nacional, salvo en los casos en que se permitiera mantener tropas nacionales. Las Fuerzas Europeas de Defensa, en las que se integraban la mayoría de los contingentes nacionales, debía llevar un uniforme común (art. 15).

— Renuncia a elaborar planes propios de formación. El Comisariado elaboraría los planes de instrucción y formación de las Fuerzas Europeas de Defensa siguiendo una doctrina común en Academias de la Comunidad (art. 74).

— Renuncia a un reglamento de disciplina propio. Los Estados participantes se comprometían a redactar un único Reglamento de disciplina general militar para los miembros de las Fuerzas Europeas de Defensa (art. 79).

— Renuncia a una política nacional de armamento y de contratación de material militar. Toda la elaboración y ejecución de programas de armamento y material, aprovisionamiento e infraestructura, quedaban sometidos al Consejo de Ministros y al Comisariado (arts. 101 a 107).

— Finalmente, aunque se reconocía a todo miembro de las Fuerzas Armadas europeas el derecho de utilizar su lengua nacional, también se preveía la posibilidad de que, por razones prácticas, fuera utilizada una «lengua auxiliar común» cuya enseñanza sería garantizada en las escuelas de formación europeas (art. 28 del Protocolo militar). Al no entrar en vigor el Tratado, la cuestión de decidir cuál habría de ser dicha lengua auxiliar común, no tuvo que resolverse.

EL SISTEMA DEL EUROCUERPO POR CONTRASTE AL DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE DEFENSA

Como ha podido observarse, el sistema de la CED estaba perfectamente estructurado, era coherente desde un punto de vista jurídico y los medios utilizados parecían perfectamente conformes con las finalidades establecidas. La mayoría de los analistas han coincidido en reconocer que la Comunidad Europea de Defensa fue un intento prematuro, aunque hubiera sido enormemente beneficioso para la unidad europea. En este sentido, el profesor García Arias señaló «Tal vez la creación de este Ejército supranacional europeo resultase un paso demasiado rápido y

precipitado pero, desde luego, su funcionamiento habría sido decisivo para el plan de la unificación de Europa no sólo en lo militar, sino también en lo político y en lo económico» (4).

Como ya hemos resaltado, los principios inspiradores del Eurocuerpo son esencialmente realistas. De lo que se trata es de crear una realidad, un espacio de cooperación militar, para después ir avanzando hacia formas más estrictas de integración. En la mente de los redactores del informe de La Rochelle tal vez influiría el modelo de la CED, en el sentido de preferir instrumentos jurídicos menos satisfactorios pero más efectivos. En este sentido el profesor Rován señala que, frente a la CED, el Eurocuerpo tiene el indiscutible mérito de existir. Más vale —dice Rován adaptando un dicho francés— un cuerpo sin cabeza que una cabeza sin cuerpo (5). Frente a las bien estructuradas disposiciones del Tratado de la CED, que nunca llegaron a concretarse en la práctica, el Eurocuerpo, con una base jurídica muy pobre, realiza sus maniobras por tierras de Centroeuropa y constituye el marco de una efectiva cooperación militar europea.

Sin embargo el principal punto débil que presenta el Eurocuerpo, desde el punto de vista jurídico, consiste en que, tal vez por miedo a las consecuencias del principio de la supranacionalidad, no se decide a romper con una lógica de la nacionalidad y, con ello, pone en peligro su carácter operativo. Efectivamente, el principio de la nacionalidad se sigue manteniendo en los siguientes aspectos que nunca han sido puestos en discusión:

a) Mantenimiento de los diferentes ejércitos nacionales. El Eurocuerpo se ha constituido con la intención de crear una gran unidad multinacional capaz de desarrollar un sentido de cooperación y acercamiento entre las fuerzas armadas de los países participantes, pero sin que ello implique renunciar a la soberanía nacional en el ámbito de la defensa. De lo que se trataría, en palabras del ministro de defensa alemán Ruhe, sería de crear «fuerzas separables pero no separadas». Hay una voluntad de unión, pero esa voluntad no compromete la independencia de las distintas políticas de defensa nacionales.

b) El mantenimiento del principio de la nacionalidad, tiene varias e importantes manifestaciones. La primera y más evidente consiste en la

(4) Luis GARCÍA ARIAS, «La Comunidad Europea de Defensa», CPI, Madrid, 1952, p. 177.

(5) Joseph ROVÁN, *Das Eurokorps von der Vision zur Wirklichkeit*, en el libro *Eurokorps...* cit., nota 1.

conservación de los propios uniformes nacionales, de los propios planes de formación y procedimientos administrativos y operativos.

c) Mantenimiento de las políticas nacionales de armamento, de aprovisionamiento e infraestructura.

d) Mantenimiento de los reglamentos y procedimientos disciplinarios nacionales. En ninguna ley disciplinaria de los países participantes en el Eurocuerpo se reconocen facultades disciplinarias a autoridades militares extranjeras, ni parece, en el momento actual, que el futuro estatuto jurídico del Eurocuerpo vaya a contener derogaciones a las distintas legislaciones nacionales.

e) Por último, en lo que se refiere a los idiomas, se consideran como idiomas oficiales los de los países cuyas fuerzas armadas participan en el Eurocuerpo, es decir, el alemán, el francés, el español y el flamenco. Si bien se han aceptado como idiomas de trabajo únicamente el francés y el alemán, esa aceptación se ha hecho a un nivel puramente político, en el seno del Comité Común, y ello no implica la renuncia por parte de España a su «soberanía lingüística» sobre los miembros de sus fuerzas armadas. Efectivamente, los miembros de las fuerzas armadas españolas, en virtud del artículo 187 de la Ley 85/78 de 28 de diciembre de Reales Ordenanzas, están obligados a utilizar el castellano en las relaciones de servicio. La suspensión de esa obligación legal sólo podría venir por la vía del tratado internacional que aprobara el estatuto del Eurocuerpo, lo cual de momento no parece probable.

Una de las consecuencias importantes que se derivan del mantenimiento del principio de la nacionalidad en el Eurocuerpo, es la de la dificultad de su ampliación. Si desde un punto de vista retórico, parece que los países participantes se inclinan por aceptar la adhesión al Eurocuerpo de otros países de la UEO, tal adhesión presenta graves dificultades desde un punto de vista operativo. Como afirma Pierre Lellouche refiriéndose al Eurocuerpo: «La vida en común de diferentes culturas militares se presenta muy difícil: problemas de idioma, la defectuosa interoperabilidad de los aparatos y de los suministros, llegarán pronto a ser insuperables. Tres o cuatro, quizás cinco, participantes dentro de una unidad son ciertamente el límite máximo de un tal sistema que, de otro modo, llevaría pronto a la construcción de la torre de Babel» (6).

(6) Pierre LELLOUCHE, *Das Eurokorps in der sicherheits und Verteidigungspolitik Europas*, en el libro *Eurokorps...* nota 1.

Otra de las importantes consecuencias que se deriva de ese sistema concierne a la propia naturaleza jurídica del Eurocuerpo y su posible carácter de sujeto de derecho internacional. La mayor parte de la doctrina internacionalista coincide en afirmar que los únicos sujetos de derecho internacional con un estatuto originario son los Estados. El resto de «actores» de relaciones internacionales como los sujetos internos (intraestatales como las unidades federadas o comunidades autónomas) o bien las organizaciones internacionales, tienen un estatuto derivado; reciben su existencia y sus atributos internacionales de los Estados. En el caso del Eurocuerpo existe la voluntad de los Estados de dar una cierta forma jurídica a una realidad constituida por un acuerdo político. Ahora bien ¿cuál es el grado de independencia o subjetividad internacional de esa entidad? o, en otras palabras, ¿puede ser considerada como una organización internacional? La respuesta sólo podría venir dada por los términos en que estuviera redactado el estatuto definitivo. No obstante, pese a la falta de estatuto, cabe una cierta aproximación a los planteamientos y solución de dicho problema.

La mayoría de los tratadistas, convienen en afirmar que una organización internacional debe reunir, al menos, los siguientes requisitos (7):

— Una existencia propia distinta de los sujetos que lo componen, lo cual implica un doble reconocimiento, tanto por parte de los Estados que la constituyen como por Estados terceros.

— Una existencia corporativa que tiene como principal consecuencia que las acciones y los comportamientos de sus órganos y de sus agentes, comprometen a la organización y le son imputables.

— Una cualidad de sujeto de derecho internacional con personalidad jurídica y detentadora de derechos, poderes y obligaciones de derecho internacional.

— Una capacidad de obrar, siempre dentro del principio de especialidad de sus funciones específicas. Esta capacidad de obrar tiene como consecuencia la posibilidad de confeccionar actos jurídicos en el ámbito de su competencia, de poder reclamar daños sufridos, de suscribir tratados con otros Estados u organizaciones (8).

(7) Por ejemplo Jean COMBACAU y Serge SUR, *Droit International Public*, Paris, Montchrestien, 1993, pp. 709 y ss., o R. J. DUPUY, *Manuel sur les organisations internationales*, Paris, 1988.

(8) Sobre este aspecto vid. Angel G. CHUECA SANCO, *Acuerdos de Sede con Organizaciones internacionales celebrados en España*, Madrid, Tecnos, 1991, o M. RAMA MONTALDO, «International legal personality and implied powers of international organisation», *British Year Book of International Law*, 1970, pp. 131-135.

Si estos criterios se cumplían ampliamente en el caso de la Comunidad Europea de Defensa, no ocurre lo mismo, ni parece que vaya a ocurrir, en el caso del Eurocuerpo. El único órgano común que por el momento existe, y no hay nada que haga sospechar la creación de otros nuevos, es el Comité Común. Pero éste, está formado por autoridades políticas y militares de los países participantes, de un nivel inferior al de ministro. Sus decisiones son pues, decisiones de compromiso entre los diversos países, atribuibles sólo a ellos y siempre sometidas a las instrucciones o revisiones políticas de los diferentes ministros o gobiernos. No hay actos internacionales propios del Eurocuerpo, ni posibilidad de que concluya acuerdos de carácter internacional. Cualquier decisión del Comandante General del Eurocuerpo, se debe fundamentar de hecho en las directivas del Comité Común, es decir, en los acuerdos políticos de las naciones. En definitiva, con este sistema, las nociones de personalidad jurídica, subjetividad internacional u organización internacional, quedan excluidas para el Eurocuerpo. Algunos autores, como Combacau y Sur, llegan incluso a cuestionar el carácter de verdadera organización internacional de la OTAN, fundados en el hecho de que no tiene una voluntad propia, de que su acto constitutivo hace siempre referencia a las «partes contratantes», es decir a los Estados, y a que, en definitiva, su presunta personalidad jurídica internacional es solo una conferencia permanente de plenipotenciarios (9). Esos argumentos serían aún más contundentes referidos al Eurocuerpo y llevarían a la conclusión de que no puede ser considerado, en ningún sentido, como una organización internacional.

Salvando las distancias puede decirse que con el Eurocuerpo sucede algo parecido que con la Unión Europea. Para definir a esta última, la profesora Mangas, realiza el siguiente comentario: «Al no poseer la Unión Europea una personalidad jurídica internacional se plantea su identificación, su naturaleza; parafraseando a los filósofos clásicos podríamos decir que es un ente de la razón con fundamento *in re*» (10). No cabe en la actualidad mejor definición para la naturaleza jurídica del Eurocuerpo. Si la Comunidad Europea de Defensa fue pura y simplemente un ente de razón, el Eurocuerpo añade a ese carácter una inequívoca realidad; es, por el momento, una entidad internacional no identificada.

(9) COMBACAU, *op. cit.*, p. 711.

(10) Araceli MANGAS, «El Tratado de la Unión europea, análisis de su estructura», en *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 114, 1992, p. 9.

Para comprender la naturaleza del Eurocuerpo y para interpretar en sus justos términos el principio de reciprocidad, exigido por los redactores del informe de La Rochelle, se hace preciso analizar los principales documentos jurídicos que fundamentan las relaciones franco alemanas. No hay que olvidar que el Eurocuerpo es, de hecho, una iniciativa franco alemana, y que hoy por hoy, el tándem compuesto por Francia y Alemania constituye el núcleo duro de la construcción europea. El mismo enunciado del principio de reciprocidad, revela su carácter claramente bilateral. En sus propios términos, una reciprocidad multilateral carece de sentido. Cuando los documentos relativos al Eurocuerpo emplean el término reciprocidad hay que entenderlo, ante todo, en un sentido franco alemán; en el caso de que intervengan más de dos miembros es preferible hablar de reparto equilibrado de cargas. Pero, para ver con más claridad esos problemas, es preciso analizar los hitos fundamentales de las relaciones franco alemanas.

El mismo fracaso del Tratado de la Comunidad Europea de Defensa, hay que inscribirlo en el contexto de las difíciles relaciones franco alemanas después de la segunda guerra mundial. Gran parte de la opinión pública francesa, apenas transcurridos diez años desde el final del conflicto, no veía con buenos ojos la plena integración militar con el antiguo invasor. El hecho de vestir el mismo uniforme que el aún reciente enemigo, suponía un obstáculo psicológico difícil de salvar. Dicho obstáculo se expresó en forma de voto negativo por parte de la mayoría de diputados franceses que enterraron el proyecto. Pero es preciso aún retroceder algunos años más.

El 12 de septiembre de 1944, fue firmado en Londres el Protocolo entre los gobiernos de Estados Unidos de América, Reino Unido y la URSS, sobre las zonas de ocupación en Alemania y la Administración del Gran Berlín. En la Conferencia de Crimca de 12 de febrero de 1945, se invitó al gobierno provisional de la República francesa a participar en la ocupación de Alemania. Esto hizo que el anterior Protocolo fuera enmendado por Acuerdo de 26 de julio de 1945, entre USA, Reino Unido, URSS, y gobierno provisional de la República francesa, concediendo a ésta la ocupación de una amplia zona del oeste de Alemania (11).

(11) Este texto y los siguientes están sacados de *Traités et Accords Liant la France en matière de Defense*, Ministère de la Défense, 1992.

El 26 de mayo de 1952 fue firmada en Bonn, entre USA, Reino Unido, Francia y República Federal de Alemania, la Convención que ponía fin al régimen de ocupación por parte de las tres potencias aliadas. A partir de ese momento, se reconocía que la República federal de Alemania ejercía la plena autoridad de un Estado soberano sobre sus asuntos interiores y exteriores. No obstante, en el artículo 2 de la citada Convención, se disponía que hasta tanto no se produjera la reunificación de Alemania, las tres potencias se reservaban los derechos y responsabilidades anteriormente ejercidos. Estos derechos afectaban, principalmente, al estacionamiento permanente de fuerzas armadas en Alemania, se regirían por una Convención especial la cual, según se establecía en el artículo 8.1.a), se fundamentarían en el estatuto de fuerzas de la OTAN aprobado por la Convención de Londres de 19 de junio de 1951.

En el mismo año en que se producía el rechazo del Tratado de la CED, el 23 de octubre de 1954, se firma por la República Federal de Alemania el Protocolo de ingreso en el Tratado del Atlántico Norte, ingreso que se hace efectivo el 5 de mayo de 1955 (12). Como consecuencia de entrada en la OTAN, el 23 de octubre de 1954 se firman también por parte de la República Federal de Alemania y las «tres potencias», el Protocolo sobre la cesación del régimen de ocupación y la Convención relativa a la presencia de tropas extranjeras sobre el territorio de la República Federal. En el artículo 1.4 de la citada Convención, la República Federal de Alemania, reconoce a las potencias aliadas el derecho de entrar y atravesar su territorio según las condiciones establecidas en la Convención de Londres. Igualmente, en el Protocolo se preveía la conclusión de nuevos acuerdos que definan los derechos y obligaciones de las tres potencias y otros Estados que tengan fuerzas estacionadas sobre territorio federal.

Tenemos pues que, a partir de 1955, en el momento en que la República Federal de Alemania ingresa en la OTAN, la base jurídica para el estatuto de las tropas aliadas en territorio alemán es el Estatuto de Fuerzas de la OTAN (SOFA) aprobado por la Convención de Londres de 19 de junio de 1951. No obstante, en cumplimiento de la previsión contenida en el Protocolo del 54, los derechos y obligaciones del personal militar de las antiguas tres potencias, además de Bélgica, Países Bajos, Canadá e Irlanda del Norte, se van a aumentar y desarrollar. El 3 de agosto

(12) El texto del Protocolo aparece en el libro *la Alianza Atlántica, Datos y Estructuras* (Servicio de Información OTAN, 1110 Bruselas 1992).

de 1959 se firma en Bonn lo que se conoce como Zusatzabkommen o Accord Complementaire de la Convención de Londres, seguido de un Unterzeichnungsprotokoll o Protokoll de Signature que recoge un importante número de precisiones y declaraciones de las partes en relación con el anterior. El Acuerdo Complementario de 1959 es un tratado internacional, compuesto de 83 artículos, que desarrolla y completa de forma muy detallada los 20 artículos de la Convención de Londres siguiendo, en líneas generales, su misma estructura. No obstante, la mayor parte del tratado está dedicado a la regulación de las condiciones de los apoyos logísticos, de infraestructuras y prestaciones, ofrecidos por la República Federal de Alemania, tanto para el estacionamiento como para la realización de maniobras en territorio federal. En general, el estatuto personal que se deriva del Acuerdo complementario otorga bastantes privilegios a las fuerzas estacionadas en territorio alemán y en él resuenan aún ciertas expresiones y conceptos propios de un estatuto de ocupación.

Para dar una cierta apariencia de reciprocidad en las relaciones franco alemanas, el 26 de febrero de 1962 se firmó el Accord de Procédure, concerniente a la puesta a disposición de las fuerzas armadas federales (Bundeswehr), de ciertos medios y servicios por parte del gobierno francés. Sin embargo ese acuerdo, tanto por su rango que es el de un acuerdo firmado por el Secretario de Estado de Defensa alemán y el Jefe de la misión central de enlace para la asistencia a los ejércitos aliados en Francia, como por su ámbito de aplicación que comprende poco más que una oficina de administración alemana en territorio francés, no es comparable al Acuerdo complementario.

Sin perjuicio de esos desequilibrios impuestos como una lógica consecuencia de la segunda guerra mundial, la cooperación franco alemana en general, y más específicamente en el ámbito de la defensa, se fue normalizando y profundizando. El 22 de enero de 1963, siguiendo la declaración común efectuada por el presidente de la República francesa, Charles de Gaule, y el canciller federal Konrad Adenauer, se firma el Tratado de Cooperación franco alemana. En ese Tratado se asume el compromiso de llevar a cabo, al menos dos veces al año, cumbres franco alemanas referidas fundamentalmente a los aspectos de educación y cultura, defensa y política familiar y de la juventud. En el marco de este Tratado de cooperación, y por un acuerdo político, tiene lugar la creación en 1987 de la Brigada franco alemana. Un paso más en la cooperación militar franco alemana se da con el Protocolo al Tratado de coope-

ración, de 22 de enero de 1988, que crea un Consejo franco alemán de defensa y seguridad (13). Este Consejo está compuesto por los jefes de Estado y de gobierno y por los ministros de defensa y de asuntos exteriores de ambos países. Se reúne dos veces por año y tiene entre sus competencias, según dispone su artículo 4, la de adoptar las decisiones apropiadas concernientes a las unidades mixtas que están constituidas de común acuerdo. El informe de La Rochelle de 22 de mayo de 1992, documento fundador del Eurocuerpo, fue adoptado y aprobado por el Consejo franco alemán de defensa, es decir por los presidentes Kohl y Mitterrand.

A la luz de todo lo que hemos expuesto, la aplicación estricta de un principio de reciprocidad franco alemán en materia de defensa, en un nuevo estatuto jurídico como puede ser el del Eurocuerpo, está lleno de dificultades. Aún vigente el Acuerdo complementario, la relación entre los respectivos estatutos jurídicos de las fuerzas armadas francesas y alemanas, es bastante asimétrica. Sin embargo, es evidente que el creciente peso político de Alemania en Europa después de la reunificación, debe llevar hacia una progresiva equiparación de estatutos y hacia una eliminación de los estatutos privilegiados. El Tratado de Unificación entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana, de 3 de octubre de 1990, entre otras múltiples consecuencias jurídicas (14), exige una adaptación de los Tratados en materia militar ratificados por la República Federal antes de la reunificación. En este sentido, el 25 de septiembre de 1990, por carta dirigida a sus homólogos de las antiguas potencias ocupantes, el ministro de exteriores alemán, exigía una revisión del Acuerdo complementario teniendo en cuenta tanto la reunificación alemana como la reducción de fuerzas armadas en toda Europa. La propuesta alemana, aceptada por todos los demás ministros, se ha traducido en un nuevo Tratado para la modificación del Acuerdo complementario, dado en Bonn el 18 de marzo de 1993, pero aún no ratificado por Francia.

La creación del Eurocuerpo, hay que situarla también en esta dinámica abierta por la nueva situación en Europa a raíz de la reunificación.

(13) Sobre estos Protocolos del 88 véase J. JESSEL «Les protocoles de 22 de janvier 1988, une nouvelle étape de la Coopération franco allemande dans le domaine de la défense et la sécurité», *Annuaire français de Droit International*, 1988, p. 824.

(14) Un estudio general de estas consecuencias está en Rainer ARNOL, *La unificación alemana. Estudios sobre derecho alemán y europeo*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 48 y ss.

Como dice Andrés Ortega: «El Cuerpo Europeo (que sirve para atraer a Alemania a la defensa de Europa y estrechar la cooperación de Francia con la OTAN) es la única unidad en suelo alemán con un estatuto de cooperación que no tiene su origen en la II Guerra Mundial» (15). Sin perjuicio de que ese estatuto no tenga todavía un carácter jurídico, lo cierto es que la presión alemana tiene que ir lógicamente en el sentido de crear unidades o grandes unidades, como el Eurocuerpo, cuyos estatutos estén regidos por una estricta igualdad o reciprocidad. O bien se concede a todos los soldados alemanes residentes en el Cuartel General del Eurocuerpo en Estrasburgo el mismo estatuto que los franceses tienen en Alemania en virtud del Acuerdo complementario, o bien ambos renuncian a sus privilegios para partir de cero y crear un nuevo estatuto. La cuestión, está lejos de ser resuelta, aunque, de momento, se ha solventado gracias a la aplicación del Accord de Procédure para los alemanes en Francia y del Acuerdo Complementario para los franceses en Alemania.

Este complejo sistema de reciprocidad franco alemán, se complica aún más cuando en él se introducen los restantes participantes en el Eurocuerpo. En ocasiones el resto de participantes se incorpora o en otras se excluye de la reciprocidad central franco alemana. Por ejemplo los militares españoles, destinados en el Cuartel General del Eurocuerpo en Estrasburgo, gozan por extensión de ciertos privilegios reconocidos a las fuerzas armadas alemanas en virtud del Accord de Procédure, como por ejemplo la exención del impuesto audiovisual o posibilidad de acceso a un economato sin impuestos. Otras veces, por ejemplo, en el caso de maniobras en territorio alemán, las fuerzas armadas españolas gozan de un estatuto menos favorable que el de los franceses o belgas, ya que España no es parte en el Acuerdo Complementario y está sometida a la reciente ley alemana Streitkräfteaufenthaltgesetz de 20 de julio de 1995, realizada con un criterio mucho más restrictivo.

En definitiva, en lo que respecta al principio de reciprocidad, puede observarse de un lado la imposibilidad de definir una reciprocidad a cinco, y de otro, la necesidad de un mismo punto de partida para todos que sólo puede lograrse con una necesaria desvinculación de los instrumentos jurídicos franco alemanes que tienen su origen en la II Guerra Mundial

(15) Andrés ORTEGA, *La razón de Europa*, Madrid, El País/Augilar, 1994, p. 206.

El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 no tenía entre sus objetivos el de abordar el tema de la defensa y seguridad. Por el contrario, su artículo 223 excluía del mercado común, el comercio de armas, municiones y material de guerra, o productos destinados a fines específicamente militares. Hay que esperar al Acta Única Europea, hecho el 17 de febrero de 1986, para tener los primeros y tímidos fundamentos jurídicos de una seguridad europea. El artículo 30.6.a) del Acta Única disponía que «Las Altas Partes Contratantes estiman que una cooperación más estrecha en las cuestiones de seguridad europea podrá contribuir de manera esencial al desarrollo de una identidad europea en materia de política exterior. Están dispuestas a coordinar más sus posiciones sobre los aspectos políticos y económicos de la seguridad». Sin perjuicio de recomendar la cooperación en el seno de la UEO y de la OTAN, el Acta Única Europea se limitaba a los aspectos políticos pero sobre todo económicos, orientándose a una «cooperación en materia adquisición y producción de armamentos y a la creación de un mercado único de armas» (16). El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich en 1992, en su artículo J.4, habla por primera vez de una «política de defensa común, que pudiera conducir en su momento a una defensa común». En el artículo J.4.2, se pide a la «Unión Europea Occidental que forma parte integrante del desarrollo de la Unión Europea que elabore y ponga en práctica las decisiones y acciones de la Unión que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa». Como comenta Barón «Se trata al mismo tiempo de una adopción y de una delegación en una organización cuya vida ha sido latente durante largo tiempo, y que en el TUE recibe el mandato de configurar la dimensión defensiva de la Unión» (17).

En el sistema creado por el Tratado de Maastrich, la política exterior y de seguridad común, está integrada en lo que se llama el pilar intergubernamental, o en otras palabras, queda excluida del pilar comunitario. Las competencias esenciales de la PESC, corresponden al Consejo que deberá decidir por unanimidad como regla general. El Consejo

(16) Esta interpretación la hace Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, *Las bases de la política exterior europea*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 137-138; también tiene interés el artículo de Luis I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «La política exterior y de seguridad común en el Tratado de la Unión europea», en *Gaceta jurídica de la CE*, núm. 115.

(17) Enrique BARÓN, *Europa en el alba del milenio*, Madrid, Acento, 1994, p. 42.

debe definir «los principios y orientaciones generales de la política exterior y de seguridad común» (art. J.8.1) y también tomar «las decisiones necesarias para definir y ejecutar la política exterior y de seguridad común» (J.8.2). Los gobiernos europeos con este sistema siguen conservando lo esencial de sus competencias y siguen dirigiendo sus respectivas políticas nacionales en el ámbito de la seguridad. Según dispone expresamente el art. J.2.1, los Estados tienen el deber de informarse y concertarse sobre cualquier cuestión de política exterior o de seguridad que revista un interés general, a fin de garantizar que su influencia combinada se ejerza del modo más eficaz. El Consejo puede, en este sentido, decidir acciones comunes que deben ser seguidas por los gobiernos en sus políticas nacionales. Pero esto no impide que las decisiones en esta materia se sigan tomando aisladamente. Por ejemplo, la decisión política francesa y poco después española, adoptada en 1996, de crear un ejército profesional, demuestran que, pese a todas las declaraciones, el sistema intergubernamental y de la unanimidad, no permite grandes avances.

Las anteriores consideraciones nos permiten abordar con mayor precisión el problema del estatuto del personal militar del Eurocuerpo. La política de seguridad común parece tener menos dificultades cuando trata de referirse a cuestiones económicas y de cooperación en materia de adquisición y producción de armamentos (como ya hemos visto a propósito del Acta Única), que cuando se refiere a temas de personal. La realidad —dice Llobet Batllori— es que los Ministerios de Defensa de los países europeos más inversores en la defensa tienen estructuras de planificación y obtención de armamento similares que les permiten dialogar entre ellos (18). Por el contrario, un posible estatuto del militar europeo parece aún más difícil de realizar. En cualquier caso, se trata de una cuestión que también pertenece al ámbito de la PESC y que, por lo tanto, queda excluida del pilar comunitario. El estatuto de una ciudadanía europea que está ciertamente en ciernes, pero que ya comienza a esbozarse en el artículo 8 del Tratado de Maastrich, no es directamente aplicable a los militares en cuanto tales. Del mismo modo que en sus respectivos sistemas constitucionales los militares tienen un estatuto especial, más restrictivo, con respecto al resto de los ciudadanos, así también sucede en el ámbito europeo. Incluso un sistema constitucional

(18) A. LLOBET BATLLORI, «Estructura del mercado europeo de la defensa», en *Cuadernos de Estrategia*, núm. 67, 1994, p. 88.

como el alemán, muy abierto con respecto a los derechos de los militares, establece también sus restricciones. El artículo 6 del estatuto de los soldados (Soldatengesetz) de 19 de agosto de 1971 modificada por ley de 16 de enero de 1991, aplicable a todos los militares profesionales, dispone que el soldado tiene las mismas libertades públicas que cualquier otro ciudadano con las limitaciones impuestas por las exigencias del servicio. En consecuencia, los militares alemanes tienen el derecho de constituir asociaciones profesionales, de asociarse en sindicatos, tiene la obligación legal de defender el orden democrático (art. 8), pero mientras están en servicio «no pueden manifestarse a favor o en contra de una determinada dirección política» (art. 15). Las restricciones impuestas por la Ley relativa al Estatuto de los militares en Francia de 13 de julio de 1972, modificada por Ley 75-1000 de 30 de octubre de 1975, así como las que preveen las Reales Ordenanzas españolas aprobadas por Ley 85/78 de 28 de diciembre, son aún mayores.

En consecuencia, puede afirmarse que al militar en cuanto tal, es decir en cuanto se encuentra en servicio, en uniforme, y más aún en el seno de una unidad multinacional aunque sea europea, no le son de aplicación directa el conjunto de directivas y disposiciones comunitarias las cuales, por otra parte, contienen a veces la expresa exclusión de su aplicación a los militares. El principio de especialidad que exige la condición de militar tiene que aplicarse caso por caso a las disposiciones de derecho comunitario. Por ejemplo, está fuera de duda que un militar, aunque resida fuera de su país en otro país europeo, no puede gozar del derecho de sufragio pasivo previsto en el artículo 8.B del Tratado de Maastrich. Sin embargo, es evidente que fuera del servicio, ese militar goza de los derechos y obligaciones reconocidos por el derecho comunitario, por ejemplo sumisión a las correspondientes directivas en materia de permiso de armas privadas, de libre circulación de personas, etc.

No obstante, en lo que se refiere al personal civil contratado por las Fuerzas Armadas, o a las familias del personal militar, no cabe duda de que les son de plena aplicación las directivas y reglamentos comunitarios. Por ejemplo, el personal civil contratado por las Fuerzas Armadas está sometido al Reglamento CEE 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de la seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la comunidad. También es difícil que a este mismo personal se le pueda negar los derechos reconocidos en el artículo 8 del Tratado de Maastrich.

Especial dificultad plantea el estatuto fiscal. Si se pretendiera que los militares pertenecientes al Eurocuerpo, residentes en otro país que el suyo, se sometiesen al régimen general de cualquier ciudadano comunitario, habría que aplicar los respectivos tratados para evitar la doble imposición. Por ejemplo, en lo que respecta a los militares españoles residentes en Francia, sería de aplicación el Convenio entre España y Francia para evitar la doble imposición en materia de impuesto sobre la renta y el patrimonio, hecho en Madrid el 27 de junio de 1973. El ámbito personal de aplicación del Convenio se refiere a las «personas residentes de uno o ambos Estados contratantes» (art. 1). Por su parte, el artículo 4 de dicho Convenio establece que el domicilio fiscal viene determinado por la residencia o, en su caso, por el establecimiento permanente. Aunque este criterio no es probable que se aplique a los militares destinados en el Cuartel General del Eurocuerpo en Estrasburgo, sí parece existir una tendencia general a eliminar de su estatuto fiscal definitivo una buena parte de los privilegios contenidos en la Convención de Londres a la que hoy están acogidos provisionalmente. Los estatutos fiscales privilegiados existentes en Europa, sólo pueden tener como fundamento la pertenencia a una organización internacional. Según una resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1969 (19), los principios que justifican el otorgamiento de privilegios e inmunidades a las organizaciones internacionales y a su personal son: necesidad de salvaguardar la independencia de la organización, las necesidades funcionales de la organización, la igualdad de los Estados miembros de la organización, los precedentes, la reciprocidad y el prestigio. Desde el punto de vista del Derecho comunitario, la Directiva 90/237/CEE, modificada por la Directiva del Consejo 91/680/CEE sobre el IVA, dispone en su art. 15.10 que están exoneradas de IVA las entregas destinadas a las fuerzas de los Estados parte en la OTAN y las «destinadas a organismos internacionales reconocidos como tales por las autoridades públicas del país receptor, así como a los miembros de dichos organismos, en los límites y condiciones fijados por las convenciones internacionales que instituyan estos organismos o por acuerdos de sede». Encontramos de nuevo aquí la justificación del privilegio en el carácter de organismo u organización internacional. Se vuelve a plantear, desde otro án-

(19) *Privilèges et Immunités des Organisations Internationales, Resolution (69) 29 Adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 26 septembre 1969 et Rapport explicatif.* Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1970.

gulo, la cuestión de la naturaleza jurídica del Eurocuerpo. Aparte de las razones expuestas más arriba, parece que la tendencia de los países participantes, es la de no otorgar el carácter de organismo internacional al Eurocuerpo a los efectos del citado artículo 15.10. No obstante, parece también igualmente acreditada la tendencia a conceder ciertos privilegios fiscales tanto al Cuartel General del Eurocuerpo como al personal en él destinado. El fundamento para ese otorgamiento estaría en algunas de las razones ya enunciadas en su día por el Consejo de Europa, en especial, los precedentes ya existentes en la materia de estatuto de tropas multinacionales, y en concreto los contenidos en la Convención de Londres de 1951 y en el Protocolo sobre cuarteles generales internacionales de la OTAN firmado en París el 28 de agosto de 1952. El futuro estatuto jurídico del Eurocuerpo no podrá separarse demasiado de aquellos textos, pues en el caso de hacerlo podría ponerse en entredicho la misma idea de su interoperabilidad con otras organizaciones de defensa.

PERSPECTIVAS

Hemos visto a lo largo de estas páginas cómo la redacción de un estatuto jurídico del Eurocuerpo está vinculada a una decisión política. La actividad del jurista no puede en ningún caso, pero sobre todo en el marco de la defensa y seguridad, prescindir de las directrices políticas. El Tratado de la Comunidad Europea de Defensa, llegó a ser un texto jurídico definitivo ratificado por los parlamentos de tres Estados, y fallido por la falta de voluntad política de Francia. Hoy por hoy el estatuto del Eurocuerpo no puede siquiera presentarse como un proyecto de texto, y aún queda bastante camino que recorrer hasta su ratificación por todos los países participantes, pero su conclusión, dados sus objetivos mucho más modestos, parece más probable. Las innovaciones jurídicas o institucionales son inútiles si no disponen de un apoyo político suficiente. Como dice Lellouche refiriéndose a la política de defensa europea: «Las instituciones sólo son medios al servicio de una política —de una ambición— y no a la inversa. En este espíritu la definición de un cuadro institucional debe ante todo servir para facilitar la constitución, y después la expresión, de una voluntad política común: en esto los mecanismos institucionales (tanto en la OTAN como en la Unión Europea) son útiles; igualmente dicho mar-

co debe servir para facilitar la constitución y empleo de medios militares adaptados» (20).

El Eurocuerpo, tiene que ser entendido como uno de esos medios militares adaptados a la nueva arquitectura europea de defensa, políticamente apoyado, pero también creador él mismo de voluntad política. Por lo tanto su adaptabilidad normativa a las principales organizaciones y unidades multinacionales con competencias en el ámbito de la defensa, debe ser uno de las principales principios que rijan su estatuto. En este sentido hay que recordar que entre los países participantes en el Eurocuerpo se han suscrito un acuerdo específico y una declaración común que regulan las condiciones de empleo del Eurocuerpo en el marco de la OTAN y de la UEO, y que bajo la dirección de esta última se han celebrado, en el mes de diciembre de 1996, las maniobras CRISEX 96 sobre un supuesto de operación de mantenimiento de paz. Además de la OTAN (aquí habría que citar también al GEIP y al Eurogrupo) y la UEO, hay que contar con la OSCE y con otras unidades multinacionales que van poblando la geografía europea como Eurofor, o unidades bilaterales como el Cuerpo de ejército germano-neerlandés en Münster, o la propia brigada franco alemana en Baden Baden, aparte de las Fuerzas de Reacción rápida de la OTAN (AMF, MND y ARRC). En resumen, se podría decir con Fernández Liesa que «la organización actual de la seguridad europea se caracteriza por la fragmentación institucional y normativa, así como por la compatibilidad de los sistemas de seguridad colectiva y de las alianzas militares en las que participan círculos de Estados con divergentes obligaciones internacionales» (21). De lo que se trata para un jurista que colabora en la redacción de estatutos y acuerdos de estas nacientes unidades multinacionales, es la de intentar que esa fragmentación normativa no se convierta en caos incontrolable, sino que se reconduzca hacia la coordinación y la interoperabilidad.

Por último, hay que subrayar el hecho de que el Eurocuerpo, y el resto de las unidades multinacionales europeas, deben ser aprovechadas como un instrumento para la cooperación jurídica y los estudios de derecho militar comparado, que deben influir, sin duda, en la voluntad política, ya expresada en el Tratado de Maastrich, de llegar a la meta de una defensa común.

(20) P. LELLOUCHE, *Légitime Défense. Vers une Europe en sécurité au xxi siècle*, paris, Patrick Banon, 1996, p. 221.

(21) Vid. FERNÁNDEZ LIESA, *op. cit. nota 16*, p. 139.

OBSERVACIONES DE UN JUEZ TOGADO TRAS OCHO AÑOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA NUEVA JURISDICCIÓN MILITAR

Por Arturo Hernández Muntiel
Teniente Coronel Auditor
Juez Togado Militar

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL GRADO DE CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL ÁMBITO CASTRENSE.—III. LA EXCLUSIVIDAD DE LOS COMPONENTES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES MILITARES.

I. INTRODUCCIÓN

En el Estudio Preliminar que a modo de prólogo presentaba la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888 y entre otras cosas, se decía: «Por otra parte, la sutilidad de las inteligencias educadas en el análisis minucioso de las ideas y de los hechos a que acostumbran las especulaciones filosóficas en general y las especulaciones jurídicas en particular, puede crear espíritus que, por localizar sus observaciones en la esfera teórica, se hallan expuestos a medir con error el grado de importancia que los hechos tienen relativamente a la realidad; y a fin de que todas las determinaciones delictivas se encuentren desde este punto de vista mediatizadas, es decir, colocadas dentro del medio en que deben encontrar su sanción, llama la Ley a los jueces de hecho, a los que viven más en contacto con la realidad y con la vida exterior, por considerar que no sólo han podido observar mayor número de momentos en la génesis del delito, sino que, además, han contemplado en la práctica los verdaderos efectos de la perturbación causada por la acción u omisión voluntarias penadas por las leyes».

Traigo a colación al principio de estas notas dicho fragmento con el único propósito de aclarar desde ahora que como se indica en el título

de las mismas, estas observaciones que a continuación apuntaré de manera breve y hasta telegráfica en ocasiones sobre cuestiones que simplemente citaré, son solo eso, observaciones, aunque bien es cierto que todas ellas contrastadas con la realidad vivida día a día como Juez togado Militar desde el primero de mayo del año 1988, fecha que como de todos es sabido se puede tomar como la del comienzo de la andadura de la llamada nueva jurisdicción militar, precisamente por ser la que determinó la entrada en funcionamiento de los nuevos órganos judiciales militares creados por la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar 4/1987, de 15 de julio (en lo sucesivo LOCOJM), aunque aún faltara en ese momento una también nueva Ley Orgánica Procesal Militar para así completar junto con el Código Penal Militar y la Ley de Planta, toda la reforma de esta Jurisdicción.

Así pues lo que a continuación se recoge son reflexiones que traen su causa de la experiencia acumulada y realidades vividas, hechas por el titular de un órgano judicial militar instructor después de ocho años cumplidos de ejercer tal función, efectuadas bajo el espíritu de la sana crítica y que creo pueden servir de complemento, siquiera fuese como letra pequeña, de los que ya se podrían calificar como abundantes y ciertamente profundos estudios doctrinales que respecto a los aspectos sustantivos y procesales se llevan realizados sobre estas nuevas leyes jurisdiccionales militares.

II. EL GRADO DE CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR EN EL ÁMBITO CASTRENSE

Como acabo de indicar el 1 de mayo de 1988, con la entrada en vigor de la LOCOJM se produce el comienzo de un nuevo sistema judicial en el ámbito militar que, dentro del mandato constitucional del artículo 117-5.º de la CE iba a suponer y ha supuesto un cambio radical de la Jurisdicción castrense, hasta el punto que tras ocho años de vigencia, aún podemos decir, al menos esa es mi experiencia personal como Juez Togado Militar, que aún se ignora por muchos y se conoce poco por casi todos los que no están implicados de alguna forma, sea como colaboradores o destinatarios, en la administración de la Justicia Militar.

En este terreno habría que distinguir inicialmente dos áreas. El área del mundo del Derecho, constituido por los Jueces y Magistrados de la Jurisdicción ordinaria común, Abogados ejercientes y demás juristas por

un lado, y el área de los que como militares son los más habitualmente afectados o destinatarios por esta Administración de la justicia militar.

En relación con estos dos grandes sectores, la difusión cada vez mayor de trabajos, artículos y escritos en general relacionados con la Jurisdicción Militar, que aparecen fundamentalmente en revistas jurídicas especializadas, así como las conferencias y Jornadas propiciadas por los Colegios de Abogados u otros foros jurídicos sobre esta jurisdicción, entre las que hay que destacar las organizadas bajo los auspicios del Consejo General del Poder Judicial, ha producido el hecho, junto a la propia formación jurídica de los que componen el mundo de la aplicación y estudio del Derecho, que el área a la que nos hemos referido anteriormente en ese sector que podríamos llamar jurídico, en general, haya asimilado y conozca los pormenores del funcionamiento de esta Jurisdicción mucho más profunda y naturalmente que el otro sector formado por lo que podríamos llamar el ámbito militar en sí mismo. Ello hasta el punto de que estoy en disposición de afirmar que quien actualmente desconoce por falta de información, en la mayoría de los casos, con más frecuencia a la Jurisdicción Militar, no es el mundo jurídico civil, sino el estrictamente militar.

Efectivamente parece existir la sensación, de que el Mando Militar no ha sido aún en muchos casos, ilustrado sobre lo que es la Jurisdicción Militar, su funcionamiento y sus misiones, así como la nueva orgánica de la misma.

Naturalmente esto hay que decirlo, con todas las reservas y excepciones que efectivamente las hay al respecto, lo cual no desdice la idea expresada de que se aprecia una falta de información al Mando. Parece que siempre ha habido una preocupación de la ilustración «ad extra» y creo que se ha olvidado la información «ad intra» de lo que es y sobre todo de cómo se puede y debe utilizarse a los órganos de la Jurisdicción castrense nacidos fundamentalmente de la LOCOJM.

La desaparición del poder judicial en el Mando, ha podido producir el olvido del conjunto de normas de carácter judicial penal por parte de éste, al tiempo que una casi exclusividad de conocimiento por lo disciplinario como potestad exclusiva de dicho Mando que como natural inclinación puede tender a circunscribir las conductas ilícitas producidas, a este ámbito disciplinario, contemplando como única posibilidad la graduación disciplinaria como leve o grave de la infracción cometida.

En este orden de cosas el abuso del conducto reglamentario para poner en conocimiento de los superiores hechos que desde un princi-

pio tienen la apariencia delictiva, provoca al menos y en el mejor de los casos un retraso, en ocasiones sorprendente, de la posibilidad de conocer los hechos por los órganos judiciales militares de instrucción. Es por ello frecuentemente desconocida por los Jefes de Unidad la conveniencia de remitir directamente al Juez Togado de instrucción correspondiente la noticia de los hechos (arts. 130-2.º y 134 ambos de la Ley Orgánica Procesal Militar), sin perjuicio de al mismo tiempo dar cuenta por el conducto reglamentario. Y no sólo eso, sino que cuando llega finalmente a conocimiento del Juez Togado dichos hechos, no es inhabitual que éstos aparezcan recogidos en un escueto parte, absolutamente incompleto y que provoca la necesidad de la práctica de una serie de diligencias previas, en el pertinente procedimiento del mismo nombre, para poder conocer efectivamente la naturaleza de lo que se da cuenta.

En este mismo orden de cosas el art. 115 de la LOCOJM abunda sobre esta obligación de poner en conocimiento del Juez Togado Militar competente por parte de los Mandos «tan pronto como tengan conocimiento de la comisión de un delito de la competencia de la jurisdicción militar, perpetrado por quien les esté subordinado o cometido en el lugar o demarcación de sus atribuciones», añadiendo que dicha comunicación se hará por «el medio más rápido posible». Sin embargo a pesar de la aparente claridad del precepto, entiendo que hubiera sido más clarificadora la redacción del mismo, si en lugar de decir «tan pronto como tengan conocimiento de la comisión de un delito...», se dijera «tan pronto como tengan conocimiento de la comisión de un hecho susceptible de ser investigado judicialmente», ya que es muy frecuente que en un principio existan dudas sobre la posible naturaleza delictiva o no de tales hechos, lo cual debe ser esclarecido y determinado, en todo caso, por el Juez Togado Militar, siendo sin embargo muy habitual que no «viendo» en los hechos delito alguno, el Mando Militar correspondiente no vea tampoco la necesidad de cumplimentar el citado artículo (en el supuesto de que le sea conocido), convirtiéndose así en el que decide sobre la naturaleza de esos hechos, los que constreñirá en la mayoría de los casos al ámbito disciplinario llevado por la natural vis atractiva de la potestad que le es propia como es la disciplinaria.

Este desconocimiento se aumenta con la dificultad que en ocasiones entraña, dentro del ámbito castrense, el entendimiento de unos órganos que no participan de cadena de Mando alguna, ni de conducto reglamentario en el ejercicio de sus funciones. Ello produce una confusión que

parte de la que puede existir entre los conceptos de Mando Militar y de Autoridad Militar.

En este sentido los componentes de los Tribunales Militares y Jueces Togados Militares, siendo Autoridades Militares como se reconoce por Ley (art. 68 de la LOCOJM), no son ni podrían serlo al mismo tiempo Mandos militares, ya que la ostentación del carácter de Mando sería absolutamente incompatible con el ejercicio jurisdiccional y atacaría asimismo no sólo la nota de exclusividad, vulnerando así el segundo párrafo del artículo 119 de la LOCOJM, sino todo el espíritu que preside la reforma operada en esta jurisdicción concretado en la clara y tajante separación entre el Mando y la Jurisdicción.

La carencia de directrices para el Mando que aclaren este extremo también es palpable ante la confusión con que en ocasiones son conceptuados por los Mandos Militares del territorio de la demarcación de su competencia, los componentes de los órganos judiciales militares, especialmente, por razón de la más intensa relación que conlleva la instrucción, con los Jueces Togados, los que pasan a ser catalogados como Jefes de Unidad, Centro y Organismo (UCO) sometidos a las mismas directrices de funcionamiento que el resto de dichos Jefes Militares, lo que conlleva en ocasiones un pretendido cumplimiento de funciones absolutamente ajenas, cuando no como ya se ha dicho incompatibles, con el funcionamiento de la oficina judicial, conculcando así de nuevo el ya citado art. 119 pf. 2.º de la LOCOJM. Hasta incluso la ausencia en las normas protocolarias militares existentes, tan trascendentes en la vida castrense, de la contemplación de los titulares de los órganos judiciales militares, favorece esta falta de conocimiento y comprensión concretada a veces en el simple olvido y por ende ausencia de los mismos en los tradicionales actos de celebración de solemnidades militares.

La relación de los Jueces Togados, en el ejercicio de sus funciones, con los Mandos militares Superiores o de empleo superior a aquellos, no queda por otra parte orillada porque el enjuiciamiento competencial de los militares de empleo de Comandante o Capitán de Corbeta y superiores, esté a cargo de los Juzgados Togados Centrales, ya que en la instrucción de procedimientos, aunque el implicado en ellos no alcance dichas categorías, es necesario y frecuentísimo tener que recabar informes, documentación y declaraciones a quienes como testigos o colaboradores de la Justicia, ostentan la condición de Mandos militares superiores por empleo o cargo, lo que en ocasiones debido a la falta de información por parte de estos y a pesar de la prudencia con que debe guiarse en todo

momento el Juez Togado, no hace fácil en ocasiones la perfecta comprensión de esa obligada colaboración, y el sentido del carácter judicial de la función que desempeña dicho Juez Todado y su posibilidad de requerimiento de esa colaboración previsto en el párrafo 2.º del artículo 7 de la LOCOJM, así como la consideración de acto de servicio preferente en relación con la intervención de los militares en la administración de la Justicia Militar (art. 11 LOCOJM).

La compatibilización de la función judicial con el empleo militar ostentado, que en todo caso lleva a una prevalencia de la primera, no deja de dificultar en ocasiones la comprensión del Mando no ilustrado al respecto y que sea de superior empleo militar al del titular del órgano judicial. No cabe aquí el fácil recurso a la comparación con los ejemplos del Capitán de barco o de aeronave para justificar su indiscutible autoridad a bordo sobre cualquier otra Autoridad o Mando Superior, puesto que nada tiene que ver el ejercicio de una función de carácter técnico limitada en el tiempo a la duración de ese cometido durante una travesía, con el ejercicio de una función que encarna el poder judicial que es uno de los tres poderes del Estado y cuya titularidad se ostenta con carácter permanente sin limitaciones de tiempo ni lugar ni circunscrito a la realización de un cometido concreto.

Esta situación conlleva una serie de cuestiones adheridas a la misma que pueden dificultar la labor del Juez Togado necesitado del apoyo material de ese mismo Mando Militar que lo desconoce, tales como las en ocasiones dificultades burocráticas para la utilización de la Policía Militar, lo que unido a la falta de profesionalidad de la mayoría de sus componentes, perjudica la agilidad de su auxilio; la carencia de vehículos apropiados para el transporte de preventivos que impide su utilización por razones de prudencia en traslados que supongan ir más allá de la propia localidad o cantones próximos; la inexistencia de locales apropiados para internar a los presos preventivos junto con la falta de personal instruido para encomendarles la vigilancia o custodia de dichos presos, además de la falta de normas que permitan a los Mandos de dichos acuartelamientos conocer el régimen que se les debe aplicar a dichos presos, teniendo en cuenta la carencia de personal apropiado y de locales minimamente dotados para esta finalidad.

Asimismo y dicho sea de paso, por el Juez Togado instructor se echa en falta, una regulación que contemple expresamente a los órganos judiciales militares en relación con la utilización de los Médicos forenses o los medios de transporte para los traslados de cadáveres, y se padece la

carencia de medios oficiales asignados de manera permanente el Juzgado Togado hasta para el traslado urgente en un momento dado de la comisión judicial al lugar de los hechos donde se pueda requerir su presencia. En este sentido no hay prevención especial alguna sobre la asignación permanente de un vehículo de servicio a los Juzgados Togados y la posibilidad de petición del mismo, en ocasiones encuentra como respuesta la no disponibilidad en ese momento de ninguno o la recomendación de que se anticipe esa necesidad con cierta antelación, lo cual es absolutamente incompatible con la función de un Juez Togado Militar instructor. Dentro de esta carencia de soportes materiales incluso, no quisiera dejar de indicar, la conveniencia, y esto en relación a la actuación de los órganos judiciales militares ante cualquier Autoridad administrativa u organismo civil o militar, de poder contar con una documentación que acredite la condición judicial del Juez o del Secretario Relator, puesto que su carencia puede en ocasiones producir situaciones incómodas ante quien no le convence el mero testimonio personal para acreditar que se es órgano judicial en el ejercicio de sus funciones y en situaciones en las que ello puede ser necesario.

III. LA EXCLUSIVIDAD DE LOS COMPONENTES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES MILITARES

Hasta aquí podríamos deducir dos conclusiones. La primera, que el Mando Militar necesita más información sobre la Jurisdicción Militar y su funcionamiento y la segunda que existe una cierta carencia de medios materiales indispensables para poder llevar con mayor agilidad la Administración de la Justicia Militar, en lo que al menos supone la labor instructora.

Pero como tercera cuestión a tratar, la Jurisdicción Militar, al mismo tiempo y volviendo a las cuestiones propias de su naturaleza, es una Jurisdicción abierta. Es decir, el camino recorrido hasta ahora con ser muy importante, no es un camino cerrado ni está agotado.

En este sentido, quisiera aquí incidir en una de las notas que caracteriza el poder judicial y que en mi opinión tengo mis reservas sobre su existencia en este ámbito jurisdiccional. Me estoy refiriendo a la nota de exclusividad.

La exclusividad entendida como la doble garantía de que la función del ejercicio jurisdiccional corresponde exclusivamente a los órganos

judiciales determinados por las leyes (art. 117, núm. 3 de la CE y art. 2 de la LOCOJM) por un lado, y por el otro la de que los órganos judiciales no ejercerán más funciones que la referida jurisdiccional en el ámbito de su competencia, así como las que expresamente les sean atribuidas por ley (art. 117, núm. 4 y art. 119 párrafo segundo de la LOCOJM).

Esta segunda vertiente, o dimensión negativa de este principio como la denomina J. Jiménez Villarejo (1), de la no participación en otras funciones distintas de las judiciales, no sólo es una característica del presente (lo cual a veces ya resulta delicado en el ámbito judicial militar por el doble carácter militar y judicial de sus miembros tal como se ha indicado), sino que fundamentalmente se proyecta hacia el futuro, es decir, a la garantía de que quien hoy ejerce funciones judiciales, seguirá ejerciéndolas en todo caso en el futuro mientras permanezca en situación de actividad.

Y esto quíerese o no, es un flanco descubierto en nuestra Jurisdicción, que no soporta una crítica razonada y seria, y por tanto es un flanco que hay que corregir dentro de ese camino abierto que en consonancia con lo analizado hasta aquí nos permite el artículo 117-5.º de la CE.

Esa proyección hacia el futuro antes mencionada del carácter de exclusividad obligaría como una posible solución a la separación en dos ramas del Cuerpo Jurídico Militar, la asesora y la judicial, vieja cuestión ésta, al menos planteada en más de una ocasión pero que en la actualidad se presenta como insoslayable a los efectos que aquí comentamos. Y esto es así al margen de sentimientos personales o añoranzas del pasado. Si queremos una Administración Judicial que en desarrollo del artículo 117-5.º de la CE sea homologable en un todo y sin reticencias a la que constituye el resto de los órganos judiciales comunes encuadrados dentro del poder judicial, es preciso tal separación en esa duplicidad futura de funciones que suponga que esa exclusividad no sea sólo consecuencia de un destino actual sino de cualquier destino futuro, lo cual además aseguraría una mayor y necesaria especialización y experiencia en cualquiera de ellas.

(1) «Comentario a las leyes procesales militares» (Tomo I), p. 80. J. JIMÉNEZ VILLAREJO: «Este otro aspecto del principio de exclusividad no carece ni mucho menos de importancia, porque el mismo no sólo está directamente conectado con el principio de unidad jurisdiccional, sino también con el de independencia. La independencia de los tribunales de justicia —cabe decir— tanto se garantiza excluyendo a cualquier otra autoridad de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como imponiéndoles el deber de no ejercer más función que las que son propias y definitorias de lo judicial».

En el actual mundo del Derecho, resulta obsoleta esa falta de especialización, al menos en lo que se refiere a cometidos tan dispares como lo pueden ser el judicial y el asesor. No se duda de la capacidad profesional de poder asumir destinos de ambas clases, sino que se trata de impedir cualquier brecha por donde se filtre la duda o la crítica ante una apariencia contraria a los principios básicos que deben adornar a los componentes de los órganos judiciales. Ya sabemos que la nota de imparcialidad e independencia está impresa en la propia personalidad del titular de las funciones judiciales, pero también sabemos que las garantías con que la Ley dota a quien ejerce funciones judiciales lo son para que no pueda apreciarse por los justiciables ninguna sombra de sospecha sobre la independencia judicial por un lado, así como para proteger al propio Juez de agresiones a su independencia por otro.

Insisto en que el artículo 117-5.º de la CE permite esa inicial separación y otras posibilidades de desarrollo de la Jurisdicción Militar no sólo en cuanto a lo dicho, sino también en lo sustantivo y en lo procesal. Se trata en definitiva de ir avanzando hasta que la Jurisdicción Militar pase de ser una Jurisdicción ordinariamente especial a un orden jurisdiccional verdaderamente ordinario aunque no común.

En este sentido, son singularmente destacables dos espléndidos y completísimos trabajos del profesor Canosa Usera (2), en donde en el primero de los trabajos anotados, se recoge textualmente lo siguiente: «Muy débilmente se asegura la inamovilidad de los Jueces militares, toda vez que sus ascensos llevan aparejados cambios de destino, y lo que es más importante, pueden acarrear pérdida de condición de Juez y paso a tareas de asesoramiento. Los «inocentes ascensos» podría utilizarlos el Ministerio de Defensa para desplazar a Jueces incómodos, poco afectos a la autoridad del Ministerio. Nada garantiza que un Juez militar lo siga siendo hasta su retiro, debido a la duplicidad de funciones que caracteriza al cuerpo jurídico militar. Lo anterior constituye excepción importantísima al principio de exclusividad, que impone, por un lado, que los órganos juzgadores se dediquen sólo a juzgar y, por otro, que sus miembros se ocupen en exclusiva de la función jurisdiccional. De considerar cumplido el principio de exclusividad en el plano puramente orgánico, lo privaríamos de su papel esencial como refuerzo de la independencia judicial. De nada sirve la exclusividad de los órganos

(2) CANOSA USERA: «Configuración constitucional de la jurisdicción militar», *Revista Poder judicial*, Junio 1994, núm. 34, p. 30; y CANOSA USERA: «A propósito de la independencia del juez militar», *Revista Poder Judicial*, núm. 37.

si sus miembros pueden, por un ascenso, ser despojados de su condición de Jueces».

En otro lugar de ese mismo trabajo (3) se dice: «También apuntamos páginas atrás que, si bien los Tribunales militares son permanentes, no lo es la dedicación de los miembros del cuerpo jurídico militar a la tarea juzgadora. la duplicidad de funciones de los componentes de ese cuerpo constituye, quizás, el punto más débil de la jurisdicción militar. Dicha duplicidad permite que los cambios de destino lleven aparejadas funciones de asesoramiento, es decir labor predominantemente burocrática al servicio del mando o del mismo Ministerio de Defensa». Por último al finalizar dicho artículo se indica que: «Las puertas están abiertas a una nueva reforma que resuelva las contradicciones y palie los defectos de la legislación vigente. Convendría avanzar decididamente hacia una justicia militar sin claudicaciones, integrada de veras en el Poder Judicial, aún con ciertas especialidades ineludibles, y si dicha integración se retrasa, desdóblese el cuerpo jurídico militar creando dos ramas: una dedicada a tareas de asesoramiento y otra encargada, exclusivamente, de juzgar».

En el segundo de los artículos citados (4) del referido profesor y a propósito del comentario de la STC 204/1994 de 11 de julio, el referido profesor Canosa Usera dice: «La sujeción del juez militar al Ministerio de Defensa, como militar, y la puerta abierta al desplazamiento del Juez a tareas de asesoramiento pone en manos del Poder Ejecutivo los medios para eliminar del número de jueces militares a quienes se desee. Basta que, de conformidad a esa duplicidad funcional que la ley encomienda a ese único cuerpo de funcionarios, los jueces incómodos o desafectos al mando sean ascendidos a puestos de asesoramiento. No digo que eso suceda, sin duda no es habitual, pero la mera posibilidad es objetivamente una amenaza a la independencia del juez togado.

Además, tal duplicidad funcional del cuerpo jurídico de la defensa contradice el principio de exclusividad; ésta no debe entenderse como mera exclusividad de los órganos. En efecto, los órganos jurisdiccionales militares se ocupan únicamente de juzgar. La exclusividad, cabalmente entendida, se predica también de los titulares, como sucede con la independencia que no es tanto independencia del órgano cuanto que independencia del Juez. Resultaría chocante que los jueces ordinarios pudieran desempeñar, mediante cambios de destino, tareas que, aun

(3) CANOSA USERA: *ob. cit.*, «Configuración...», p. 33.

(4) *Ob. cit.*, «A propósito de...», CANOSA USERA, pp. 350 y 351.

siendo jurídicas, fueran distintas de las de juzgar: sería chocante y contrario a la Constitución. Imaginemos por un instante el absurdo de un cuerpo jurídico del Estado único, cuyos miembros pasan alternativamente, según los destinos, de juzgar a actuar como abogados del Estado. Algo muy parecido ocurre con el cuerpo jurídico militar».

Para finalizar este segundo trabajo el referido profesor concluye: «Sugería en mi artículo que, si no se acometía la plena integración de la jurisdicción castrense en el Poder judicial, se desdoblara el cuerpo jurídico militar en dos grupos de profesionales separados, unos para asesorar al mando y los otros exclusivamente, es decir, durante toda su carrera profesional, encargados de juzgar. De esta suerte aumentaría considerablemente la independencia objetiva del juez togado y se daría mejor cumplimiento al principio de exclusividad. El mantenimiento de la actual situación de duplicidad funcional, ni se justifica en las altas misiones que la CE encomienda a las FFAA ni es exigencia de la cohesión y disciplina que deben imperar en los Ejércitos».

El destacar la opinión del reseñado profesor lo es porque me parece que su artículo citado titulado la «Configuración constitucional de la jurisdicción militar», es de lo más completo y mejor sistematizado de los que se han escrito al respecto, pero en ningún caso esa opinión es aislada, sino que con gran diversidad de matices se recoge de una u otra forma por una buena parte de los autores que hasta ahora se han ocupado de la reforma operada en esta jurisdicción militar, si bien es cierto que en algunos casos centrandó la cuestión en un problema de inamovilidad, cuando en realidad pienso que se trata de la exclusividad la que en realidad se ve afectada en este sistema jurisdiccional militar como ya he expresado anteriormente, siendo el problema de la inamovilidad judicial en todo caso una consecuencia derivada de la causa principal que sería la de ausencia de dicha exclusividad.

Así pues, Ramírez Sineiro (5), dice: «Resulta pues problemático postular la independencia de los órganos judiciales militares cuando su propia estructura orgánica plasma un peculiar diseño jurisdiccional en el que no sólo se puede prestar con sus integrantes a lo largo de su trayectoria profesional indistintas funciones judiciales o de parte —en la Fiscalía Jurídico-Militar o en las correspondientes Asesorías Jurídicas—,

(5) RAMÍREZ SINEIRO: «La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar: Consideración acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992. Con ocasión de las primeras jornadas.

sino que, además, la nautral progresión en aquélla e inclusive la asignación de una u otra función después de haber empezado a ostentar cometidos jurisdiccionales depende de la discrecional voluntad de las superiores instancias de la Administración». En ese mismo artículo el mismo autor cita a Jiménez Villarejo recogiendo lo siguiente, «a pesar de que aquí se consagra formalmente el principio de inamovilidad —escribía recientemente Jiménez Villarejo al referirse al art. 8 de la LO núm. 4/87, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar hay que reconocer que en este punto el estatuto jurídico de los jueces militares no está rodeado de las mismas garantías que el de los jueces y magistrados de la Jurisdicción Ordinaria» (6). Finalmente entre las conclusiones en el artículo citado de Ramírez Sineiro también se dice: «sin perjuicio de mejores y diferentes opciones (entre las que se cita en sentido parecido la de Millán Garrido) (7) existe una solución práctica e inmediata para la crítica situación actual: la partición en escalas, respectivamente relativas a la titularidad de la función jurisdiccional —en la que podría englobarse como peldaños iniciales el cometido de secretaría-relatoría, de fiscalía y de asesoría jurídica de los miembros del actualmente denominado Cuerpo Jurídico Militar».

También en este sentido Higuera Guimerá considera «muy necesaria la especialización de los componentes del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, debiéndose distinguir las funciones de asesoramiento administrativo de las jurisdiccionales» (8).

Finalmente este necesario e indispensable aseguramiento de la garantía de la exclusividad en los titulares de los órganos judiciales militares serviría para evitar los problemas que se mantienen relativos a la coexistencia de los dos tipos de responsabilidad disciplinaria a los que actualmente están sometidos (9), la cual en todo caso sería deseable solo fuese exigible tanto por el Consejo General del Poder Judicial, como por la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central y por los demás órganos de la Ju-

(6) JIMÉNEZ VILLAREJO, José: «Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional», Madrid, Clex, 1991, p. 56.

(7) MILLÁN GARRIDO, Antonio: «Prólogo». «Competencia y organización de la Jurisdicción Militar», Madrid, Colex, 1991, p. 56.

(8) J. Felipe HIGUERA GUIMERÁ: «Curso de Derecho Penal Militar Español» I. Parte General. BOSCH.

(9) Ver el estudio que de la responsabilidad disciplinaria judicial y de la potestad correctora se hace por J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO en pp. 643 y ss. del Tomo I de los Comentarios a las Leyes Procesales Militares (Centro de Publicaciones del MINISDEF).

risdicción castrense con facultades gubernativas, integrándose en el mismo régimen disciplinario judicial las conductas que se estimasen infractoras de algún deber militar que fuese indubitadamente compatible con su función judicial, lo que descargaría al Ministro de Defensa de la problemática de este delicado cometido según se le atribuye por el art. 32 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. De este modo aún persistiendo el doble carácter militar y judicial de los componentes de los órganos judiciales militares, no sería necesaria la previa resolución del difícil dilema de la determinación de cuando se está en el ejercicio de su cargo judicial o en el exclusivamente militar por parte del presunto autor de la infracción disciplinaria (10), dilema a mi juicio de resolución siempre discutible ya que ese doble carácter no es deslindable en momento alguno por permanecer inseparablemente unida esa doble condición en la actualidad en tales componentes, ya que empeñarse en poder realizar en cada caso ese deslinde no evitaría el que, según lo resuelto, quedara en todo caso en tela de juicio o al menos afectada la condición militar o la condición judicial del sujeto al que se le achacase la infracción (11).

(10) Ver en la obra citada en nota anterior el estudio de GARCÍA LOZANO, Carlos, sobre los artículos 117 al 124 de la LOCOJM. En dicho estudio cita en la p. 639 la Sentencia del Tribunal Supremo de 2-4-1993 de la Sala de lo Contencioso Administrativo «Así pues, la ley reguladora de esta jurisdicción (la militar) tiene que partir del dato objetivo insoslayable de la personalidad bifronte de estos militares estén o no integrados en el Cuerpo Jurídico: de una parte, en cuanto titulares de potestades judiciales deben ser protegidos, de modo que su actividad se realice de acuerdo con los principios de la CE, de otro lado, el título originario de la investidura en su condición de militares profesionales integrados en la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas. De ahí la doble dependencia de la normativa disciplinaria específica aplicable a quienes se hallan ejerciendo funciones judiciales, lo que comporta la necesidad de una regulación equilibrada, siempre difícil, para poder preservar la coexistencia de los valores esenciales del respectivo status», a lo que el citado autor añade «La dificultad de esa regulación equilibrada a que hace referencia la sentencia transcrita, puede surgir en dos aspectos:

a) La determinación de “cuando” no están actuando “en el ejercicio de sus cargos” los militares que desempeñan funciones judiciales o fiscales, que en determinados casos puede presentar unos límites no muy definidos.

b) La concurrencia de tipos de faltas que pueden tener su incardinación tanto entre las previstas en el LDM como en las que se configuran como originarias de la responsabilidad disciplinaria judicial.

En cuanto al primer aspecto, ha de reconocerse que pueden surgir problemas a la hora de fijar si en una determinada situación, el posible sujeto activo de la infracción está en ejercicio de un cargo o su actuación se concreta exclusivamente a su condición de militar».

(11) No en vano la doble cualidad de militares y de fuerzas de seguridad ha obligado a una única Ley Disciplinaria de la Guardia Civil que englobe esa doble condición. Con mayor motivo en cuanto a una ley disciplinaria única para quien desempeña funciones judiciales según lo dicho.

SOBRE LA IMPLANTACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CASTRENSE DE UN PROCESO PENAL CON JUICIO ORAL INMEDIATO Y OTRAS REFORMAS

Por Juan-Luis Gómez Colomer
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad «Jaime I» de Castellón

§ 1. LA REFORMA DEL PROCESO PENAL.—§ 2. LOS DOS PILARES FUNDAMENTALES. A) LA ATRIBUCIÓN DE LA INSTRUCCIÓN AL MINISTERIO FISCAL. B) EL JUICIO RAPIDÍSIMO.—§ 3. SU IMPLANTACIÓN EN EL ÁMBITO CASTRENSE, EN ESPECIAL, LA ACELERACIÓN DEL PROCESO PENAL MILITAR.—§ 4. CONCLUSIONES.—NOTA BIBLIOGRÁFICA.

§ 1. LA REFORMA DEL PROCESO PENAL

Parece ya tópico escuchar periódicamente, sobre todo con ocasión de la apertura del año judicial cada mes de septiembre, o, más insistentemente, con motivo de salir a la luz pública determinadas actuaciones fuera de lo normal de nuestros órganos jurisdiccionales en asuntos importantes, que la Justicia en España funciona de manera poco justificable ante los ciudadanos, por no decir pésimamente. La Justicia en España, se dice entonces, es mala, lenta y cara.

Pero no es menos cierto que, siendo verdad que el fenómeno no es nuevo, pues siempre hemos oído hablar de crisis de la Justicia, por lo menos hasta donde alcanza nuestra memoria, también casi sin excepción se han propuesto al mismo tiempo determinadas medidas para lograr superarla, intentando que nuestra Justicia sea mejor, más rápida y más barata.

El camino se empieza a recorrer concretando y proponiendo una serie de acciones, varias de las cuales han tenido ya acomodo legal en los últimos tiempos, si bien su eficacia por otra parte ha sido casi nula,

puesto que se sigue hablando de crisis de la Justicia, que se pueden resumir en estas tres:

1.ª) Reformas orgánicas, de manera que haya más órganos jurisdiccionales, sobre todo de base, mejor repartidos territorialmente, con competencias objetivas y funcionales más racionalmente establecidas, y por ende más Jueces y más Fiscales, queriéndose sin duda también que estén mejor preparados.

A esta idea responden, sin hablar por ahora de los éxitos o fracasos cosechados, en el ámbito de la Jurisdicción ordinaria la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 1988, varias veces reformadas y complementadas hasta nuestros días. En la Jurisdicción especial militar, prevista por el art. 117.5 CE, la reforma se produjo por la Ley de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar de 1987, y por la Ley de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar de 1988.

2.ª) Reformas procedimentales, eliminando procesos inútiles, simplificando los que se dejen en vigor, facilitando trámites, acortando plazos y suprimiendo formalismos innecesarios.

La Ley de creación del proceso penal abreviado en 1988, y la creación de otro juicio más acelerado que el abreviado por una reforma de 1992, responden en el ámbito procesal penal de la Jurisdicción ordinaria a esta exigencia, que no tiene correlativo en el castrense, salvo que se entienda como reforma orientada en este sentido la Ley Procesal Militar de 1989, lo que es discutible, y que es precisamente el objeto principal de este escrito.

3.ª) Reformas concretas de instituciones clave del proceso que, preferiblemente acompañando a las anteriores y generalmente aplicando principios procesales consagrados en las normas fundamentales, contribuyan al principio máximo de una Justicia justa, rápida, barata y eficaz, que tiene en la mayor parte de los Estados reconocimiento constitucional.

Dentro de esta tercera categoría se han propuesto y se siguen pidiendo reformas importantes, algunas de las cuales se han llevado ya a la práctica en algunos países, haciéndolas pivotar sobre todo en una de las instituciones de mayor importancia que intervienen en el proceso penal, a saber el Ministerio Fiscal. En concreto podemos citar las cuatro siguientes:

a) Reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Fiscal, por tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para este órgano público, con exclusión (o mínima intervención, generalmente limitada a la pretensión civil) de particulares, sean o no los ofendidos por el delito.

Esta reforma no ha entrado en España, ni en la Jurisdicción ordinaria ni en la castrense, porque es tradicional en nuestro Derecho que, además del Ministerio Fiscal (artas. 124.1 CE, 435.1 LOPJ, 105 LECRIM y 3.4 EOMF de 1981), puedan ser parte en el proceso penal el ofendido por el delito (acusador particular: arts. 101 y 270 LECRIM), e incluso el español no ofendido por el delito (acusador popular: arts. 101 y 270 LECRIM), pudiendo personarse como parte civil (actor civil) el perjudicado por el delito, frente al responsable civil, sea o no el propio acusado (arts. 100, y 111 a 113 LECRIM). En la Jurisdicción castrense, además de la parte obligada que es el Fiscal Jurídico Militar (arts. 122 y ss. LPM), el ofendido por el delito puede ser también parte, al igual que el perjudicado (art. 127 LPM, que regula determinadas excepciones), pero la acusación popular (la del español no ofendido) no se admite en el proceso penal militar. Por tanto, no hay ningún monopolio de la acción penal.

b) Atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para instruir las causas penales, sustituyendo al Juez Instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulte necesario.

Esta reforma se produjo muy tímidamente en 1988 para el ámbito penal, y en 1989 para el jurídico militar:

1.º) Por lo que hace referencia al proceso penal, es sabido que en España instruye un Juez Instructor todas las causas penales (arts. 87.1,a) LOPJ, y 14-2.º LECRIM), salvo que en el proceso penal abreviado, con o sin juicio oral inmediato, el Fiscal tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, bien por serle presentada una denuncia o atestado, en cuyo caso puede instruir el Ministerio Fiscal, función que termina cuando se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos, o cuando haya concluido las necesarias investigaciones para solicitar del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento judicial correspondiente, llamado de «diligencias previas» (arts. 785 bis y 789.1 y 3 LECRIM). Claro es que el Ministerio Fiscal, con anterioridad a esta reforma, siempre ha podido y debido realizar unas primeras investigaciones de los hechos delictivos producidos y denunciados, como es lógico, y así fue recogido expresamente en el

art. 5, particularmente el pár. II, de su Estatuto Orgánico de 1981, si bien pensamos que muy tímidamente. Un caso particular de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal lo constituye el proceso penal especial de menores, de correcto funcionamiento en la práctica, pero poco significativo al nivel que estamos considerando esta cuestión.

Como precedentes o intentos de introducir en España más generalmente la instrucción a cargo del Fiscal hay que citar, sin ulteriores comentarios, el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1980 (art. 3.4), que no salió adelante, el Anteproyecto de Reforma de la LOPJ y de la LECRIM de 1988 (arts. 781 a 789), y las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 1987, la primera que toca el tema, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, y 1994. Jurisprudencialmente se sentaron ciertas bases en la STC 145/1988, de 12 de julio, que declaró parcialmente inconstitucional la LO 10/1980, y que fue el origen del proceso penal abreviado.

Mención especial merece la Ley del Jurado, porque en el primer texto que elaboró el Ministerio de Justicia se quería introducir también la instrucción a cargo del Fiscal, que luego fue transformado en el Proyecto remitido a Las Cortes por una constitución del Fiscal al lado del Juez Instructor durante la investigación, para quedar finalmente en el texto aprobado (Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reformada por las Leyes orgánicas 8/1995 y 10/1995), en una mayor presencia del Fiscal en la fase de investigación (nuevos arts. 306, III y 781, V LECRIM, reformados por dicha Ley), aunque la disposición final cuarta autoriza un estudio a fondo de este tema en la proyectada futura reforma del proceso penal español.

2.º) Respecto al proceso penal militar, de manera similar, el Fiscal Jurídico Militar tiene competencias para incoar el procedimiento preliminar (arts. 123 y 140 LPM), cesando en ellas cuando intervenga la autoridad judicial (art. 123, I «in fine» LPM). Parece que en la práctica las posibilidades del Fiscal Jurídico Militar respecto a esta competencia, se han desarrollado más intensamente que en el ámbito de la LECRIM, en primer lugar porque al no existir ni una planta ni una demarcación adecuadas de jueces instructores militares, en la práctica es frecuente que instruya el Fiscal militar, y en segundo lugar, porque conforme a las normas disciplinarias militares, el Fiscal tiene siempre intervención en decidir si unos hechos son puramente administrativos y sujetos por tanto a potestad disciplinaria sancionadora, o si son al contrario delictivos.

Este último precepto es sensiblemente idéntico al art. 785 bis LECRIM, con la única diferencia de especialidades derivadas de la organización territorial de los órganos jurisdiccionales militares, por lo que evitamos cualquier comentario reiterativo, sin bien llamamos la atención, porque luego será importante incidir sobre ello, que la competencia objetiva de los tribunales militares no se articula con base en los mismos criterios que la de la LECRIM.

Pero al ser uno de los aspectos reformistas más significados, dedicaremos unas palabras a esta cuestión, considerando el aspecto dogmático de la problemática implicada, *infra* en el §2,A).

c) Otorgamiento al Ministerio Fiscal de facultades derivadas del principio de oportunidad para, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien a través del instituto de la «conformidad», bien a través de la llamada «negociación sobre la declaración de culpabilidad».

Esta posibilidad está de momento excluida en nuestro Derecho tal y como se le conoce en el comparado, porque en sentido estricto hace referencia a las posibilidades que tiene el Ministerio Fiscal de ofrecer al inculcado medidas alternativas a la persecución penal, o incluso la no persecución penal (ofrecimiento de impunidad), a cambio de otras contraprestaciones de éste menos gravosas para su persona, derechos o patrimonio. Por ejemplo, frente a un delito bagatela (hurto en un gran almacén), ofrecer la no persecución a cambio de trabajar gratuita y voluntariamente para la Cruz Roja durante un mes.

Es cierto que alguna posibilidad importante de negociación entre el Ministerio Fiscal y el acusado se contempla por la Ley, concretamente al regular la conformidad en el proceso abreviado, tanto en lo penal (arts. 655, 688 y ss., 791.3, y 793.3 LECRIM), como en lo militar (arts. 305 a 309 LPM), pero no alcanzan ni de lejos a las amplísimas posibilidades al respecto que la vigencia del principio de oportunidad en el proceso penal ofrece, por ejemplo, en los Estados Unidos.

d) Conversión del Ministerio Fiscal en autoridad principal, o incluso única, de la ejecución penal.

Esta reforma ni ha sido recogida ni tiene visos de serlo, ante la terminante declaración del art. 117.3 CE, que proclama como uno de los aspectos de la función jurisdiccional «hacer ejecutar lo juzgado», habiéndose creado además en 1979 el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sin perjuicio de las posibilidades de intervención del Ministerio Fiscal en actos concretos de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Es difícil encontrar un argumento común a todas estas posibilidades, relativamente nuevas en los ordenamientos jurídicos continentales, salvo que se trate de lograr un aceleramiento, simplificación y abaratamiento de la impartición de Justicia penal, fin general al que nos hemos referido al comienzo de este escrito, reforzando una de las instituciones más importantes del proceso penal cual es el Ministerio Público, pero un observador atento de la realidad jurídica que proporciona el Derecho comparado, deduce inmediatamente que desde 1974, fecha en que en Alemania se da un vuelco a favor del sistema anglosajón de instrucción a cargo de persona distinta al Juez (Policía y Ministerio Fiscal), sin duda la más importante de todas las propuestas antedichas, abandonando la tradicional competencia del Juez Instructor para esta fase inicial del proceso penal, los demás países las han ido contemplando todas ellas o una buena parte de las mismas.

§ 2. LOS DOS PILARES FUNDAMENTALES

De las posibilidades antes vistas, dos pueden considerarse como los aspectos de mayor calado, tanto cualitativa como cuantitativamente, para lograr el fin pretendido de mejorar la Justicia, hacerla más justa, más eficaz y más barata: la atribución de la instrucción de los procesos penales al Ministerio Fiscal, recordemos que la hemos tildado como la reforma más importante, descargando así a los Jueces, que únicamente se limitarían a juzgar, y la articulación de juicios muy rápidos, para resolver en cuestión de días aquellos delitos y faltas que no planteen problemas probatorios y en los que la culpabilidad del autor resulte altamente probable desde el principio.

A) **La atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal**

El tema es de una gran actualidad en España. Para conocer exactamente qué es lo que implicaría el cambio, conviene considerar dogmáticamente sus posibilidades de éxito o de fracaso práctico, partiendo de las ventajas e inconvenientes que presenta el que instruya el proceso penal el Ministerio Público.

Defender entre nosotros la situación actual es menos problemático que proponer el cambio, porque el planteamiento correcto del tema exi-

ge considerar primero qué naturaleza tiene el Ministerio Fiscal, y después cuál es la naturaleza de la fase de instrucción del proceso penal español, y en ello se puede decir que hay opiniones doctrinales mayoritarias.

La afirmación de facilidad se basa, con relación a la primera cuestión, en que es dominante la tesis en España que considera que el Ministerio Fiscal no es una institución insertada en el Poder Judicial, sino que es un órgano que depende del Ejecutivo, pues falta el requisito de la independencia (arts. 24 a 26 EOMF de 1981), la Constitución no lo prevé como una de las excepciones al principio de la unidad jurisdiccional (art. 117.5), y tampoco le atribuye en ningún precepto la potestad jurisdiccional. Al contrario, el Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (art. 29.1 EOMF), el Gobierno puede pedir al Fiscal General del Estado que promueva ciertas actuaciones en defensa del interés público ante los órganos jurisdiccionales, quien puede desvincularse oída la Junta de Fiscales de Sala (art. 8 EOMF), cuyos componentes han sido nombrados por el Gobierno a propuesta suya (art. 36 EOMF), y todos los Fiscales-Jefe de los respectivos órganos pueden ser libremente removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado (art. 41 EOMF). Claro es que con estas citas y razones no se quiere decir que la actuación del Ministerio Fiscal haga peligrar los principios de legalidad e imparcialidad, sino que el Gobierno puede legalmente controlar al Ministerio Fiscal.

Menos pacífico es el tema de la naturaleza del sumario o de las diligencias previas del proceso penal español. Parece que está más extendida la opinión de que tiene naturaleza jurisdiccional atendidos los fines consagrados en el art. 299 LECRIM, puesto que son ejercicio de potestad jurisdiccional las siguientes resoluciones que se adoptan en la fase de instrucción: medidas cautelares, restricciones de derechos sin carácter cautelar generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de fuentes de prueba (v.gr., entrada y registro), admisión de la acusación (querrela, procesamiento, sobreseimiento), y práctica anticipada de la prueba. Es más, cuestión clave en este punto, con sólo la fundamentación que proporcionan las actuaciones sumariales se decreta el sobreseimiento libre, que equivale a sentencia absolutoria y tiene, por tanto, efectos de cosa juzgada material. Pero eso no quiere decir que todas las actuaciones que se practiquen en el sumario tengan naturaleza jurisdiccional, pues no lo son las actividades dirigidas a averiguar contra qué persona se puede formular la acusación, de qué hechos se le pue-

de acusar o de qué fuentes de prueba se dispone para fundamentar la acusación, claro es que después tendrán que ser valorados por la autoridad judicial, con lo cual en el fondo puede mantenerse que también estamos ante ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Si ello es así, dicho con carácter muy general antes de entrar a considerar los argumentos en particular, atribuir la instrucción al Fiscal podría pensarse que es inconstitucional, porque constitucionalmente no es el órgano que tiene la potestad jurisdiccional. Esta consecuencia no es sin embargo, como veremos, tan lógica como parece deductivamente.

1.º) *Argumentos a favor de que instruya el Juez:*

Expuesto lo anterior, las opiniones favorables a que instruya un Juez, es decir, a mantener las cosas como están actualmente en España, son las siguientes:

a) La instrucción es oficio de Juez, no de parte, y encomendársela al Fiscal es un contrasentido y una incoherencia, además de un error, porque en el proceso penal la instrucción no se agota en la búsqueda de las pruebas, sino que se extiende también a su valoración, «lo cual postula en el instructor la imparcialidad del Juez, no la parcialidad de la parte». Detener al imputado, ordenar su ingreso en prisión o puesta en libertad, practicar anticipadamente la prueba, etc., son manifestaciones típicas de ejercicio de la potestad jurisdiccional. Otorgar facultades instructorias al Ministerio Fiscal significaría una quiebra del principio «ne eat iudex ex officio», porque el Fiscal se convertiría así al mismo tiempo en juez y parte.

b) La fase de investigación no sólo entraña actos de investigación, sino también enjuiciamientos jurídicos, como la inadmisión de la querrela, o la imposición de medidas cautelares, absolutamente entrelazados entre sí, por lo que su escisión sería perturbadora para los fines del proceso penal, con lo que debe seguir en manos del Juez.

c) La dependencia del Ministerio Fiscal respecto al Poder Ejecutivo, antes mencionada, sería peligrosísima para la investigación objetiva e imparcial.

d) El art. 117 de la Constitución española de 1978 atribuye en exclusiva a los Jueces la función jurisdiccional, por lo que la instrucción a cargo del Fiscal sería en España inconstitucional.

e) Trasladar la competencia para la instrucción al Fiscal conllevaría no pocos inconvenientes prácticos, por lo que es mejor dejarla como está, en manos del Juez: De facto instruiría la Policía Judicial, habría

disminución de garantías para el imputado, a pesar de todo sería necesario un Juez, en España tenemos pocos fiscales, existen muchas carencias funcionales, hay peligro de impunidad para personas «gubernamentales», etc., argüenos que han sido puestos de manifiesto por los propios jueces y fiscales, y por la doctrina, todos ellos absolutamente reales, que nada tienen que ver con desconfianza hacia el Fiscal u opiniones subjetivas parecidas, utilizados con diferente finalidad por determinados autores, fundamentalmente prácticos.

2.º) *Argumentos a favor de que instruya el Fiscal:*

Optar a favor del cambio, es decir, ser partidario de que instruya el proceso penal el Ministerio Fiscal, es una postura atractiva desde hace unos años por diferentes razones:

1.ª) Por prever el Derecho Procesal del país afectado un proceso inquisitivo, escrito, en el que instruye y falla el mismo Juez, con lo cual se daría el primer argumento anteriormente anunciado, de carácter dogmático, de justificación de un modelo acusatorio.

2.ª) Sin duda es una reforma tentadora cuando el país ha pasado de un régimen dictatorial, en el que han colaborado probadamente los jueces, a un régimen democrático.

3.ª) También es más fácil cuando, siendo el proceso penal acusatorio, mixto o no, la Justicia no funciona, pues la instrucción a cargo del Fiscal aparece como una de las alternativas que tan ansiosamente se buscan para reducir la carga de los órganos jurisdiccionales, principal causa del mal funcionamiento de la Justicia, y acelerar el proceso penal, dada la reiteración de actuaciones, por un lado las practicadas por el Fiscal y la Policía, y por otro, las mismas generalmente, las del Juez, como vimos ya al principio de este escrito.

4.ª) Finalmente, es asimismo fácil de admitir cuando el propio Ministerio Público no depende del Poder Ejecutivo, o cuando el Ministerio Fiscal no tiene la consideración de parte formal en el proceso penal, pues entonces está obligado a la Verdad y Justicia.

La fundamentación de esta opción se basa naturalmente en argumentos científicos, que giran en torno a la profunda crisis, se dice, en que se encuentra inmersa en estos momentos la clásica figura del Juez de Instrucción:

a) El sumario tiene naturaleza administrativa, luego el órgano competente para formarlo ha de ser administrativo y no judicial. en otras palabras, existe una profunda contradicción entre el significado concep-

tual de la palabra «Juez» y sus funciones, porque instruyendo no juzga, y porque, sobre todo, queda encuadrado dentro de un estatuto orgánico y dentro de un Poder del Estado, el Judicial, que no le corresponde, ya que no siendo juicio la instrucción, la investigación de un crimen es actividad administrativa y no judicial, en el sentido referido a Justicia.

b) El Juez debe limitarse a ejercer la función jurisdiccional, es decir, a juzgar, no a instruir, y eso solamente se produce en el juicio oral de acuerdo con la Constitución. Durante el sumario (o diligencias previas) no se ha ejercido todavía la acción penal, por lo que la relación procesal no está todavía constituida.

c) El Ministerio Fiscal instructor agilitaría la Justicia, argumento defendido por todas las Memorias de la Fiscalía General del Estado, anteriormente citadas, y presente en el Derecho comparado, puesto que de entrada se evitaría la duplicación o reiteración de actuaciones procesales, unas practicadas por el Juez Instructor, y las mismas por el Fiscal.

d) La instrucción por parte del Juez es incompatible con el modelo de proceso acusatorio. Pero esta opinión procedente del Derecho comparado, basada en el principio acusatorio nos parece más endeble, pues al menos con referencia a España, entendido en sentido riguroso, el principio acusatorio sólo debe significar estas tres cosas: todo proceso penal requiere de una acusación formulada por persona distinta al órgano judicial que ha de sentenciar, la imposibilidad de alterar el objeto del proceso condenando por hechos distintos a los acusados o a persona distinta a la acusada, y, finalmente, el juzgador no puede ver alterada su imparcialidad por aportaciones de hechos o de prueba al proceso. Que la investigación del proceso penal no encuentre amparo directamente en el principio acusatorio a nuestro juicio, no quiere decir en absoluto que no estemos de acuerdo con la «luz y taquígrafos» en esta fase, auténtica conquista del proceso penal propio de un Estado de Derecho frente al injusto proceso inquisitivo, pero centrada en sus justos límites. Se trata, simplemente, de cosas distintas, por lo que nos parece que Juez Instructor y proceso penal acusatorio son perfectamente compatibles. Por ello, hablar del proceso angloamericano como proceso acusatorio, entendiendo el término «acusatorio» a la europea, y en concreto, en el sentido español acabado de indicar, presenta serias dudas de aceptación, aunque esta terminología de contraposición (frente a proceso inquisitivo) sea generalmente aceptada y comprendida.

e) El argumento más importante a favor de que instruya el Ministerio Fiscal es, en nuestra opinión, que no puede ser la misma persona

la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad. en esencia el argumento se concreta de la siguiente manera: el Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de los recursos.

Seguir manteniendo el sistema clásico es en definitiva una contradicción, porque el Juez es al mismo tiempo quien investiga y quien garantiza el respeto de los derechos del imputado. Cambiar estos papeles puede significar ciertamente una importante restricción del principio de investigación oficial, pero se fortalece extraordinariamente el más importante principio de la imparcialidad judicial, que queda así únicamente reservado para el enjuiciamiento, lo que implica además una mejor aplicación del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional por su único titular, el Poder Judicial.

En definitiva, es el modelo clásico el que ya no sirve, llegando a proponerse, más allá incluso, que el fiscal no sólo sea la autoridad encargada de la investigación, sino el director, el dueño absoluto de ésta.

Expuestas las anteriores argumentaciones, nuestra opinión personal es que este tema en el fondo es bastante irrelevante, y que lo importante de verdad es que el proceso penal de España, y el de todos los países del mundo, sea el propio de un Estado de Derecho. La fundamentación de esta afirmación es ideológicamente clara, y se basa en los siguientes puntos:

1. El fin del proceso penal no es sólo hallar la verdad material, sino también proceder de acuerdo con los principios que caracterizan a un proceso penal como el adecuado a un Estado de Derecho. Obligado a ello no está sólo el Juez, sino también cualquier otra autoridad pública que intervenga en el proceso penal, lo cual hace referencia especialmente al Ministerio Fiscal.

2. No sería inconstitucional en España que instruyera el Fiscal, porque el art. 117.3 de la Constitución española de 1978, al definir la función jurisdiccional, según terminología clásica española, como «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», atribuyéndola en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, lo que está pidiendo en realidad al legislador ordinario es que, en sentido estricto, la decisión de condenar o absolver a un acusado, con todos los actos que la fundamentan (prueba), la tome un juez, pero no impide que para llegar a la decisión de si se puede abrir el juicio oral contra una persona se acuda a personas y normas no sometidas

das al Derecho Jurisdiccional, lo que por cierto siempre ha ocurrido en la práctica aunque bajo el manto judicial.

Mantener lo contrario podría llevarnos, por citar sólo un ejemplo claro, al absurdo de hacer inconstitucional a la propia Policía Judicial (prevista en el art. 126 CE), que se regula y utiliza para su funcionamiento orgánico y técnico, de repercusión directa sobre el proceso penal, normas de carácter administrativo y no procesal.

3. Teóricamente no habría tampoco ningún problema en admitir que instruyera el Ministerio Fiscal, pues dicho llanamente se trataría de una solución tan buena como podría ser la contraria o cualquier otra, aunque tendría que llegar siempre un momento en que la presencia de un Juez fuera inexcusable.

Es en este sentido poco fundada la crítica de quienes toman o desechan los modelos que proporciona el Derecho comparado para hacer propias las opiniones según sus intereses. El Derecho comparado nos debe servir para «comparar», es decir, informarnos bien sobre cómo se solucionan los mismos problemas que nosotros tenemos en otros países, y nada más. Pero criticar por ejemplo a Alemania por haber optado por la instrucción a cargo del Fiscal, el país desencadenante en la Europa continental de toda esta problemática, carece de sentido, porque para poder hacerlo con fundamento hay que ser (jurista) alemán.

3.º) *Nuestra posición:*

Ahora bien, los temas relacionados con el Poder Judicial y ese instrumento necesario que es el proceso penal son siempre relativos, en el sentido de que se aplican a un país en un momento concreto. ¿Es conveniente pues que hoy, en 1996, en España, a la vista de lo dicho hasta ahora, instruya las causas penales el Ministerio Fiscal, o es mejor que siga instruyendo la autoridad judicial?

La respuesta, recordando que para nosotros el tema es bastante nimio, debe ser dada con mucha prudencia, permaneciendo abiertos a todas las ideas. Pensamos que no ha llegado todavía el momento de emprender el cambio y es mejor que las cosas sigan como están, al menos en tanto en cuanto no se cumplan los siguientes requisitos:

a) Mientras no se deroguen los arts. 8, 14.2, 29.1, 34-1.º, 35.1 y 36 EOMF, por los que el Fiscal puede quedar sometido a una orden del Poder Ejecutivo, o se patentiza su vinculación con éste, y, por tanto, no sea independiente en el sentido más correcto del término (independencia, por cierto, que la propia Constitución no ha querido, v. su art. 124.2);

b) Mientras el fiscal no deje de ser claramente un órgano administrativo y se adscriba de alguna manera, sin serlo, al Poder Judicial, no siendo suficiente, a la vista del argumento anterior, la declaración del art. 2 EOMF, que lo considera «integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial», por no ser ajustada a la realidad;

c) Mientras el Ministerio Fiscal tenga como principal función en el proceso penal la de acusar, por tanto, no sea imparcial en sentido técnico;

d) Mientras siga instruyendo de facto la Policía Judicial, los que ya ocurre con los Jueces en España por otra parte, como también sucede en Alemania;

e) Mientras en España no superemos la ridícula cifra de un fiscal por cada 31.153 habitantes, con lo cual difícilmente se pueden ver en esta medida efectos aceleradores, que habrá que aumentar considerablemente, no sólo al pasarle las funciones instructoras, sino también porque el Fiscal instructor no va a poder ser luego el Fiscal acusador, si se quiere garantizar también el principio del Fiscal no prevenido o imparcial, totalmente necesario ante la nueva función;

f) Mientras la formación y perfeccionamiento judiciales no se orienten a cotas más profesionales, a pesar de las importantes reformas que han supuesto el Reglamento núm. 1/1995, de la Carrera Judicial, y el Reglamento núm. 2/1995, de la Escuela Judicial, publicados por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995 (BOE del 13 de julio);

g) Mientras no sea ésta la única reforma para llegar al principio de la mejor Justicia para todos; y

h) Finalmente, mientras la garantía de los derechos fundamentales y procesales penales ordinarios de los ciudadanos esté residenciada en manos de los Jueces, porque con su independencia e imparcialidad, esenciales a su función, realizan una tutela más efectiva, que en absoluto garantizan mejor hoy los Fiscales.

Y, obsérvese, a pesar de todo seguirá siendo necesario un Juez de la Libertad, como dicen los italianos, para tomar las decisiones que afecten a los derechos y garantías fundamentales del imputado, y, en suma, a actividad jurisdiccional.

Lo que desde luego no tiene ningún sentido es que en unos casos instruya el Juez y en otros el Fiscal, como en España, o que el Juez pueda delegar bajo determinados requisitos la instrucción en el Fiscal, como ocurre en algún país de importancia (Argentina, aunque en algunas pro-

vincias), porque no hay presupuesto económico que resista la doble infraestructura exigida.

Se observa, por tanto, que provisionalmente somos contrarios a que instruya el Fiscal el proceso penal español, en absoluto por razones dogmáticas, sino puramente organizativas, estructurales y prácticas, pero de tal importancia que su no introducción, corrección o mejora en el sentido propuesto, haría indefectiblemente fracasar una reforma de tal entidad.

Pero que no se desprenda ningún equívoco de nuestras palabras: en el fondo, insistimos, este tema nos parece de los menos graves que tiene planteada la situación jurídico-procesal penal española en la actualidad. A nosotros lo que nos preocupa de verdad, es que el proceso penal español sea el propio de un Estado de Derecho, y al respecto todavía no hemos llegado al 100 por 100 exigible, aunque hemos avanzado mucho sin duda en España, pero ésa es otra cuestión.

B) El juicio rapidísimo

La segunda posibilidad es instaurar un juicio muy rápido para resolver los delitos menos graves, aquéllos que no presenten dificultades probatorias y, sobre todo, en los que el acusado desee colaborar con la Justicia asumiendo su responsabilidad a cambio de condenas menores o de ventajas procesales.

Para ello se modificó la LECRIM en 1992 y se instauró en el enjuiciamiento criminal español el llamado proceso penal abreviado con juicio oral inmediato, cuyo fin general era conseguir una defensa más eficaz de la Sociedad frente a un tipo determinado de pequeña y mediana criminalidad y hechos punibles de tráfico, regulándose en los arts. 79.1, II y III; 790.6, V, VI, VII y VIII; 791.1, II y III; y 792.3 LECRIM. La técnica sobre la que descansa es la habitual en estos casos: simplificación de trámites y acortamiento de plazos, pero veremos a continuación a qué precio, porque en definitiva ello significa que una vez más la reforma se ha fijado exclusivamente en los aspectos procedimentales, y no en los estructurales.

Este proceso debe ser catalogado por su naturaleza como ordinario, pero distinto del abreviado, cuestión importante al tratar en el último punto su posible implantación en el ámbito jurídico-militar. Ello, porque se enjuician a través de él en general todos los hechos punibles que tengan determinada penalidad y estén caracterizados por circunstancias

concretas (competencia objetiva ordinaria), sin que se dé ningún caso de alteración por aforamiento personal o por razón de la materia, y sin que sea otro el procedimiento adecuado tratándose de delitos distintos, en los términos previstos en el art. 79.1,III, en relación con el art. 779 LECRIM.

De conformidad con ello, el proceso penal abreviado con juicio oral inmediato se aplica cuando por las circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos, alarma social producida, detención del imputado o el aseguramiento rápido sea posible, nunca porque el delito sea otro al previsto con carácter general para los procesos abreviados, hoy, como es sabido tras la entrada en vigor del CP de 1995, todos aquellos castigados con pena de prisión inferior a 9 años, o con cualquiera otra pena de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, sea cual fuere su cuantía o duración (art. 779 LECRIM).

La llave del juicio la tiene el Ministerio Fiscal, puesto que se inicia el trámite a solicitud suya, y ésta depende de la concurrencia de alguna, algunas o de todas las circunstancias acabadas de mencionar. Resulta evidente que esta apreciación debe ser discrecional («podrá presentar», dice el precepto), ya que aun concurriendo esos requisitos, puede ser aconsejable ello no obstante no solicitar el juicio acelerado, por ejemplo, por complejidad del delito, por dificultades probatorias, etc., de manera tal que quede asegurado el principio del juicio justo.

La superaceleración procesal la pretendió conseguir el legislador reformando los siguientes actos procesales:

1.º) La investigación (diligencias previas) tenía que ser lo suficientemente adecuada como para permitir una formulación de la acusación inmediata, incluso en el propio Juzgado de Guardia (art. 790.1, II y III LECRIM), o sea, por tanto, hacer posible el juicio rápido sólo si el material probatorio es sencillo. Por eso la LECRIM se refiere, al establecer las circunstancias que permiten fundamentar al Fiscal su solicitud, a flagrancia o evidencia de los hechos, conceptos no técnicos, o al menos no utilizados en sentido técnico, porque demuestran ante todo que son fáciles de probar.

Téngase en cuenta que, derogado el art. 779 LECRIM en 1988, que era el que definía legalmente la flagrancia, el concepto jurídico de flagrancia ya no tiene hoy fundamento legal expreso, sino jurisprudencial, el fijado muy ampliamente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1990 (RA 2647).

En cambio, el requisito de la alarma social (que tiene un origen no democrático, pues se aprobó en Alemania durante la época nazi mediante una Ley de 1935), es más complejo, más difícil de justificar y de menor influencia *per se* en la facilidad probatoria. No entendemos el por qué de su introducción, ya que la alarma social exige sin duda una rápida respuesta judicial, para que desaparezca cuanto antes, pero ello no implica un juicio acelerado si no se dan las circunstancias que lo faciliten.

Piénsese, además, que aplicado a lo militar, no acabamos de comprender tampoco qué sentido tendría acogerse a la alarma social, pues nos parece que no son conceptos relacionables entre sí en este ámbito jurisdiccional.

2.º) La detención del imputado, o que quede asegurada su inmediata puesta a disposición judicial, facilita enormemente el enjuiciamiento rápido, de ahí que se exija la concurrencia de este requisito, en conjunción con los demás.

3.º) Convocatoria urgente del juicio oral ante el Juez de lo Penal o ante la Audiencia Provincial, no antes de 10 días (art. 790.6, V LECRIM). La Ley podría haber sido más explícita, pues por ejemplo, no se prevén las consecuencias de que a la acusación no le dé tiempo en tan breve plazo a presentar su escrito, con lo cual no puede tener lugar el juicio previsto en este precepto.

4.º) Posibilidad de que el Juez Instructor, existiendo conformidad con los hechos o con la pena, cite a las partes inmediatamente, incluso estando de guardia, ante el órgano jurisdiccional sentenciador (art. 791.6, VIII LECRIM).

Pero la reforma presenta aspectos que podrían haberse redactado legalmente mucho mejor, para alejar cualquier sombra de inconstitucionalidad, que demuestran palmariamente además, lo que tantas veces ha sido denunciado por la doctrina, que rapidez procedimental y garantías procesales no siempre son compatibles, no bastando a nuestro juicio la previsora declaración del art. 791.1, III «in fine» LECRIM, en cuya virtud siempre es posible instar la nulidad de actuaciones si la parte entiende que se ha producido indefensión, utilizando el mecanismo previsto en el art. 793.2, es decir, en la audiencia saneadora, aduciendo la vulneración de un derecho fundamental. Los casos límite serían los siguientes:

a) No está prevista la audiencia al imputado sobre la adecuación de este procedimiento, pero no cabe ninguna duda de que el órgano jurisdiccional debe dar satisfacción al principio de contradicción del art. 24 CE, por aplicación de la doctrina sentada por la STC 186/1990, de 15 de noviembre, que interpreta el art. 790.1 LECRIM, por lo cual, en nuestra opinión, antes de solicitar el Fiscal el juicio oral inmediato y presentar su escrito de acusación, el imputado debe ser oído, porque le afecta la decisión que se tome al respecto. Ese momento es, sin duda, cuando el JI entienda que existen elementos suficientes para formular la acusación (art. 790.1, II LECRIM), y notifique al inculpado la imputación.

b) Si en el plazo concedido para ello no se presenta el escrito de defensa, sigue el procedimiento, pero se entiende que con oposición a la calificación de la acusación (art. 791.1, II LECRIM), solución puramente formal, que no se corresponde exactamente con el contenido del derecho a la defensa técnica del art. 24.2 CE, desarrollado por los arts. 118 y 520 y ss. LECRIM, porque oponerse a todo en realidad no es defenderse, teniendo muy fácil la acusación orientar el juicio de acuerdo con sus intereses, aunque al menos el legislador sí haya previsto esta cuestión.

c) No hay referencias a los demás acusadores en cuanto a la procedencia de este procedimiento, lo que parece que va en contra, en aras de la celeridad (aunque esto también es discutible, puesto que los asuntos graves no pueden tratarse precipitadamente, y sin embargo también es éste el procedimiento adecuado cuando se solicita pena de hasta nueve años, prisión mayor en el CP derogado), del derecho fundamental al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Habrá que aplicar la doctrina constitucional antes aducida para resolver esta cuestión, y darles audiencia al respecto una vez se comunique la imputación por el Juez Instructor.

d) Por lo que afecta a la defensa y a los medios probatorios, hay muchas dificultades para una defensa efectiva, a pesar del texto literal del art. 791.1, III «in fine» LECRIM, posiblemente en contra del art. 24.2 CE igualmente, sobre todo, porque la prueba queda limitada a la que pueda practicarse en el juicio oral por tenerla preparada, aunque puede pedir que se libren las comunicaciones necesarias (art. 791.1, III LECRIM). Ello es debido a que esas limitaciones probatorias están en la propia naturaleza de este juicio, lo cual puede ser también contradictorio, además de demostrativo de la idea ya recordada de casar mal procesos acelerados y garantías procesales.

Pues bien, una vez entrada en vigor la reforma, la experiencia práctica ha demostrado que es posible que funcionen tal y como los concibió el legislador (testimonios concretos de ello los hay, por ejemplo, los juicios rápidos de alcoholemia en Lérida en 1994), pero para que ello sea posible se deben dar, sobre todo, dos circunstancias seguras:

1.^a) Que la prueba sea sencilla, es decir, que la fuente o el medio de prueba estén ya disponibles en el mismo momento de comisión del hecho punible, o inmediatamente después. Por eso son juicios apropiados cuando sólo se necesita la declaración del imputado y la declaración de testigos.

2.^a) Que haya acuerdo entre todas las partes (Ministerio Fiscal e imputado), y de éstas con el Juez, para aplicar realmente las disposiciones aceleratorias, colaborando activamente los organismos y autoridades que deban intervenir en el proceso penal (v.gr., la Policía Judicial, sobre todo en materia de delitos de tráfico).

§ 3. SU IMPLANTACIÓN EN EL ÁMBITO CASTRENSE, EN ESPECIAL LA ACELERACIÓN DEL PROCESO PENAL MILITAR

De entrada hay que decir que preocupa más el tema relativo a la instauración de los juicios rápidos, que cualquiera otra de las reformas apuntadas en este artículo, en particular, que el de la atribución de la competencia para instruir al Ministerio Fiscal.

La razón es muy fácil de entender, sin perjuicio de las especialidades que concurren, y que nunca deben perderse de vista, en el proceso penal militar: parece contraproducente que una reforma se incorpore antes a la Jurisdicción Penal castrense, sin haber pasado antes y practicado en el proceso penal común. Por ello, sin negar su posibilidad, es preferible esperar.

Centrémonos, por tanto, en la cuestión de la posibilidad de introducir en el ámbito procesal penal castrense un juicio rápido, similar al introducido en la LECRIM en 1992, antes comentado.

Sin tener conocimiento de ningún documento escrito, sea borrador, anteproyecto o cualquier material de trabajo, parece evidente que hay conciencia general en la reforma de la Ley Procesal Militar.

Las razones son varias, pero conviene, en primer lugar, detenerse en la organización jurisdiccional militar, y en los procesos regulados por la Ley Procesal Militar, a efectos de que se comprendan mejor las causas que motivan la discusión actual:

A) Sobre la organización jurisdiccional militar, hay que decir en primer lugar que la CE regula el Poder Judicial distinguiendo un PJ ordinario y varios PJ especiales. El PJ ordinario, el regulado por la LOPJ, se caracteriza por el reconocimiento de un estatuto personal único, la reserva de ley orgánica para el estatuto, la existencia de jueces técnicos y de carrera (salvo JP), un cuerpo único y la gestión de sus actividades a cargo del Consejo General del Poder Judicial.

En consecuencia, tribunales ordinarios son aquellos en los que concurren en sus miembros los anteriores requisitos y que están regulados por la LOPJ.

Los demás son todos tribunales especiales. Ocurre sin embargo que en España sólo pueden ser tribunales especiales aquellos que están salvados por la CE. Ello se da únicamente con respecto al Tribunal Constitucional (arts. 159 y ss.), el Tribunal de Cuentas (art. 136), los Tribunales consuetudinarios (art. 125, pero en realidad solamente el Tribunal de las Aguas de Valencia), el Tribunal del Jurado (art. 125), y los Tribunales militares (art. 117.5).

Su carácter de especial implica, por un lado, el reconocimiento íntegro de la potestad y de la función jurisdiccionales, por otro, la necesidad de que sus leyes regulen el estatuto orgánico y el procedimiento.

Pues bien, esto es lo que ocurre con los tribunales militares, pues el art. 2 LOCOJM dispone textualmente que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por esta Ley», que regula el estatuto orgánico de los Jueces militares, siendo contemplados los procedimientos en la LPM.

Como Poder Judicial especial, la extensión y límites de la jurisdicción militar y su competencia genérica se fijan particularmente en el art. 9.2, II LOPJ (que se refiere a lo civil), y en los arts. 12 a 21 LOCOJM, destacando que en tiempo de paz conocen los tribunales militares básicamente de los delitos y faltas comprendidos en el CPM (art. 12.1 LOCOJM).

Los órganos jurisdiccionales militares son:

a) Los *Juzgados Togados Militares*, regulados en los arts. 53 a 62 LOCOJM, que prevén los Juzgados Togados Militares y los Juzgados Togados Militares Centrales (en el Tribunal Militar Central, dos en la actualidad), cuya competencia más importante consiste en instruir los procesos por delito no sometidos especialmente a otro órgano jurisdiccional

castrense (arts. 53 y 57 LOCOJM). Equivalen al Juez de Instrucción y al Juez Central de Instrucción. No se ha considerado conveniente establecerlo en cada provincia, sin duda por la distribución del ámbito militar de acuerdo con las cinco regiones existentes, y también en función de la experiencia que proporciona el volumen de trabajo de los mismos. Instruyen causas relativas a los tres Ejércitos y a la Guardia Civil.

b) Los *Tribunales Militares Territoriales*, regulados en los arts. 44 a 52 LOCOJM, que conocen básicamente de la fase de juicio oral de los procesos por delito cometidos en su territorio y de los recursos contra resoluciones de los JTM (art. 45 LOCOJM). Existen cinco, en Madrid, Barcelona, Sevilla, La Coruña y Tenerife, correspondiéndose básicamente por su función con la Audiencia Provincial.

Obsérvese que al no existir equivalente en lo militar del Juez de lo Penal, estos Tribunales son competentes en todo caso para el conocimiento y fallo (juicio oral) de las causas por delito.

c) El *Tribunal Militar Central*, regulado en los arts. 32 a 43 LOCOJM, órgano equivalente a la Audiencia Nacional, pero con competencias distintas, pues conoce fundamentalmente de los recursos contra resoluciones dictadas por los JTC y de determinados casos de aforamiento castrense (art. 34 LOCOJM), teniendo su sede en Madrid; y

d) La *Sala V del Tribunal Supremo*, regulada en el art. 55 LOPJ y en los arts. 22 a 31 LOCOJM, cuya competencia esencial es conocer del recurso de casación contra resoluciones del TMC y de los TMT (art. 23 LOCOJM).

B) En cuanto a los procesos previstos en la LPM, son los que siguen.

1.º El *proceso ordinario para el enjuiciamiento de los delitos más graves* (Libro II, arts. 129 a 383), compuesto de fase de sumario, fase intermedia y de juicio oral, adecuado para el conocimiento de todos los delitos previstos en el CPM que no se encuentren en algunos de los apartados siguientes. Este proceso, en concreto el sumario, puede ir precedido de unas diligencias previas para averiguar mejor los hechos y decidir si se inicia el proceso penal.

2.º El *proceso ordinario para el conocimiento de determinados delitos* (Libro III, Título I, arts. 384 a 396), compuesto de diligencias preparatorias, fase intermedia y de juicio oral, adecuado para el enjuiciamiento del delito de desertión del art. 120 CPM, de los delitos de quebrantamientos especiales del deber de presencia previstos en el art.

123 CPM (el art. 124 CPM fue derogado en 1991, pasando a ser un delito común en el CP de 1973, at. 135 bis h), hoy recogido en el art. 604 CP de 1995), y de los delitos contra la Hacienda en el ámbito militar de los arts. 190, 195 y 196 CPM, siempre que se cometan como medio para perpetrar cualquiera de los anteriormente mencionados o para procurar su impunidad. Este proceso equivale al abreviado de la LECRIM, siendo calificado erróneamente por la LPM como proceso penal especial.

3.º) El *proceso sumarísimo* (Libro III, Título II, arts. 397 a 406), únicamente aplicable en tiempo de guerra. No es tampoco un proceso especial, a pesar de la declaración legal.

4.º) El *juicio de faltas* (Libro III, Título IV, arts. 415 a 431), que es también un proceso penal ordinario.

5.º) Como proceso penal especial se regula sólo en sentido estricto el *juicio contra autoridades judiciales militares* (arts. 432 a 447), pues el procedimiento contra reos ausentes (Libro III, Título III, arts. 407 a 414), no es ningún proceso, sino que regula una institución, la rebeldía, que afecta a las partes.

Conviene recordar, antes de seguir adelante, que el proceso ante los Tribunales militares no es en realidad un proceso penal ordinario, sino un proceso penal especial, ello porque los procesos penales de naturaleza ordinaria previstos por nuestra legislación procesal penal son todos los de la legislación común, a saber, el proceso penal ordinario por delitos más graves (el originario por delitos de la LECRIM), el proceso penal abreviado, el proceso penal abreviado con juicio oral inmediato, y el juicio de faltas.

Son procesos ordinarios porque la atribución de la competencia objetiva se realiza con carácter general para el conocimiento de todos los delitos y faltas según criterios diferenciadores de la gravedad de la pena, la forma de la culpabilidad, la flagrancia y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no existiendo ninguna limitación probatoria o adecuación especial del procedimiento.

Todos los demás procesos penales son especiales, aunque parece que doctrinalmente sea mejor hablar en algunos casos de especialidades procesales, dado que únicamente se prevén normas distintas, por ejemplo, con relación a la competencia objetiva o a las medidas cautelares.

Estos procesos especiales se caracterizan bien por reforzar garantías en el enjuiciamiento de inculcados aforados (v.gr., Magistrados, Fiscales, Diputados, Senadores, etc.), bien por ser instrumento procesal para enjuiciar hechos punibles tipificados fuera del CP (v.gr., menores, peli-

grosidad y rehabilitación social), o bien finalmente por ser consecuencia necesaria de la caracterización de Tribunal especial salvado por la Constitución (el Tribunal del Jurado o, lo que es nuestro caso, los Tribunales militares).

Por estas razones, estamos ante un proceso penal especial, lo cual no impide que el legislador haga supletoria a la LECRIM para lo no previsto en la ley que lo regula, como se dijo al principio.

A) *Razones de la reforma*

Pues bien, explicado lo anterior, la reforma procesal militar se fundaría, a la vista de la aplicación práctica de la legislación, en el entender de los expertos en la materia, que todavía no ha cumplido 10 años en muchos de sus aspectos, en primer lugar en la excesiva duración de los procesos militares, pues la media está en 14 meses, o más tiempo (2 años) si se ha interpuesto el recurso de casación, siendo prácticamente imposible dictar sentencia en un proceso abreviado antes de los 8 ó 9 meses, lo que dificulta extraordinariamente la aplicación del principio de la ejemplaridad de la Jurisdicción Militar, que exige decisiones rápidas, sobre todo respecto a militares no profesionales.

La excesiva duración de los procesos castrenses, en segundo lugar, impide igualmente que se alcancen los fines de la pena, ni se consigue la prevención especial, ya que el 95 por 100 no cumplen las condenas impuestas al estar en la reserva cuando la sentencia es firme.

La situación real, en este sentido, es que los soldados de reemplazo imputados, a los 9 meses se vuelven a sus casas, a los 14 meses se les juzga (18 meses o más si hay casación), y la pena normalmente se suspende cuando dejan de estar en filas, dándose los requisitos del art. 44 CPM, de donde se deduce que un tanto por ciento elevadísimo de los condenados no cumplen las penas.

Esa duración es desfavorable igualmente para los inculpados, tanto militares profesionales, porque la situación de procesado les perjudica profesional y económicamente, como clase de tropa y marinería, que cumplen con el servicio militar y todavía no saben el resultado de su imputación.

En particular, la excesiva duración del proceso militar se debe también a cuestiones concretas, orgánicas y procesales:

1.º) Desde el punto de vista orgánico, la organización militar no es la mejor. Ya conocemos los órganos jurisdiccionales militares, entre los que, recordemos, no existe la figura del Juez Togado Militar de lo Pe-

nal, es decir, el equivalente al Juez de lo Penal de la LOPJ y de la LECRIM, imprescindible para el cumplimiento del Juez no prevenido, de acuerdo con la STC 145/1988, de 12 de julio.

2.º) En lo tocante al proceso, los sumarios son extraordinariamente complejos y gruesos, quizás por el talante de Jueces y Fiscales militares, lo que afecta incluso a las diligencias preparatorias del proceso abreviado, y por la multitud de recursos previstos, siempre utilizados. Como precisión, se constata en la práctica la inclinación inquisitiva del Juez de Instrucción militar, muy proclive a realizar él mismo y exhaustivamente todas las investigaciones del delito y sus circunstancias objetivas y subjetivas.

3.º) También en cuanto a los inculpados hay que hacer distinciones, pues resulta evidente que no se distingue procesalmente hasta sus últimas consecuencias entre militares profesionales y los que son de reemplazo.

4.º) En lo que afecta a los delitos, no hay consecuencias específicas derivadas de si el delito es flagrante o no, o de si el delito está penado con más o menos de 3 años de privación de libertad, sino que unos delitos se solventan por un procedimiento y los demás por otro. Añádase a ello que a los militares profesionales imputados por delito doloso, se le imponen al mismo tiempo medidas administrativas muy gravosas (por ejemplo, suspensión de empleo y sueldo), dependiendo muchas veces del mando, sobre todo cuando la conducta no tiene claramente establecida su naturaleza, el inicio de la vía disciplinaria o penal.

Todas estas razones abonan de sobra la reforma procedimental de la LPM, sin descartar las modificaciones orgánicas. La duda es si basta con reformar el proceso abreviado castrense, o hay que dar un vuelco a toda la situación.

B) *La articulación del juicio rápido*

Personalmente nos inclinamos, no por introducir un juicio rápido al lado del abreviado, como ha hecho el legislador en 1992 con la LECRIM, sino por sustituir el actual abreviado por un juicio rápido, dejando el ordinario para los delitos en general, y el rápido, acelerado o abreviado en su nueva concepción, para resolver estos problemas.

Las pautas serían las siguientes:

a) *La nueva planta y demarcación judicial militar*: es preciso pensar en una mejor organización del Juez Togado Militar, estableciéndolo eficazmente allí donde el nivel de causas lo requiera, que

seguiría llevando la instrucción, sin perjuicio de las facultades del Ministerio Fiscal al respecto; y crear un Juez Togado Militar de lo Penal, competente para conocer del juicio oral y sentenciar en este procedimiento, también incardinado en cuanto a su demarcación de manera que resulte útil.

b) *La competencia objetiva en función de la naturaleza del hecho punible*: la idea principal sería establecer una doble distinción, partiendo del principio que sentamos en el apartado inmediatamente siguiente. Esa dicotomía haría referencia a establecer su competencia objetiva, en primer lugar con carácter general en función de la pena, y en segundo lugar en función de determinados delitos, siendo procedimiento adecuado este juicio precisamente en base a este carácter mixto (recordando que el actual proceso militar abreviado desaparecería):

1.ª) En efecto, por un lado y con carácter general, el procedimiento con juicio oral inmediato sería el adecuado para conocer de todos aquellos delitos que las leyes penales militares castigaran en abstracto con pena privativa de libertad de hasta tres años, cometidos por militares no profesionales (competencia objetiva por razón de la pena). El límite de tres años se fija para actuar en consonancia con lo dispuesto por la LECRIM, de acuerdo con la reforma del CP de 1995, para los delitos competencia del Juez de lo Penal, pero tras un detenido estudio por los expertos en la materia que están analizando la reforma del CPM, es posible que se llegue a la conclusión de que es más útil en el ámbito castrense el rebajarlo, por ejemplo, a un año, si se produce una rebaja de penas pareja a la del CP de 1995.

2.ª) Por otro y complementariamente a lo anterior, se establecería un listado de delitos (competencia objetiva por razón de la materia), que comprendería aquéllos que siendo los más cometidos por militares no profesionales, no ofrecieran *a priori* especiales dificultades probatorias, para los que sería en todo caso procedimiento adecuado el del juicio oral inmediato, independientemente de su penalidad.

Es difícil, sobre todo para una persona no experta en Derecho Penal militar, abordar con precisión esta cuestión. Por ello sugerimos a título orientativo el estudio de introducir dentro de este listado los delitos siguientes, teniendo en cuenta que es insoslayable una reforma profunda del CPM, una vez entrado en vigor el nuevo CP de 1995, por lo que tendrán que ser tenidas en cuenta varias cuestiones además de las que afectan estrictamente a la tipología:

1.º) Delito de insulto a superior del art. 98 CPM.

- 2.º) Delito de desobediencia del art. 102 CPM.
- 3.º) Delito de abandono de destino o residencia del art. 119 bis CPM, en donde no hay ánimo de permanencia.
- 4.º) Delito de deserción del art. 120 CPM, que requiere la voluntad de permanencia.
- 5.º) Delitos de quebrantamiento del deber de presencia de los arts. 121 a 123 CPM.
- 6.º) Delitos de abandono del servicio de los arts. 144 y ss. CPM.
- 7.º) Delito de embriaguez en acto de servicio del art. 148 CPM.
- 8.º) Delitos contra la eficacia del servicio de los arts. 155 y ss. CPM.
- 9.º) Delitos contra la Hacienda en el ámbito militar de los arts. 190, 195 y 196 CPM.

Como se ve, hemos recogido, de acuerdo con las estadísticas de las memorias de la Fiscalía General del Estado, los delitos más numerosos, sobre todo los dos primeramente enumerados y el último.

Pero habría que meditar igualmente la introducción como delitos militares, pues hoy o no son delito o pertenecen a la Jurisdicción penal ordinaria, de determinadas conductas, que en todo caso se tramitarían por este procedimiento cuya introducción en el ámbito castrense se está fundamentando en estas páginas. En concreto podría pensarse en sancionar el maltrato entre iguales (las famosas «novatadas»), las lesiones y las agresiones contra la libertad sexual, éstas dos hoy competencia de los órganos jurisdiccionales ordinarios.

c) *La calidad del inculpado*: teniendo en cuenta que la ejemplaridad que exige la actuación de la Jurisdicción militar, de acuerdo con el principio de disciplina, hace más conveniente mantener un proceso ordinario para los militares profesionales, que sería también el adecuado para los militares no profesionales cuando no pudiera tramitarse el juicio rápido, sin perjuicio de que se efectúen las correspondientes reformas para reducir el término medio de duración de su tramitación, y otro, que sería éste que estamos considerando, para los militares no profesionales, es decir, la clase de tropa y marinería, con o sin empleo consolidado (cabos 1.º, cabos 2.º y soldados de reemplazo), siempre que se dieran los demás requisitos estudiados en estas páginas.

El militar profesional, que ha asumido la disciplina y los altos valores castrenses, no resulta tan perjudicado porque el proceso dure un poco más, con relación al propio perjuicio que sufre el estamento militar al ver que es imposible la ejemplaridad exigible al militar no profe-

sional por ser el proceso demasiado largo, de ahí que entendemos que no infringiría el principio de igualdad del art. 14 CE.

d) *Los trámites procesales*: no habría inconveniente en pensar en los vigentes para el proceso penal ordinario introducido en 1992 en la LECRIM, mejorando su redacción y técnica, es decir, instrucción sencilla, imputación por el Juez Togado Militar, solicitud del Fiscal Militar de tramitación por este procedimiento, acusación y defensa, juicio oral con práctica de la prueba, sentencia y recurso de apelación, potenciando las posibilidades de conformidad con los hechos o con la pena en virtud de una negociación entre Fiscal y acusado, tutelada por el Juez Togado Militar de lo Penal, que no tiene por qué ser extraña al ámbito castrense, dadas sus constatadas ventajas y que ya está siendo experimentada en lo militar.

e) *La prueba*: es el tema clave, porque debe ser sencilla, es decir, debe constar en el mismo momento y lugar de comisión del delito, bien porque es de los llamados flagrantes, o por los resultados evidentes que ha dejado, estando además el sospechoso detenido, o siendo poco complicada su puesta a disposición judicial, mucho más fácil en el ámbito castrense como es inmediatamente deducible, de manera que se pueda practicar sin dificultad en el juicio oral que en breve se celebrará. Lo cual no quiere decir que se desprecien por ello las garantías probatorias, ni las demás del imputado, ni que intervengan otros criterios como el de la alarma social, antes criticado, que nada tienen que ver con esta cuestión. Si rapidez significa disminución de garantías, no es ésta la reforma que estamos propugnando.

f) *La sentencia*: Cumplidos todos los trámites y garantías, la sentencia se podrá dictar oralmente, en términos similares a los previstos en el art. 794.2 LECRIM, fundamentándose después si es condenatoria, siendo firme inmediatamente si las partes manifiestan su deseo de no recurrir, favoreciendo conforme al actual CP la posibilidad desuspensión de la ejecución de la condena (arts. 80 a 87 CP de 1995), y la sustitución de la pena (arts. 88 y 89 CP de 1995).

g) *Los recursos*: Es imprescindible suprimir el recurso de casación, de manera tal que la sentencia del Juez Togado Militar de lo Penal sea recurrible sólo en apelación ante el Tribunal Militar Territorial, ya que de mantener el actual sistema nada ganaríamos en cuanto a la rapidez.

§ 4. CONCLUSIONES

Tras la exposición anterior, y con la prudencia exigida por el caso, pensamos que habría que meditar una profunda reforma del proceso penal militar, que incluiría la introducción de un juicio rápido en sustitución del actual abreviado, en la línea siguiente:

1.ª) Parece impensable la modernización del proceso penal militar sin que, antes o al mismo tiempo, se haya producido la reforma del proceso penal de la LECRIM.

2.ª) Las reformas no podrían ser aisladas, por tanto, tendrían que afectar a las cuestiones orgánicas y a las estrictamente procesales penales paralelamente. En cuanto a las primeras, sería absolutamente improcedente en nuestra opinión pensar en una introducción del Jurado en el ámbito militar, a lo que formalmente no se opondría el texto del art. 125 CE, porque las Jurisdicciones especiales no son campo apropiado para la participación de los ciudadanos, dado su carácter específico y el componente profesional que preside la institución militar.

3.ª) No parecería adecuado tampoco en estos momentos introducir la instrucción del proceso penal a cargo del Fiscal Jurídico Militar, ante las discusiones actuales para regularlo en la LECRIM manifestadas en este artículo.

4.ª) Carecería de sentido introducir un nuevo proceso rápido, cuando ya existen en lo militar un proceso ordinario para el enjuiciamiento de los delitos más graves y un proceso ordinario para el conocimiento de determinados delitos o abreviado, sin perjuicio del proceso sumarísimo y del juicio de faltas. Lo correcto sería reformar el proceso ordinario y establecer un único proceso acelerado, que sustituyera el abreviado.

5.ª) No habría ningún inconveniente ni teórico ni práctico para instaurar el juicio rápido en el ámbito castrense, que debería responder al principio general de máximo acuerdo y colaboración entre todos los sujetos intervinientes, y, además, a las siguientes variables:

a) Respeto absoluto a los derechos constitucionales de defensa, principio de contradicción, juicio justo y presunción de inocencia.

b) Competencia del Juez Togado Militar de lo Penal unipersonal para la cognición y el fallo en la primera instancia, introducido como órgano jurisdiccional militar nuevo y establecida correctamente su planta y demarcación, que tendría en cuanto a la competencia objetiva el límite de penalidad de 3 años para el delito enjuiciado (o un año, según

las conclusiones a que lleguen los expertos), y los delitos específicos que se establezcan sea cual fuere su penalidad, sin perjuicio de las reformas que haya que hacer, que hemos enumerado supra (insulto a superior, desobediencia, abandono de destino o residencia, desertión, quebrantamiento del deber de presencia, abandono del servicio, embriaguez en acto de servicio, contra la eficacia del servicio, contra la Hacienda en el ámbito militar, maltrato entre iguales, lesiones y agresiones contra la libertad sexual), instruidos como hasta ahora por el Juez Togado Militar.

c) El inculpado sería siempre clase de tropa y marinería, con o sin empleo consolidado, o miembro del servicio militar obligatorio, en tanto subsista éste. Quedarían excluidos por tanto, por razones subjetivas, los militares profesionales, ya que los inconvenientes de la lentitud no se dan tan dramáticamente respecto a ellos, mejorando naturalmente la rapidez procedimental del proceso ordinario, y el tratamiento de las cuestiones administrativas antes aludidas.

d) Duración máxima de 15 días entre incoación y sentencia, lo que implicaría la necesidad de formular la acusación y la defensa oralmente en el acto del juicio, cuyos extremos quedarían reflejados en el acta.

e) Sencillez probatoria.

f) Favorecimiento del acuerdo (conformidad) entre acusación y acusado.

g) Sentencia dictada oralmente, sin perjuicio de su fundamentación escrita posterior.

h) Recurso de apelación a interponer en un plazo muy breve de tiempo, por ejemplo 3 días, que se resolvería lo más rápidamente posible, v.gr., en un máximo de 10 días, por el Tribunal Territorial, sin posibilidad de casación posterior, para que todo el procedimiento durara un período razonable, que podría ser alrededor de dos meses como máximo.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ANDRÉS IBÁÑEZ / CONDE-PUMPIDO TOURÓN / FERNÁNDEZ ENTRALGO / PÉREZ MARIÑO / VARELA CASTRO, *La reforma del proceso penal*, Ed. Tecnos, Madrid 1990; BLAY VILLASANTE, *Problemática penológica de los militares no profesionales*, Revista Española de Derecho Militar 1995, núm. 65, pp. 85 y ss.; CIMA GARCÍA, *Comentario en torno a las reformas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 10/92, de 30 de abril*, Revista Justicia 1992, vol. III, pp. 635 y

ss.; DAMIÁN MORENO / GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO / GARBERI LLOBREGAT, *La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992*, Ed. Colex, Madrid 1992, pp. 107 y ss.; DOLZ LAGO, *alcoholemias y juicios rápidos*, La Ley núm. 3551, de 28 de junio de 1994; FAIRÉN GUILLÉN, *Imagen preliminar y fragmentaria de la reforma procesal penal a fines de 1991*, Revista de Derecho Procesal 1992, vol. I, pp. 7 y ss., GIMENO SENDRA, *Nota urgente a la reforma procesal penal «urgente»*, Revista Justicia 1992, vol. II, pp. 263 y ss.; IDEM, *La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español*, Revista de Derecho Procesal 1992, vol. III, pp. 505 y ss.; GÓMEZ COLOMER, *El nuevo proceso penal abreviado*, Poder Judicial 1992, núm. 26, pp. 9 y ss.; IDEM, *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado*, Revista del Ministerio Fiscal 1996, núm. 4, en prensa; MARÍN CASTÁN, *Ensayo sobre el procedimiento abreviado para determinados delitos en la Ley Procesal Militar*, en «Derecho Penal y Procesal Militar», Ed. CGPJ, Madrid 1994, pp. 895 y ss.; MORENO CATENA / ALMAGRO NOSETE / CORTÉS DOMÍNGUEZ / GIMENO SENDRA, *El Nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1989; MORENO VERDEJO / MARCHENA GÓMEZ / ESCOBAR JIMÉNEZ /DÍAZ CABIALE / DEL MORAL GARCÍA / SERRANO BUTRAGUEÑO / ANDRÉS IBÁÑEZ, *el juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)*, Ed. Comares, Granada 1995; SERRA DOMÍNGUEZ, *Notas en torno al Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Revista Justicia 1992, vol. I, pp. 7 y ss.; VARIOS AUTORES, *El procedimiento abreviado*, en «Cuadernos de Derecho Judicial», Ed. CGPJ, Madrid 1992; VIVES ANTÓN, *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, t. II «La reforma del proceso penal», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, pp. 167 y ss.

LA SUSPENSIÓN CAUTELAR EN EL DERECHO MILITAR

Por Gonzalo Muñiz Vega
Coronel Auditor

I. NATURALEZA JURÍDICA.—II. NOTAS DISTINTIVAS. 1. Es una medida excepcional. 2. Proporciónada a la trascendencia de las infracciones imputadas y con una finalidad instrumental. 3. Suficientemente motivada. 4. Temporalmente limitada.—III. PROCEDIMIENTO.

I. NATURALEZA JURÍDICA

La suspensión de funciones, dentro del Derecho Militar, viene regulada en el art. 102 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, del régimen del personal militar profesional y por los arts. 45 y ss. del Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición militar y de situaciones administrativas, aprobado por Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre.

Los mismos contemplan dos tipos de suspensión por su origen y efectos: la que se puede acordar en expediente disciplinario por falta grave, por la autoridad disciplinaria de acuerdo con lo previsto por el art. 4 de la ley orgánica 12/1985, de 27 de noviembre de régimen disciplinario de las FAS o por el art. 35 de la ley orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, o la que se prevé como situación administrativa en el art. 96 de la citada Ley 17/1989, que se decreta, conforme dispone su art. 102, por el Ministro de Defensa como consecuencia de la tramitación de procedimiento militar o la incoación de expediente gubernativo contra el militar de carrera. No obstante y sin negarle naturalmente —cuando dé lugar a ella— el carácter de situación administrativa, la suspensión de funciones es sobre todo una medida cautelar, que, si se adopta por la imputación de delito o de supuestas conductas merecedoras de sanciones disciplinarias extraordi-

narias, provoca la situación administrativa y, si, en cambio, la medida es adoptada por la imputación de una falta grave, no origina tal situación administrativa (1). La diferencia, pues, no radica en su naturaleza cautelar o preventiva, que es la esencia de la suspensión de funciones, sino sobre todo en los efectos que provocan los dos tipos o clases de la misma y que están en función del procedimiento del que dimana y que determina la autoridad competente para acordarla (2).

Al ser una medida cautelar, tiene precisamente carácter accesorio, puesto que presupone y está en función de otro acto jurídico principal de imputación bien de un delito o conducta merecedora de sanción disciplinaria extraordinaria, bien de una falta grave. Legalmente no puede tener existencia, por tanto, sin tal acto jurídico de imputación de una infracción ya sea penal, ya disciplinaria y su existencia depende, en gran medida, de las vicisitudes de la referida imputación. Cuando ésta desaparece, la suspensión de funciones carece ya de razón de ser y debe extinguirse. Su naturaleza no difiere, pues, en este aspecto, de la naturaleza de las medidas cautelares previstas por el ordenamiento jurídico sancionador: prisión y arresto preventivos, fianza, etc.

El carácter de situación administrativa de la suspensión de funciones por delito o incoación de expediente gubernativo no obscurece ni desvirtúa su índole jurídica de acto accesorio cautelar dictado en virtud de un procedimiento sancionador. Su naturaleza jurídica es ante todo la de medida cautelar y no es distinta de la naturaleza jurídica de la suspensión adoptada en el expediente disciplinario por falta grave, teniendo, al igual que ésta y precisamente por su condición de medida cautelar —como ya vimos—, carácter accesorio respecto a la imputación formulada en un proceso penal o expediente gubernativo. Por tanto, estamos dentro del radio de acción del *ius puniendi*, sin el cual la suspensión carece de fundamento y, por ello, de existencia, lo que determina, en no poca medida, la normativa jurídica aplicable.

El régimen legal aplicable a la suspensión de funciones motivada por la instrucción de un proceso penal o expediente gubernativo, en cuanto medida cautelar, es el común de las restantes medidas cautelares dimanantes de un procedimiento sancionador —por ejemplo la prisión

(1) Según expone el art. 102 in fine de la Ley 17/1989 *«no tendrá más efectos que el cese del militar inculcado en el ejercicio de funciones por un período máximo de tres meses»*.

(2) Arts. 4 y 35, respectivamente, de las leyes disciplinarias de las FAS y Guardia civil, y 102 de la Ley 17/1989.

preventiva— y ha de regirse por los principios imperantes para ellas, sin que pueda representar obstáculo alguno al respecto que tal medida cautelar se adopte, no por la autoridad judicial o disciplinaria, sino por la administrativa y dé lugar a una situación administrativa. No cabe resaltar la faceta de situación administrativa para hacer olvidar la naturaleza predominante de medida cautelar, cuya justificación descansa en una pretensión sancionadora, porque la situación administrativa es accesoria siempre de ésta. De ahí que la suspensión de funciones integra el Derecho sancionador, al igual que el arresto o la prisión preventiva y demás medidas cautelares propias del mismo: fianza, retención de pasaporte, obligación de comparecer ante el juzgado periódicamente, etc.

II. NOTAS DISTINTIVAS

Y es este carácter accesorio y cautelar el que ha constituido el norte de la jurisprudencia para delimitar las notas distintivas de la suspensión, comunes —dada la naturaleza común de ambas— tanto a la dictada en el expediente disciplinario como a la motivada por un procesamiento o expediente gubernativo, que, a la vez, la explican y sirven para configurar los debidos temperamentos en su adopción.

A mi juicio, tales notas extraídas de la jurisprudencia del TC y del TS son las siguientes:

1. Es una medida excepcional

Así lo declaran, expresa e inequívocamente, por ejemplo, la SSTS, 3.^a, de 1 de abril de 1984, 3 de febrero de 1987...

Frente a lo anterior, la práctica ha venido siendo la contraria. La excepción ha sido el no pase a la situación de suspenso, tan pronto adquirió firmeza cualquier procesamiento por la jurisdicción militar, con lo que se ha generalizado una práctica que no dudamos de, precisamente por su generalización, considerar contraria in radice a la naturaleza de la institución según la propia jurisprudencia y que ha convertido lo que es una medida cautelar en una pena anticipada que los procesados por la jurisdicción militar se ven obligados a sufrir en contra del principio de presunción de inocencia proclamado por el art. 24 de la Constitución, así como de los derechos garantizados por sus arts. 23,2 y 25.

Y ello se ha agravado por la falta de comprensión de lo que realmente estaba aconteciendo, de algunas Salas de lo Contencioso Administrativo, que sin percatarse de lo que constituía una línea de conducta anti-constitucional o, cuando menos antijurídica, general y creyendo estar solo frente a un caso aislado, no respondieron a las expectativas, que se derivan del art. 106,1 de la CE, otorgando el amparo al que tenía derecho, quien sufría una auténtica pena anticipada desde que adquiría firmeza el procesamiento o incluso y, en algún caso, antes (3).

El actual Ministro del Interior parece entender mejor la verdadera naturaleza excepcional de esta medida cautelar, cuando declara a la prensa respecto a la suspensión de uno de los más destacados miembros de la Guardia Civil, al que supuestamente se le supone implicado en la llamada «guerra sucia», que no cree llegado el momento todavía de tomar estas «medidas extremas» (4).

Y así venía a coincidir con la jurisprudencia antedicha y con la Audiencia Nacional que en la S de 4 de febrero de 1994, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, calificaba a la suspensión preventiva de «medida extrema y excepcional».

2. Proporcionada a la trascendencia de las infracciones imputadas y con una finalidad instrumental (5)

Es aquí cuando han de entrar en juego los criterios legales recogidos por el art. 4, pfo. 2.º de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de régimen disciplinario de las FAS, por el art. 35,2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil para las faltas graves y por el art. 101,2 de la citada Ley 17/1989 y art. 46 del antedicho Reglamento, para los delitos o conductas merecedoras de sanciones disciplinarias extraordinarias, respectivamente.

Dentro del marco disciplinario, la finalidad accesoria e instrumental hace que la medida cautelar sólo está justificada, cuando, si se trata de

(3) El fenómeno es uno de los múltiples que se derivan del dato de que la materia de personal sea una de las escasas, en nuestro ordenamiento procesal, que continúe sometida al injusto sistema de instancia única.

(4) Ni por asomo emitimos juicio alguno acerca de la procedencia de la suspensión en este caso real.

(5) Cfr. SSTC 108/1984, de 26 de noviembre de 1984, 21/1985, de 15 de febrero, 26 de julio de 1996, 37/1996 de 11 de marzo, ATC de 3 de diciembre de 1986, SSTS, 3.ª, 1 de abril de 1985, 3 de febrero de 1987, etc. Todas se refieren a medidas cautelares y de ellas hemos extraído las notas distintivas que reseñamos...

un militar, la permanencia en sus funciones, pueda causar perjuicio al servicio (6).

Sin que sepamos la razón, la ley disciplinaria de la Guardia Civil se separa de la anterior y autoriza la suspensión cuando la naturaleza y circunstancias de la falta exijan una acción inmediata de la disciplina (7), con lo que restringe —a nuestro entender— los supuestos, ya que la exigencia de una acción inmediata de la disciplina concurre, por lo común, en supuestos más escasos, que la perturbación en el servicio sin que —insistimos— no aparezca claro el motivo de esta restricción en beneficio del Guardia Civil.

Como vemos, se otorga a la autoridad militar un poder discrecional bastante amplio poco armónico con una decisión que incide en un derecho fundamental, cual es el regulado por el art. 23,2 de la CE —SSTC 5/1983, 10/1983, entre otras y SSTs de 23 de julio de 1984, 1 de abril de 1985, etc.—.

De ahí que, ante tan amplia discrecionalidad, habida cuenta de su índole excepcional proclamada por el TS y su incidencia perjudicial en el ámbito de un derecho fundamental, se requiere la mayor objetividad en la ponderación de las circunstancias que justifican la medida cautelar, exigiéndose una incuestionable interpretación restrictiva de las mismas, controlable siempre por los tribunales. Y es el citado art. 102,2 de la Ley 17/1989 el que señala los criterios legales para adoptar la medida cautelar de suspensión de funciones, cuando la imputación sea delictiva o se incoe expediente gubernativo, esto es como accesoria de un proceso penal o de tal expediente gubernativo (8).

Si exigíamos la mayor objetividad y ponderación cuando la suspensión se decretaba como accesoria y cautelar de un expediente disciplinario por falta grave, con más razón e intensidad, si cabe, lo hacemos al acordarse como accesoria de un procedimiento judicial o expediente gubernativo, en donde además de los criterios legales a valorar expuestos en el antedicho art. 102,2 de la Ley 17/1989 y art. 46 del citado Reglamento nunca puede perderse de vista el carácter instrumental de la suspensión, que sólo viene justificada si la continuación en sus funcio-

(6) Art. 4 de la Ley disciplinaria de las FAS.

(7) Art. 35 de la Ley disciplinaria de la Guardia Civil.

(8) Según el mismo: *«El Ministro de Defensa valorando la gravedad de los hechos imputados, la existencia o no de prisión preventiva, el perjuicio causado a las Fuerzas Armadas o la alarma social producida, podrá acordar la suspensión en el ejercicio de sus funciones y el cese en su destino del militar inculgado.»*

nes del militar procesado o expedientado puede ser causa de perturbación para el proceso penal o expediente que se le sigue o para el servicio y la disciplina. Fuera de los casos en que realmente ocurra así, su imposición representa una violación de la presunción de inocencia y conllevará una pena anticipada, en armonía con la jurisprudencia tanto del TC como del TS como incluso del TEDH, que desde luego los tribunales tienen el deber de tutelar.

No es ocioso recordar que —según explica la STC 109/1986— «el derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2 del art. 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de la potestad legislativa y como criterio de coordinador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee una eficacia en un doble plano. Por una parte... constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en los hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por ende, *el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones de todo tipo*» (la cursiva es nuestra).

De ahí que cualquier restricción de los derechos que, como consecuencia de un hecho sancionable, se imponga antes de haberse probado el mismo y derivado de él, sin que encuentre una justificación plenamente fundada en una finalidad jurídicamente aprobada de bien común superior, ha de encuadrarse en las violaciones de la presunción de inocencia.

Los criterios legales reflejados por el art. 102,2 de la Ley 17/1989 parecen atender predominantemente a la proporcionalidad hoy aceptada ya como principio general del ordenamiento, mas —según mi criterio— descuidan la índole instrumental de toda medida cautelar, tal vez por su propia evidencia.

No basta, por sí solo, que el delito imputado sea grave o que la imputación infiera perjuicio al régimen de las FAS, etc., para decretar la suspensión de funciones del militar, si la permanencia de éste en las mismas no conlleva riesgo alguno para el servicio o para la investigación judicial. Entenderlo de otra manera es interpretar la norma en contra de la presunción de inocencia, al asociar a la imputación de un procesamiento firme o a la incoación de expediente gubernativo, consecuencias punitivas sin haberse demostrado aún la culpabilidad del reo. En realidad, se está imponiendo un anticipo o complemento punitivo, anejo a la firmeza del procesamiento —o a la apertura del expediente

gubernativo— inadmisibles por su incompatibilidad con los derechos fundamentales consagrados por la CE, en sus arts. 23, 24 y 25.

La consecuencia es que sólo en casos muy excepcionales —por no descartar por completo la posibilidad—, resulta jurídicamente aceptable decretar la suspensión de funciones del militar que no ocupa destino, es decir, de quien se halle disponible, excedente voluntario, en reserva o suspenso de empleo, porque precisamente no se halla justificada la finalidad instrumental de la cautela que supone la suspensión de funciones. Y es, en tales casos, en donde se decretaría la suspensión de funciones de un militar que no se encuentra en situación de servicio activo, cuando se registra lo notorio de su improcedencia, ya que resulta difícil buscar otra finalidad a la medida cautelar que la de hacer sufrir el gravamen de la disminución de emolumentos y de paralización en la escala, que la medida cautelar, en su faceta de situación administrativa, conlleva (9). Esto es, la firmeza del procesamiento se asocia a las secuelas anejas de una mengua de ingresos y de paralización en la escala, que tiene más el carácter de anticipo de condena o de sanción complementaria que de medida preventiva propiamente dicha —como sanción, no del probado hecho delictivo, sino de la firmeza de su imputación procesal, e incluso antes de que exista esta última (10). Y se convertiría así una medida precautoria en una simple medida económica y de detención en la escala, atendiendo no a la precaución de separar a un militar de sus funciones desde las que puede causar dificultades a la instrucción procesal o al servicio —que es el justificante de la medida—, sino a los efectos no cautelares, sino meramente administrativos y secundarios derivados de la suspensión de funciones, no como acto cautelar, sino como situación administrativa.

Y aunque, en menor medida —ya que las hipótesis, en que cabe la suspensión cautelar legítima pueden ser más, sobre todo en los supuestos de incoación de expediente gubernativo— igual fenómeno desnaturalizador se desarrollaría, cuando el militar, al adquirir firmeza el proce-

(9) Cfr. art. 102 de la Ley 17/1989 y 45 y ss. del citado Reglamento General.

(10) Creemos de muy dudosa legalidad la adopción de la medida con la incoación de unas diligencias previas, en donde no existe propiamente imputado y pese a la dicción del art. 47 del antedicho Reglamento, que contrasta con el momento procesal señalado por el art. 165 de la ley procesal militar, que indica con claridad e inequívocamente que es la firmeza del procesamiento, la que inicia el expediente administrativo para decretar la suspensión de funciones. A nuestro juicio, es tal auto firme de procesamiento el único capaz de permitir la valoración prevista por el art. 102 de la Ley 17/1989 para decretar la suspensión.

samiento, está ocupando otro destino distinto de aquel en donde se le atribuye haber cometido el delito.

Semejante proceder, que no respondería, de producirse, al auténtico sentido que tienen estas medidas cautelares desde la vigencia de la Constitución habría de dejar de lado la doctrina del Tribunal Constitucional, que proclama desde su STC de 15 de febrero de 1985, que una medida cautelar o preventiva, que suponga la pérdida o menoscabo, aun transitorio, de derechos individuales, y que suponga, en realidad, una sanción encubierta no tiene cabida en un Estado de Derecho.

3. Suficientemente motivada

La STC 108/1984 requiere, para que una medida cautelar —en el caso enjuiciado se trataba de una fianza— sea compatible con la presunción de inocencia que se adopte por una resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes que puedan conducir a fundamentar el juicio de proporcionalidad y no hay que olvidar que esta doctrina del TC, hoy plenamente consolidada y, por tanto, indiscutible, es vinculante conforme a los imperativos del art. 5,1 de la LOPJ.

Como argumenta el TS en la STS 3.^a, de 1 de abril de 1985, refiriéndose a la suspensión decretada en un expediente disciplinario, la medida cautelar tiene que estar amparada por hechos de gravedad y razones que la justifiquen tras un escrupuloso y esmerado examen de los hechos, lo que requiere naturalmente —según mi criterio— una motivación acorde con tales imperativos tanto en el expediente disciplinario por falta grave como en la resolución ministerial accesoria de un procedimiento judicial o expediente gubernativo. No hace falta que la motivación alcance una extensión determinada, pero lo que resulta en la misma ineludible es que ha de contener los hechos imputados y la conveniencia objetiva para el servicio, la disciplina o instrucción del procedimiento seguido y teniendo muy en cuenta que, como acto jurídico limitativo de derechos individuales e incluso fundamentales, en la justificación de su adopción rige, sin disputa, la interpretación restrictiva (11).

Tolerar suspensiones de funciones que no guarden proporcionalidad con los hechos imputados o no cumplan una clara y justificada finalidad

(11) STSC 34/1983, 67/1984, 115/1987.

instrumental, mas que la de agravar los efectos de la imputación penal o disciplinaria contraría el Estado de Derecho configurado por la Constitución, violando desde la interdicción de la arbitrariedad, pasando por la presunción de inocencia hasta el *ius in officium*, el principio de legalidad, etc. De ahí que si se llegara a adoptar como antaño la práctica de suspender de funciones a todo militar profesional contra el que se dicta un procesamiento firme la consideraríamos opuesta in rādice a la Constitución y al Estado de Derecho y secuela de épocas pretéritas preconstitucionales, aparte de que además conllevaría —como denuncia la mencionada STS de 1 de abril de 1985— cuando su justificación no está registrada en la necesaria motivación objetiva y real, atribuir de forma indirecta a los actos de la Administración una prerrogativa superior a la que se exige para ejecutar una resolución judicial.

4. Temporalmente limitada

Esta nota se desprende precisamente por la naturaleza predominante de acto accesorio y cautelar.

Como accesorio de un expediente disciplinario y gubernativo o de un proceso penal no puede subsistir con independencia del mismo. De ahí que, concluido el procedimiento sancionador del que dimanara contra el militar suspenso de funciones, tiene que ineludiblemente extinguirse la suspensión, lo que fortalece la índole de institución propia del D.º sancionador de la misma.

Su carácter cautelar impone la temporalidad de la medida, pues no cabe una incidencia en los derechos fundamentales afectadas permanente, ni siquiera prolongada más de lo necesario para la prevención de los perjuicios que la justifican. El legislador ha considerado así que el tiempo máximo de la suspensión por falta grave es el de los tres meses, que él mismo estimó como duración máxima del expediente disciplinario (12).

La primitiva redacción del art. 102 de la Ley 17/1989 no contenía limitación temporal con lo que contrastaba con el régimen común de los funcionarios civiles (13) y con la doctrina del TC que había declarado que se trataba de una medida temporalmente limitada. Para evitar esa

(12) Arts. 41 in fine de la citada Ley disciplinaria de las FAS.

(13) Art. 49,2 de la ley articulada de funcionarios civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964 de 7 de febrero.

desarmonía de la legislación militar, se dio nueva redacción al citado art. 102 a través de la Ley Orgánica 28/1994 de 18 de octubre, por la cual se limita ya el tiempo de la suspensión de funciones a seis meses, distinguiéndose si la misma conlleva o no cese en el destino y, en caso afirmativo, el suspenso, al concluir el semestre, pasa a la situación de disponible... y, por tanto, se produce el principal efecto de una de las sanciones disciplinarias por falta grave contempladas por el art. 10 de las leyes disciplinarias de las FAS y Guardia Civil (14), lo que acentúa aquella índole antedicha de la medida cautelar.

III. PROCEDIMIENTO

En su aspecto procesal, la medida cautelar de suspensión acordada en expediente disciplinario no ofrece problemas. Normalmente se adopta a través de acuerdo motivado en la misma resolución de incoación, aunque nada impide que se haga en resolución aparte o ulterior y salvo los requisitos antes expuestos, principalmente el de motivación, no presenta peculiaridad alguna.

Cuando la suspensión se debe a expediente gubernativo o proceso penal, una vez incoado éste o firme el procesamiento dictado (15), se comunica al Ministerio de Defensa o Dirección General de la Guardia Civil, con remisión del testimonio respectivo, iniciándose así el correspondiente procedimiento administrativo al efecto, que se registrará por la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo, en él, preceptivo el trámite de audiencia conforme a lo previsto por el art. 84 de la misma, cuyo incumplimiento y dada la índole sancionadora del expediente da lugar a la nulidad prevista en su art. 62,1 en relación con el art. 24 de la CE. Y aunque se prescindiera de la índole de instituto propio del D.º sancionador, desde la trascendental STS 3.ª, de 22 de febrero de 1990, se considera vicio de nulidad de pleno derecho incurso en el art. 47,c de la LPA —hoy en el art. 62,1,e de la Ley 30/1992, la omisión del trámite de audiencia del interesado (16).

(14) Pérdida de destino.

(15) Vide supra nota 10.

(16) Como no podía ser menos los tribunales inferiores han seguido esta doctrina y así véanse las últimas sentencias de distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de marzo y 20 de septiembre de 1995,

La resolución ministerial que acuerda la situación administrativa de suspenso en funciones no plantea cuestión alguna, ya que se halla sometida al sistema normal de recursos.

En cambio, la impugnación de la suspensión cautelar acordada en expediente disciplinario si los plantea, dada la específica regulación tanto de tal expediente como del recurso contencioso disciplinario militar, previsto en la vía judicial castrense (17). Creemos que no estamos en presencia de un acto de trámite, como ha sostenido la Sala V del Tribunal Supremo —separándose así de la ya consolidada jurisprudencia de la Sala III del mismo TS (18)— en sus Sentencias de 2 de marzo y 22 de abril de 1994, para denegar el recurso anticipado e independiente contra la medida cautelar, porque, como muy bien argumenta el voto particular del Presidente José Jiménez Villarejo a dichas sentencias, los actos de trámite son los que están funcionalmente orientados a iniciar, ordenar o impulsar el procedimiento o lo que es lo mismo, los que sirven para que el pase de una fase a otra hasta llegar a la resolución y las medidas cautelares que se adoptan en relación a una persona recaen sobre ésta y no sobre el procedimiento. Argumento —a mi entender— irrefutable (19) y que sólo extraña que no convenciera a los demás firmantes de aquellas sentencias y que nos releva de exponer al respecto las muy fundadas construcciones doctrinales, que apoyan científicamente la anterior conclusión del citado voto particular de la Presidencia (20).

16 de enero de 1996, etc., que consideran vicio de nulidad de pleno derecho prescindir del trámite de audiencia.

(17) Arts. 448 y ss. de la Ley procesal militar.

(18) La Sala III del TS, tras alguna vacilación decidió excluir de la categoría de actos de trámite a las medidas cautelares, primero con la S de 8 de febrero de 1980 y decididamente con la SS. de 23 de junio de 1985, 28 de enero de 1985, 25 de abril de 1985, Autos de 24 de enero y 18 de abril de 1985, etc. y desde luego —a diferencia de la Sala V—, ni cuando las consideraba acto de trámite, negó el recurso de amparo por violación de derechos fundamentales por la vía de la Ley 62/1978, porque, como argumentaba la S de 1 de abril de 1985, iría contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

(19) Estamos ante un acto de «trámite» que no «tramita» nada y en realidad —como denunciaba el ATS de 24 de abril de 1985—, la noción de acto de trámite se utilita como mero expediente dialéctico para impedir su recurribilidad.

(20) Cfr. Federico CASTILLO BLANCO: *Función pública y poder disciplinario del Estado*, CEMCI, Madrid 1992; José Antonio GARCÍA TREVIANO: *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993; E. GONZÁLEZ NIETO: *La suspensión administrativa de los funcionarios de la Administración local*, en *Revista Española de la Vida Local*, núm. 79, 1955.

Los dos últimos hablan de «actos separables» y aquél de resolución final de un minprocedimiento, coincidiendo todos en la recurribilidad independiente de la medida cautelar.

En definitiva, será el Tribunal Constitucional el que tiene que dilucidar problemática tan trascendente, ya que penden del mismo sendos recursos de amparo contra aquellas sentencias de la Sala V.

De no aceptarse, por su carácter de acto de trámite, el recurso aislado —conforme a aquella jurisprudencia de la Sala V—, contra la medida cautelar, sólo será posible su impugnación dentro del recurso judicial interpuesto contra la resolución sancionadora final en vía administrativa, con lo que no parece muy armónico con la tutela judicial efectiva, ni con la jurisprudencia del TEDH (21).

(21) Rarísimo será el caso —si se da que no lo creemos— que, cuando se resuelve el recurso en vía judicial junto a la resolución final, continúe vigente la medida cautelar, pues se habrán agotado con creces el plazo máximo de ésta.

Naturalmente la jurisprudencia del TEDH se desarrolla sobre la privación preventiva de libertad en el ámbito militar, pero no cabe admitir recurso contra el arresto y no contra la suspensión, ya que ambas medidas cautelares se someten, en nuestro Derecho, al mismo sistema de impugnación.

Así en la S. de 8 de junio de 1976, donde en el Caso ENGEL y otros el juez Verdross justifica su voto particular, porque no puede aceptar la tesis subyacente en la idea de que toda detención decretada por una autoridad militar cuya decisión «no esté sujeta a un recurso judicial suspensivo de la S. art. 5 del Convenio». En igual sentido se pronuncian no escasas sentencias de este TEDH comenzando por las de los Casos DE JONG, DUJET, VAN BRINK, DUINHOF y DUIF, etc.

En cuanto a la reserva en la aplicación del Convenio de Roma, formulada por España precisamente en relación con el régimen disciplinario militar, puede plantear a nivel interno, si se intenta invocar, conflictos serios respecto a la vigencia del art. 10 de la CE, que creemos sería el que debe prevalecer.

LA LICITUD DE LA AMENAZA O DEL USO DE ARMAS NUCLEARES: LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 8 DE JULIO DE 1996

Por M.^a Pilar Pozo Serrano
Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público
Universitat de Valencia (Estudi General)

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COMPETENCIA DE LA CORTE. 1. REQUISITOS PARA QUE LA CORTE SEA COMPETENTE. 2. LA DISCRECIONALIDAD DE LA CORTE PARA DECIDIR SI EMITE LA OPINIÓN CONSULTIVA SOLICITADA. 3. ASPECTOS RELATIVOS A LA FORMULACIÓN DE LA CUESTIÓN.—III. EL DERECHO APLICABLE. 1. NORMAS SIN RELEVANCIA DIRECTA PARA RESPONDER A LA CUESTIÓN PLANTEADA. 1.1. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 1.2. *Las normas convencionales y consuetudinarias sobre prohibición del crimen de genocidio*. 1.3. *El Derecho internacional del Medio Ambiente*. 2. EL DERECHO RELEVANTE. 2.1. *El derecho relativo al uso de la fuerza*. 2.2. *El derecho aplicable a los conflictos armados*. A) ¿Existen normas que prohíban las armas nucleares? B) El Derecho Internacional Humanitario. C) El principio de neutralidad. 2.3. *La obligación de negociar de buena fe un desarme nuclear total*.—IV. LA RESPUESTA DE LA CORTE. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 49/75 K de 15 de diciembre de 1994, solicitó a la Corte Internacional de Justicia que emitiera, con carácter urgente, una opinión consultiva sobre la siguiente cuestión:

«¿Está permitido en Derecho internacional recurrir a la amenaza o al uso de las armas nucleares en cualquier circunstancia?» (1).

(1) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 1.

La Asamblea General secundaba así una iniciativa de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) que, en su Resolución WHA 46.40 adoptada por su Asamblea el 14 de mayo de 1993, había planteado ante la Corte una cuestión similar pero más restringida: la de saber si la utilización de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado constituía una violación de sus obligaciones conforme al Derecho internacional, incluida la Constitución de la O.M.S. (2). Pese al notable intervalo de tiempo transcurrido entre la presentación de ambas solicitudes, la Corte señaló idénticos plazos para las distintas fases del procedimiento, y una sola serie de audiencias públicas (3). Finalmente, la Corte se pronunció el 8 de julio de 1996, sobre ambas solicitudes. Respecto a la primera, en el asunto relativo a la *Licitud del uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, la Corte decidió no emitir la opinión solicitada por considerar que carecía de competencia, no entró por consiguiente en el fondo de la cuestión (4). Por esta razón, el presente estudio se centrará exclusivamente en la opinión consultiva solicitada por la Asamblea General.

Se trata, probablemente, de una de las cuestiones más complejas a la que la Corte haya debido hacer frente en el marco de su función consultiva (5). La opinión solicitada exigía, además, abordar otros problemas no menos complicados como el de la existencia o inexistencia de lagunas en

(2) *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif 8 juillet 1996*, par. 1. La pregunta aparece formulada en los siguientes términos: «Teniendo en cuenta los efectos de las armas nucleares sobre la salud y el medio ambiente, su utilización por un Estado durante una guerra u otro conflicto armado ¿constituiría una violación de sus obligaciones según el derecho internacional, incluida la Constitución de la O.M.S.?».

(3) N. ROSTOW realiza un interesante análisis del contexto en el que la O.M.S. formuló la solicitud de opinión consultiva y de las cuestiones que se suscitaron con tal motivo, en «The World Health Organization, the International Court of Justice, and Nuclear Weapons», 20 *Yale Journal of International Law*, 1995, pp. 151-185.

(4) *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif 8 juillet 1996*, par. 21, 26, 27, 31 y 32. La Corte consideró que la solicitud de opinión consultiva presentada por la O.M.S. no guardaba relación con su «esfera de actividad», según exige el artículo 96.2 de la Carta, por lo que en faltaba una condición esencial para establecer la competencia de la Corte.

(5) Así lo manifiestan varios jueces en sus opiniones separadas y también la doctrina deja constancia de las especiales dificultades que planteaba la solicitud de la Asamblea General. En particular, J-P. QUENEUDEC cuestiona la oportunidad política de someter a la función consultiva de la Corte cuestiones que se revelan casi «tan infernales y diabólicas» como las armas nucleares (*vide* «E.T. à la C.I.J.: méditations d'un extra-terrestre sur deux avis consultatifs», *Revue Générale de Droit International Public*, 1996-4, pp. 907-914).

el derecho internacional, las características propias del Derecho internacional y de sus diferentes sectores, la solución de los eventuales conflictos entre sus normas, etc. La motivación de la opinión consultiva y sus conclusiones reflejan la existencia de profundas divergencias entre los miembros de la Corte a propósito de aspectos fundamentales, aunque también muestra la unanimidad sobre otros aspectos no menos importantes. Conforme a las normas de procedimiento aplicables al ejercicio de la función consultiva de la Corte, se ofreció la posibilidad de que los Estados con capacidad para comparecer ante la Corte y la propia Organización, presentaran alegaciones escritas y orales (6).

Antes de analizar el fondo de la cuestión, la Corte abordó los diferentes problemas suscitados a propósito de su competencia para emitir la opinión consultiva.

II. LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Dentro de este primer apartado, la Corte examinó tres categorías de problemas: en primer lugar, los referentes a su competencia en sentido estricto; en segundo lugar, los derivados del carácter discrecional del ejercicio de su función consultiva y, en tercer lugar, algunos aspectos referentes a la formulación de la cuestión.

1. Requisitos para que la Corte sea competente

La competencia de la Corte en materia consultiva viene regulada en el artículo 65.1 de su Estatuto, en virtud del cual:

«La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autori-

(6) El artículo 66 del Estatuto de la Corte establece: «1. Tan pronto como se reciba una solicitud de opinión consultiva, el Secretario la notificará a todos los Estados que tengan el derecho de comparecer ante la Corte. 2. El Secretario notificará también, mediante comunicación especial y directa a todo Estado con derecho a comparecer ante la Corte, y a toda organización internacional que a juicio de la Corte ... puedan suministrar alguna información sobre la cuestión, que la Corte estará lista para recibir exposiciones escritas ... o para oír en audiencia pública ... exposiciones orales relativas a dicha cuestión». Veintiocho Estados presentaron exposiciones escritas y veintidós exposiciones orales (*Avis consultatif 8 juillet 1996*, par. 5 y 9), lo que demuestra el excepcional interés suscitado.

zado para ello por la Carta o de acuerdo con las disposiciones de la misma».

Para que la Corte sea competente es necesario, por consiguiente, que el órgano que solicita la opinión consultiva esté «autorizado para ello por la Carta o de acuerdo con las disposiciones de la misma» y según el artículo 96.1 de la Carta:

«La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica».

La Carta, por lo tanto, habilita directa y expresamente a la Asamblea General para solicitar de la Corte una opinión consultiva «sobre cualquier cuestión jurídica» (7). El párrafo 2 del mismo artículo, sin embargo, restringe la capacidad de solicitar opiniones consultivas de los otros órganos de la ONU y organismos especializados:

«Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades».

1.1. *Alcance de la competencia de la Asamblea General para solicitar una opinión consultiva*

Algunos Estados objetaron que, pese a la diferencia de redacción, Asamblea General y Consejo de seguridad debían quedar sujetos a la misma limitación. La Corte evitó entrar en problemas de interpretación del artículo 96.1 y se limitó a observar que, incluso entendido tal y como esos Estados pretendían, el objeto de la presente opinión consultiva recaería «dentro de la esfera de sus actividades» en virtud de las competencias que atribuyen a la Asamblea General los artícu-

(7) Sobre la función consultiva de la Corte y su carácter discrecional, *vide* C. D. EXPÓSITO, *La función consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 61-102.

los 10 (8), 11 (9) y 13 (10) de la Carta de la O.N.U. La Corte concluyó que, por consiguiente:

«la cuestión planteada ... es relevante para numerosos aspectos de las actividades y preocupaciones de la Asamblea General, especialmente los relativos a la amenaza o al empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, el proceso de desarme y el desarrollo progresivo del Derecho internacional» (11).

Por último, frente a la postura sostenida por algunos Estados, la Corte subrayó que la facultad de la Asamblea General de solicitar opiniones consultivas no se restringe sólo a aquellas circunstancias en las que puede adoptar decisiones de carácter vinculante (12).

1.2. El objeto de la opinión solicitada ¿una cuestión jurídica?

Según la jurisprudencia constante de la Corte, el hecho de que una cuestión revista aspectos políticos no basta para privarle de su carácter jurídico si se trata de una cuestión que le invita a cumplir una función esencialmente judicial. Así sucedía en el presente caso, cuyo objeto se reconduce, en esencia, a apreciar la licitud de una conducta estatal respecto a sus obligaciones derivadas del Derecho internacional (13). Ni

(8) Este artículo dispone: «La Asamblea General podrá discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por esta Carta ...».

(9) Este artículo contiene disposiciones más específicas que guardan una indudable conexión con el objeto de la cuestión planteada en la solicitud de opinión consultiva: «La Asamblea General podrá considerar los principios generales de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, incluso los principios que rigen el desarme y la regulación de armamentos ...».

(10) Conforme a este artículo: «La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a. ... impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación».

(11) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 12. En el mismo sentido se pronuncia O. SCHACHTER, a propósito de la función contenciosa en «Disputes Involving the Use of Force», *The ICJ at a Crossroads*, Lori F. Damrosch (Ed.), Nueva York, 1987, p. 233.

(12) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 12, *in fine*.

(13) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 13, que cita en su apoyo abundante jurisprudencia.

las implicaciones políticas que pudiera tener la opinión consultiva ni la eventual naturaleza política de los móviles de la solicitud pueden tener una incidencia negativa en la competencia de la Corte. De hecho, cuando un problema jurídico presenta una importante dimensión política puede resultar de la mayor conveniencia obtener una decisión judicial que clarifique los principios y normas relevantes, como la propia Corte ha afirmado en otras ocasiones:

«... cuando las consideraciones políticas ocupan un papel destacado puede resultar particularmente necesario para una organización internacional obtener una opinión consultiva de la Corte sobre los principios jurídicos aplicables a la materia objeto de discusión ...» (14).

Una vez establecida su competencia para emitir la opinión consultiva, la Corte pasó a analizar si, en el ejercicio del poder discrecional que le confiere el artículo 65.1 del Estatuto («la Corte *podrá* emitir») debía emitir o no la opinión consultiva solicitada.

2. El poder discrecional de la Corte para dar una opinión consultiva

Sobre este punto existe una ya abundante jurisprudencia de la Corte, en la que se pueden identificar los grandes criterios a los que se ha ajustado constantemente y de los que ha hecho frecuente mención expresa en sus opiniones consultivas (15). A los efectos de la presente opinión, un criterio esencial es que, como norma general, la Corte no debe ne-

cia: *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 18, par. 15, *Demande de réformation du jugement n.º 158 du Tribunal Administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 172, par. 14, *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 61-62 ... La misma doctrina aplica la Corte en su función contenciosa, especialmente clara es el siguiente pronunciamiento de la Corte «Nul n'a cependant jamais prétendu que, parce qu'un différend juridique soumis à la Cour ne constitue qu'un aspect d'un différend politique, la Cour doit se refuser à résoudre dans l'intérêt des Parties les questions juridiques qui les opposent» [*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, p. 20, par. 37].

(14) *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980*, p. 87, par. 33.

(15) En este sentido, vide H. THIERRY, «Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1980-II, pp. 389-449.

garse a responder a una solicitud de opinión consultiva. Apoyándose en el tenor potestativo del artículo 65 de su Estatuto la Corte ha afirmado poseer un poder discrecional para emitir una opinión consultiva

«el poder de apreciar si las circunstancias del caso son tales que deben determinarla a no responder a la solicitud» (16).

Pero, como regla general, sólo debería negarse a emitir una opinión consultiva por razones graves (17). Esta doctrina está íntimamente conectada con la concepción que la Corte tiene de su actividad como una contribución al funcionamiento de la Organización, como ha señalado la Corte cada respuesta a una cuestión «constituye una participación de la Corte, ella misma órgano de las Naciones Unidas, en la acción de la Organización» (18). En la presente opinión consultiva, la Corte reafirmó expresamente esta doctrina (19) y recordó que, a lo largo de su existencia, nunca había denegado una opinión consultiva aduciendo su poder discrecional (20).

Una de las razones invocadas para que la Corte se abstuviera de emitir la opinión solicitada era el carácter vago y abstracto de la cuestión. Esta objeción nace, como puso de relieve la Corte, de una confusión entre las condiciones que rigen la función contenciosa y las que se aplican a la función consultiva. La existencia de una controversia precisa es ciertamente necesaria en el marco de la primera, pero carece de toda relevancia a los efectos de la función consultiva (21). En cuanto al carácter abstracto de la cuestión, la jurisprudencia constante de la Corte volvía a confirmar que ésta «puede emitir una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica, abstracta o no» (22).

(16) *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies* (avis consultatif du 3 mars 1950) *CIJ Recueil* 1950, p. 72.

(17) *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil* 1950, p. 71; *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, (avis consultatif du 23 octobre 1956) CIJ Recueil* 1956, p. 86.

(18) *CIJ Recueil* 1950, p. 71.

(19) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil* 1996, par. 14.

(20) Como ya se ha apuntado, en el caso de la solicitud presentada por la O.M.S., a propósito de la licitud del uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado, la Corte estimó que carecía de competencia.

(21) La finalidad de ésta, en efecto, no es resolver controversias entre Estados, sino dar consejos de carácter jurídico a los órganos e instituciones que la solicitan.

(22) *Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif, 1948, C.I.J. Recueil, 1947-48*, p. 61 citado en

La objeción planteada por otros Estados era que, para responder a la opinión consultiva solicitada, la Corte tendría que asumir una función legislativa. La jurisprudencia sobre este particular es clara y constante: la Corte no puede legislar, debe limitarse a cumplir su función judicial determinando si existen principios y normas jurídicas aplicables a la cuestión. Pero la Corte tampoco cae en una interpretación reduccionista del carácter declarativo de su función:

«[la Corte] declara el derecho existente y no legisla. Esto es así incluso cuando la Corte, al declarar y aplicar el derecho, debe precisar necesariamente su alcance y, a veces, constatar su evolución» (23).

La Corte concluyó, tras el análisis de las objeciones suscitadas por los Estados, que no existía ninguna razón decisiva para dejar de emitir la opinión consultiva (24).

3. Aspectos relativos a la formulación de la cuestión

Junto a otras objeciones de menor importancia, algunos Estados manifestaron su disconformidad con el uso de la palabra «permitido» porque parecía implicar que el uso de armas nucleares sólo sería posible si hubiera una norma de autorización de las mismas, lo que estaría en contradicción con los fundamentos del derecho internacional, especialmente, los principios de soberanía y consentimiento de los Estados, tal y como los enunció la Corte en el asunto del *Lotus*:

«Las limitaciones a la independencia de los Estados no se presumen ... [el derecho internacional deja a los Estados] una amplia

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, par. 15. En el mismo sentido, *Effet de jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1954, p. 51, Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 275 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 27, par. 40.*

(23) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, par. 18.*

(24) El juez Oda, sin embargo, sostuvo la postura contraria, y, dentro de la doctrina, J-P. QUENEUDEC, *op. cit.* en n. 5, pp. 912-914.

libertad que está limitada sólo en algunos casos mediante normas prohibitivas» (25).

Según tales Estados, la Corte debía reformular la pregunta reemplazando la palabra «permitido» por «prohibido».

Se trata de una objeción que afecta al núcleo mismo de la cuestión, pero desde el punto de vista de la formulación de la pregunta, que era el aspecto analizado en este momento liminar, la Corte se limitó a señalar que carecía de relevancia a los efectos del pronunciamiento (26).

III. EL DERECHO APLICABLE

La cuestión planteada a la Corte presenta numerosos puntos de conexión con instrumentos internacionales pertenecientes a diferentes ramas del Derecho internacional (27). Sin embargo, para determinar la licitud del uso o amenaza de armas nucleares, la Corte decidió aplicar únicamente el derecho más directamente relevante.

1. Normas sin relevancia directa

Los Estados partidarios del carácter ilícito del uso de armas nucleares invocaron en su apoyo diversas normas con la que la cuestión guarda una cierta conexión: los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos; el derecho convencional y consuetudinario relativo al crimen de genocidio y las normas de protección del medio

(25) C.P.J.I. *série A n.º 10*, pp. 18 y 19.

(26) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires/ avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 22. El problema subyacente es si todo lo que no está prohibido en Derecho Internacional Público debe considerarse permitido, tal y como sostuvo la C.P.J.I. en el asunto del *Lotus*. La Corte se centró en ese aspecto al tratar el fondo del asunto.

(27) O. SCHACHTER distingue cinco categorías de normas jurídicas relevantes en materia de armas nucleares: el *ius ad bellum*, el *ius in bello*, el conjunto de normas específicamente referidas a las armas nucleares, el *corpus* del Derecho Internacional Público en su conjunto que regula las obligaciones y derechos de los Estados, en la medida en que puede afectar a las políticas en materia de armamento nuclear y el derecho nacional aplicable a las decisiones de las autoridades nacionales en esta materia (*Lawyers and the Nuclear Debate*, M. Cohen-M. Gouin (ed.), 1988, p. 29, citado por el juez Weeramantry en su opinión disidente).

ambiente. La Corte estimó, sin embargo, que tales normas no aportaban por sí mismas los elementos necesarios para elaborar una respuesta.

1.1. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

El artículo 6.1. del Pacto —así como otros instrumentos regionales de protección de los derechos humanos— reconoce el derecho a la vida y señala que nadie puede ser privado arbitrariamente de ella. Son disposiciones inderogables, que rigen tanto en tiempos de paz como de conflicto armado. La Corte descartó su relevancia porque, aunque la protección otorgada por el Pacto no cese en periodo de guerra, para determinar si la muerte provocada por la utilización de un tipo concreto de armas constituye o no una privación arbitraria de la vida, se debe acudir al derecho aplicable a los conflictos armados, en cuanto *lex specialis*, y no a las disposiciones del propio Pacto (28).

1.2. *Las normas convencionales y consuetudinarias sobre prohibición del crimen de genocidio*

Algunos Estados, a lo largo de sus exposiciones escritas y orales, sostuvieron que la prohibición del genocidio, formulada por la Convención de 9 de diciembre de 1948 sobre prevención y represión del crimen de genocidio, era también una norma de derecho consuetudinario relevante a los efectos del presente asunto. El genocidio comporta la intencionalidad de destruir los miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto tal, y para estos Estados la intencionalidad mencionada podría considerarse implícita en toda utilización de armas nucleares, habida cuenta del elevado número de víctimas que causa este tipo de armas, víctimas que podrían comprender miembros de uno de dichos grupos.

La Corte consideró, sin embargo, que el uso de armas nucleares no comporta necesariamente el «dolo específico» requerido en el crimen de genocidio: para que las normas relativas a la prohibición del genocidio

(28) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif* 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, par. 25.

fueran relevantes habría que demostrar la presencia del elemento subjetivo y éste sólo podría apreciarse caso por caso, *a posteriori* (29).

1.3. *El Derecho internacional del medio ambiente*

Según ciertos Estados, toda utilización de armas nucleares sería ilícita respecto a las normas vigentes en materia de protección del medio ambiente. Entre los instrumentos pertinentes se citan el Protocolo Adicional I de 1977 a las Convenciones de Ginebra (30); la Convención de 18 de mayo de 1977 sobre la prohibición de usar técnicas de modificación del medio ambiente para fines militares o para cualquier otra finalidad hostil (31); la Declaración de Estocolmo de 1972 (32); y la Declaración de Río de 1992 (33). Desde la postura inversa, otros Estados cuestionaban el carácter vinculante de algunas de estas disposiciones, o negaban su aplicabilidad durante los conflictos armados o como consecuencia de las reservas formuladas por algunos de ellos.

La Corte llegó a la conclusión de que el Derecho internacional del medio ambiente tampoco proporciona una respuesta concluyente (34). No obstante, como la propia Corte destacó, del mismo se derivan una serie de importantes consideraciones ecológicas que los Estados deben

(29) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 26. El juez Weeramantry mantiene una postura diferente sobre este punto en su opinión disidente.

(30) El artículo 35.3 del Protocolo I prohíbe «el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural».

(31) Su artículo 1.º prohíbe el empleo de armas con efectos extensos, duraderos o graves.

(32) El principio 21 establece: «De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos en aplicación de su política medioambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional» [ONU, Doc. A/CONF. 48/14/Rev. 1].

(33) El principio 2 afirma: «De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional».

(34) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 33.

tener en consideración al poner en práctica el derecho aplicable a los conflictos armados (35).

En primer lugar, según un principio consolidado del Derecho Internacional del Medio Ambiente, todos los Estados tienen la obligación de garantizar que las actividades ejercidas en los límites de su jurisdicción, o bajo su control, respeten el medio ambiente de los demás Estados o de las zonas no sometidas a jurisdicción nacional (36). Esta obligación, como subraya la Corte, no puede tener por efecto impedir a un Estado ejercer su derecho de legítima defensa en virtud del Derecho Internacional, pero sí impone ciertas restricciones. En la actualidad, el respeto al medio ambiente es uno de los elementos que permiten juzgar si una acción es conforme a los principios a los que se debe adecuar el ejercicio de la legítima defensa: los principios de necesidad y de proporcionalidad (37).

En segundo lugar, en el ámbito del derecho convencional, los artículos 35.3 y 55 del Protocolo Adicional I ofrecen una protección adicional al medio ambiente durante los conflictos armados. A propósito de estos artículos, la Corte afirmó:

«consideradas conjuntamente, estas disposiciones consagran una obligación general de proteger el medio ambiente natural contra los daños extensos, duraderos y graves; una prohibición de utilizar métodos y medios de guerra concebidos para causar, o que previsiblemente causarán, tales daños; y una prohibición de efectuar ataques contra el medio ambiente a título de represalias.

Son poderosas restricciones para todos los Estados que han suscrito estas provisiones» (38).

(35) La obligación de proteger el medio ambiente durante los conflictos armados aparece explícitamente en instrumentos de diferente naturaleza jurídica, como los artículos 35.3 y 55 del Protocolo Adicional I; la Resolución 47/37 de la Asamblea General de la ONU, de 25 de noviembre de 1992; el principio 24 de la Declaración de Río... La Corte cita también la orden de la Corte de 22 de septiembre de 1995 en el asunto *Situación conforme al párrafo 63 de la sentencia de la Corte de 20 de diciembre de 1974, en el asunto de los ensayos nucleares* [C.I.J. Recueil 1995, p. 306, par. 64]. En esta última orden, la «obligación de los Estados de respetar y proteger el medio ambiente» se afirma en el marco de los ensayos nucleares, pero la Corte no duda en extender su validez al empleo del arma nuclear en un conflicto armado [*Avis consultatif, 8 juillet 1996, par. 32*].

(36) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, par. 29.*

(37) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, par. 30.*

(38) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, par. 31.*

El pasaje citado encierra afirmaciones parcialmente contradictorias: la Corte hace referencia a una «obligación general» para afirmar, a continuación, que son límites operativos respecto de los Estados «que han suscrito estas provisiones». De esta última consideración se deduce que se trata de límites de carácter meramente convencional: como se verá más adelante, el Protocolo I no se beneficia de la afirmación de que todo su contenido forma parte del derecho internacional consuetudinario, como la Corte había señalado a propósito de otros tratados (39).

2. El derecho relevante

La Corte consideró como derecho más directamente pertinente, a los efectos de la opinión consultiva solicitada, el derecho relativo al uso de la fuerza, el derecho aplicable a los conflictos armados y los Tratados específicos en materia de armas nucleares. Al mismo tiempo, subrayó que el conjunto de normas reseñado, se debía interpretar y aplicar teniendo en cuenta las especiales características de las armas nucleares «en particular, su enorme potencia destructiva, su capacidad para infligir sufrimientos indecibles al ser humano, y para causar daños a las generaciones futuras» (40).

(39) Se trata de la Convención IV de La Haya de 1907, y de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 (*avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 79). Aunque la Corte no incluye el Protocolo entre los tratados cuyo contenido formaría parte, en su totalidad, del derecho consuetudinario, nada impide que algunas disposiciones del Protocolo fueran expresivas del derecho consuetudinario en el momento de elaboración del Protocolo, o que hayan adquirido ese carácter con posterioridad. Pero la Corte no se pronuncia en ese sentido y parece atribuir un carácter meramente convencional a las limitaciones de los artículos 35.3 y 55 del Protocolo. En este sentido parece manifestarse también, R. FALK, «The Environmental Law of War: an Introduction», *Environmental Protection and the Law of War. A "Fifth Geneva" Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict?*, G. Plant (ed.), Belhaven Press, 1992, pp. 86-89. No obstante, entre los jueces, Weeramantry parece concederles un valor consuetudinario, y entre la doctrina, N. RONZITTI interpreta la opinión consultiva como un reconocimiento del carácter consuetudinario de tales provisiones (*vide* «La Corte Internazionale di Giustizia e la questione della liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari», *Rivista di Diritto Internazionali*, 1996/4, p. 868).

(40) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 35-36. En la doctrina existe un amplio consenso sobre las particularidades que presentan las armas nucleares. Entre otros, Resolución del Instituto de Derecho Internacional, adoptada en la sesión de Edimburgo de 1969 (53 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1969-II, p. 377, par. 7); E. L. MEYROWITZ, *Prohibition of Nuclear Weapons: The Relevance of International Law*, Transnational

2.1. *El derecho relativo al uso de la fuerza*

La Carta contiene varias disposiciones relativas al uso de la fuerza. El artículo 2.4. prohíbe el recurso «a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas». Los artículos 51 y 42 contemplan sendos supuestos de uso lícito de la fuerza: el art. 51 reconoce el derecho de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de agresión armada; el art. 42, contempla la posibilidad de que el Consejo de Seguridad adopte medidas coercitivas de carácter militar en el marco del Capítulo VII de la Carta. Esta sería, a grandes rasgos, la regulación del uso de la fuerza en la Carta. Las disposiciones citadas *no mencionan armas concretas: la Carta no autoriza ni prohíbe expresamente ningún tipo de armas y sus disposiciones, subrayó la Corte, se aplican a cualquier supuesto de uso de la fuerza, con independencia del tipo de armas empleado* (41). Con esta premisa, la Corte pasó a analizar si las condiciones que tanto el derecho consuetudinario como la Carta imponen al derecho de legítima defensa, excluirían categóricamente el recurso a las armas nucleares en el ejercicio de dicho derecho.

A) ¿Es lícito recurrir a las armas nucleares en legítima defensa?

Dos condiciones impone el derecho consuetudinario al uso de la fuerza en caso de legítima defensa: respetar los principios de necesidad y de proporcionalidad (42). Así lo formuló la Corte en el *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ésta*:

«existe una norma específica y consolidada en derecho internacional consuetudinario según la cual la legítima defensa sólo le-

Pub. Inc., 1990; Istvan Pogany (ed.) *Nuclears Weapons and International Law*, Avebury, 1987.

(41) *Ibidem*, par. 39.

(42) Junto a las exigencias del derecho consuetudinario, la legítima defensa según la Carta debe ajustarse a una exigencia adicional que impone el artículo 51: «Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad ...». Ninguna conclusión especial dedujo la Corte de esta disposición, únicamente reafirmó que el tipo de arma utilizado era irrelevante a los efectos de esta prescripción, que regiría en cualquier caso (*Avis consultatif 8 juillet 1996*, par. 44).

gitima medidas proporcionales a la agresión armada sufrida y necesarias para responder a la misma» (43).

Según algunos Estados, el uso de armas nucleares sería, por sí mismo, inconciliable con el principio de proporcionalidad, por el enorme riesgo de devastación que comportaría una escalada en el uso de armas de esta naturaleza. Desde la perspectiva contraria, se afirmaba la existencia de armas nucleares tácticas, lo suficientemente precisas como para reducir al mínimo tales riesgos. La Corte consideró que no poseía datos suficientes para pronunciarse en favor de ninguna de los dos extremos y se limitó a hacer un llamamiento a la cautela de los Estados. Según la conclusión final de la Corte sobre este punto, el principio de proporcionalidad, por sí mismo, no basta para excluir, en toda circunstancia, el recurso a las armas nucleares en legítima defensa. Al mismo tiempo, la Corte afirmó un importante principio:

«un uso de la fuerza que resultara proporcionado conforme al derecho de legítima defensa, debe satisfacer también, para ser lícito, las exigencias del derecho aplicable en los conflictos armados, que comprende en particular los principios y reglas de derecho humanitario» (44).

Por consiguiente, el mero respeto del principio de proporcionalidad no basta para hacer lícito el uso de la fuerza en legítima defensa, es necesario que éste, además, se ajuste a las normas de derecho humanitario. Se trata de un punto capital de la opinión consultiva, la autonomía de los ámbitos de actuación del *ius ad bellum* y del *ius in bello*, que puede tener importantes consecuencias. El derecho de legítima defensa es un derecho indiscutido, tanto en la Carta como en el Derecho Internacional General: lo que se puede inferir de la afirmación de la Corte es que el uso de la fuerza en legítima defensa está subordinado —como cualquier otro uso de la fuerza— a las normas de derecho humanitario. La legítima defensa no podría autorizar, en consecuencia, el recurso a medios intrínsecamente contrarios a los principios y normas de derecho humanitario.

(43) *C.I.J. Recueil 1986*, p. 94, par. 176, citado por la Corte en el párrafo 41 de la presente opinión consultiva.

(44) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 42.

La Corte, sin embargo, se detuvo en la afirmación del principio, sin extraer las consecuencias señaladas. Consecuencias que, además, resultan difíciles de conciliar con otros pronunciamientos de la opinión consultiva que, implícitamente, parecen admitir la posibilidad de que el ejercicio del derecho de legítima defensa justifique, en casos excepcionales que comprometan la supervivencia del Estado, la transgresión del derecho humanitario (45).

B) La mera posesión de armas nucleares ¿constituye una amenaza ilícita?

En la cuestión planteada a la Corte únicamente se hace referencia a la «amenaza» o «uso» de armas nucleares y no a su «posesión». Es un aspecto importante, particularmente si se tiene en cuenta que algunos de los convenios y jurisprudencia invocados por los Estados en defensa de sus respectivas tesis sólo contemplan la «posesión». Sin embargo, en el contexto de la política de la disuasión, en el que la posesión de armas nucleares va acompañada de una intención real de utilizarlas en caso de agresión, la cuestión que se suscitó ante la Corte era si la posesión de armas nucleares, en esas condiciones, representaba en sí misma una amenaza ilícita. La Corte, evitando en todo momento identificar las nociones de «amenaza» y «posesión», afirmó que «amenaza» y «uso» de la fuerza son conceptos paralelos en cuanto a su calificación jurídica: en aquellos casos y circunstancias en los que el «uso» de la fuerza sea ilícito, su «amenaza» lo será también, y viceversa. Sentada esta premisa, la Corte respondió que la mera posesión de armas nucleares —acompañada de una intención real de usarlas en caso de agresión—, en sí misma no es ilícita: para serlo, el uso de la fuerza proyectado debe ser contrario al art. 2.4. de la Carta o, en caso de ser meramente defensivo, violar necesariamente los principios de necesidad y proporcionalidad (46).

La Corte señaló otras cuestiones comprendidas en la cuestión planteada por la Asamblea General, pero consideró innecesario pronunciarse sobre ellas: cuestiones como las represalias armadas en periodo de guerra,

(45) Por ejemplo, en la argumentación, en el par. 97, y en la parte dispositiva, en el par. 105. 2) E. En este sentido, *vide* N. RONZITTI, *op. cit.* en n. 39, pp. 877-78; R. A. FALK, «Nuclear Weapons, International Law and the World Court: A Historic Encounter», *American Journal of International Law*, 1997/1, pp. 64-75.

(46) *Ibidem*, par. 48. Para una interpretación de los usos prohibidos por el art. 2.4 *vide* R. BERMEJO GARCÍA, *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Civitas, Madrid, 1993.

la adopción de medidas coercitivas conforme al artículo 42 por el Consejo de Seguridad y el uso de armas nucleares en el plano interno (47).

2.2. *El derecho aplicable a los conflictos armados*

El análisis del derecho aplicable en las situaciones de conflicto armado se realiza en tres niveles: la existencia de normas de derecho internacional que regulen la licitud o ilicitud de las armas nucleares en cuanto tales; el derecho aplicable a los conflictos armados en sentido estricto o derecho internacional humanitario, y el derecho de la neutralidad.

A) ¿Existen normas que prohíban específicamente el armamento nuclear?

Una observación preliminar realizó la Corte: ni el derecho internacional consuetudinario ni el derecho internacional convencional autorizan específicamente la amenaza o el uso de tales armas; tampoco existe ninguna norma de derecho internacional que subordine la licitud de la amenaza o utilización de las armas nucleares, o de cualquier otra arma, a la existencia de una autorización previa y específica de la misma, por el contrario:

«La práctica de los Estados muestra que la ilicitud del uso de ciertas armas en cuanto tales no resulta de una ausencia de autorización, sino que, por el contrario, se encuentra formulada en términos de prohibición» (48).

En relación con el Derecho Convencional, la Corte puso de relieve la inequívoca tendencia de la práctica estatal a declarar ilícitas las armas de destrucción masiva en virtud de instrumentos específicos, para cada

(47) *Avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 46, 49 y 50. En relación con el problema de las represalias armadas en tiempos de guerra, la Corte eludió pronunciarse sobre la cuestión de fondo, su licitud o ilicitud, y se limitó a señalar que, en cualquier caso, el eventual derecho de recurrir a tales represalias quedaría también sujeto a las limitaciones del principio de proporcionalidad. Las represalias armadas en tiempos de paz son ilícitas en todo caso, como recuerda la opinión consultiva.

(48) *Ibidem*, par. 52.

categoría de armas (49). Ninguno de estos tratados contiene disposiciones expresamente referidas a las armas nucleares; en esas circunstancias la Corte consideró que no era posible equiparación alguna entre las armas nucleares y las otras categorías de armas, ni aplicar a las primeras, por analogía, las prohibiciones convencionales que pesaban sobre las últimas (50).

Los tratados específicamente concernientes a las armas nucleares no contienen prohibiciones generales, similares a las establecidas para los otros tipos de armas. La mayoría de estos tratados contienen limitaciones parciales relativas a la adquisición, fabricación, posesión (51), despliegue (52) y ensayo de las armas nucleares (53), sin tratar específicamente las cuestiones de la amenaza y utilización de las mismas. El uso de armas nucleares únicamente aparece contemplado de modo directo en dos Tratados, el de Tlatelolco (54) y el de Rarotonga (55), así como

(49) Así lo ponen de manifiesto, en relación con las armas bacteriológicas y tóxicas, la Convención de 10 de abril de 1972 y, respecto las armas químicas, la Convención de 13 de enero de 1993.

(50) Varios instrumentos prohíben, en efecto las armas envenenadas: la segunda declaración de La Haya de 29 de julio de 1989, el artículo 23 a) del Reglamento concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la Convención IV de la Haya de 18 de octubre de 1907, y el Protocolo de Ginebra de de 17 de junio de 1925, sobre prohibición de gases asfixiantes, tóxicos o similares.

(51) Tratados de paz de 10 de febrero de 1947, Tratado de 1 de julio de 1968 sobre la no proliferación de armas nucleares, Tratado de Tlatelolco, de 14 de febrero de 1967 sobre prohibición de las Armas nucleares en América latina y sus protocolos adicionales, Tratado de Rarotonga de 6 de agosto de 1985 sobre la zona desnuclearizada del Pacífico Sur, Tratado de 12 de septiembre de 1990 sobre la solución definitiva respecto a Alemania, Tratado sobre desnuclearización del sudeste asiático, firmado el 15 de diciembre de 1995, Tratado sobre la creación de una zona desnuclearizada en África, firmado en El Cairo el 11 de abril de 1996.

(52) Tratado de 1 de diciembre de 1959 sobre la Antártica, Tratado de 27 de enero de 1967 sobre los principios que rigen las actividades de los Estados en materia de exploración y utilización del espacio extra-atmosférico, incluida la luna y otros cuerpos celestes, etc.

(53) Tratado de 5 de agosto de 1963 sobre la prohibición de los ensayos de armas nucleares en la atmósfera, en el espacio extra-atmosférico y bajo el agua, también los dos tratados citados en la nota precedente.

(54) En su artículo 1 (prohíbe el uso de armas nucleares por las Partes contratantes) y en el artículo 3 del protocolo adicional II, abierto a los estados dotados de armas nucleares exteriores a la región.

(55) A diferencia del Tratado de Tlatelolco, el de Rarotonga no contiene una prohibición expresa de utilizar las armas nucleares, pero dicha prohibición sería consecuencia necesaria del resto de las prohibiciones contenidas en el mismo. Su protocolo segundo abierto a los cinco Estados con armamento militar, sí contiene prohibiciones expresas de amenaza o uso de armas nucleares.

en el contexto de la prórroga indefinida del Tratado de 1968 sobre la no-proliferación de armas nucleares (56). Para algunos Estados estos últimos tratados demostrarían la emergencia de una norma de prohibición general de uso de armas nucleares; para otros, lejos de poner de manifiesto una prohibición total y absoluta de recurrir a dichas armas, tales tratados partirían de la premisa de que su uso puede ser lícito en determinadas circunstancias.

Ninguno de los tratados mencionados permitía deducir, según la Corte, una prohibición convencional, completa y universal, de recurrir al uso o amenaza de armas nucleares. Los Tratados analizados en el primer grupo podrían ser considerados, como máximo, como preludio de una futura prohibición general de usar tales armas, pero no comportan por sí mismos tal prohibición. En cuanto a los otros tratados y declaraciones, junto al compromiso de no usar armas nucleares en ciertas zonas o contra ciertos Estados, los países dotados de armas nucleares se reservaban el derecho de recurrir a las armas nucleares en ciertas circunstancias, reservas que no suscitaron objeción alguna de los demás estados partes ni del Consejo de Seguridad (57).

En lo concerniente al Derecho consuetudinario, ante la Corte se invocaron dos posibles fuentes de una norma internacional de prohibición de las armas nucleares. Por un lado, la práctica constante de no utilización de armas nucleares desde 1945 —práctica que además sería expresión de la *opinio iuris* de los Estados que detentan armas nucleares—; por otro, la existencia de numerosas resoluciones de la Asamblea General que, con regularidad, han ido afirmando la ilicitud de las armas nucleares (58).

Frente a la práctica reseñada en primer lugar, los Estados partidarios de la licitud de las armas nucleares, alegaban, sin embargo, que siempre se habían reservado el derecho de recurrir a las mismas en legítima defensa, y que el no recurso a las mismas desde 1945 no respondía a la existencia de una costumbre existente o en vías de formación, sino al hecho de que

(56) Con ocasión de la prórroga del Tratado en 1995, los cinco estados dotados de armamento nuclear se han comprometido, mediante declaraciones unilaterales separadas, a no usar armas nucleares contra los Estados partes no dotados de tales armas, y a asistir a a dichos Estados si fueran víctimas de una agresión nuclear.

(57) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 58-63.

(58) La primera resolución de la Asamblea General que proclamó explícitamente la ilicitud de las armas nucleares fue la Res. 1653 (XVI) de 24 de noviembre de 1961, a la que hacen referencia todas las resoluciones posteriores en el mismo sentido.

no se hubieran presentado las circunstancias susceptibles de legitimar su empleo. La Corte estimó que la significativa adhesión de los Estados a la política de disuasión, durante ese mismo periodo, no permitía considerar que la práctica mencionada fuera expresiva de la *opinio iuris* (59).

En cuanto a la segunda posibilidad, las resoluciones de la Asamblea general, aunque no sean vinculantes, pueden tener un valor normativo dependiendo de su contenido, de su modo de adopción y de la existencia de una *opinio iuris*. Para que esto suceda, las resoluciones deben haber sido adoptadas por unanimidad, consenso o por una mayoría significativa desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo. En este contexto, la Corte menciona únicamente la resolución 1653 (XVI) de 24 de noviembre de 1961. En ella se declara:

«el uso de armas nucleares y termonucleares es contrario al espíritu, a la letra y a los objetivos de la Carta y por lo tanto constituye una violación directa de la misma».

La resolución fue adoptada por 55 votos a favor, 20 en contra y 26 abstenciones; votaron en contra cuatro de los cinco estados poseedores de armas nucleares, número suficientemente representativo, según la Corte, para privarle de valor normativo (60). A propósito de ésta y de las demás resoluciones invocadas, la Corte concluyó que no se daban en ellas las condiciones necesarias para reconocerles un valor normativo:

«constituyen la manifestación de una profunda inquietud respecto del problema de las armas nucleares, pero no establecen aún la existencia de una *opinio iuris* sobre la ilicitud de usar tales armas» (61).

(59) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, par. 67.*

(60) Otras resoluciones utilizan términos similares, y reproducen también importantes divisiones en su adopción, por ejemplo, la Resolución 38/75 de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1987, «condena resueltamente, incondicionalmente y para siempre la fuerza nuclear» y fue adoptada por 95 votos a favor, 19 en contra y 30 abstenciones; la resolución 47/53 de 9 de diciembre de 1992, que reafirma que «el uso de armas nucleares constituiría una violación de la Carta de las Naciones Unidas y un crimen contra la humanidad».

(61) *Ibidem*, par. 71. La Corte no alude, en este momento, a la larga serie de resoluciones, anteriores a la 1653 (XVI), aprobadas por unanimidad, y que ponen de manifiesto la existencia de un compromiso de eliminar todo armamento nuclear. Se trata, por ejemplo, de las Resoluciones 1(I) de 24 de enero de 1946, 41 (I), 191 (III) ... hasta

B) El Derecho Internacional Humanitario

El uso de armas nucleares ¿podría considerarse ilícito en virtud de los principios y normas del derecho internacional humanitario? Era la siguiente cuestión que la Corte debía abordar y, para responderla, la opinión consultiva efectúa una rápida descripción del origen, evolución y composición actual del Derecho internacional humanitario (62). La Corte pudo constatar la actual existencia de un denso entramado convencional al que debe sujetarse la conducción de cualquier operación militar y subrayó que, con independencia de la evolución de los medios de combate, las normas de Derecho internacional humanitario conservan plena validez y vigencia, siendo aplicables a cualquier tipo de arma existente o futura.

1. *Los principios cardinales de Derecho Internacional Humanitario.* La cuestión planteada en la opinión consultiva ofreció a la Corte la oportunidad para pronunciarse sobre aspectos fundamentales del Derecho internacional humanitario (63). En primer lugar, la Corte identificó tres principios cardinales en los textos de derecho humanitario. Según el primero, los Estados nunca pueden hacer objeto de sus ataques a los civiles ni, en consecuencia, utilizar armas incapaces de distinguir objeti-

llegar a la resolución 808 (IX). Sólo a partir de los años sesenta reflejan las resoluciones de la Asamblea General una división clara entre los países nucleares y sus aliados y el resto de los países, como consecuencia de la guerra fría y de la política de la disuasión. La Corte sí mencionó este segundo grupo de resoluciones como categoría aparte y en otro contexto, el de la obligación de negociar de buena fe el desarme nuclear. Este aspecto de la cuestión es analizado con cierto detenimiento por el juez Ferrari Bravo, para quien estas resoluciones iniciales pondrían de manifiesto que había comenzado a formarse una norma prohibitiva del arma nuclear, sin que consiguiera consolidarse como consecuencia del inicio de la guerra fría entre las dos superpotencias —dotadas ambas de armamento nuclear— y del aparato convencional construido alrededor de la política de la disuasión.

(62) *Vide, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, par. 75-77.*

(63) Hasta la presente opinión consultiva, son escasas y colaterales las referencias que haya podido hacer la Corte a cuestiones de derecho humanitario, todas ellas en el marco de su competencia contenciosa: así, la genérica invocación de «consideraciones elementales de humanidad» en el asunto del *Lotus C.I.J. Recueil 1949, p. 22*], o las afirmaciones, mucho más llenas de contenido, del *Asunto concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (fondo)*, en las que se reconoce el valor consuetudinario de algunas disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra, por ejemplo, del art.1 común, en virtud del cual las Partes se comprometen a respetar y hacer respetar los Convenios en todas las circunstancias, la Corte señala que se ha convertido «en un principio general ... de derecho humanitario al que los Convenios meramente dan una expresión específica» [*C.I.J. Recueil 1986, par. 220*].

vos civiles de militares. Según el segundo, no se deben inferir daños superfluos a los combatientes: por consiguiente, estarían prohibidas las armas que provocaran tales males o que agravaran inútilmente los sufrimientos. Los Estados, en definitiva, no tienen una libertad ilimitada para elegir las armas que van a emplear.

En tercer lugar, la Corte se refirió a la cláusula Martens, como un complemento fundamental que facilitaba la adaptación de los dos principios mencionados a la evolución de los medios y técnicas militares. La cláusula, según la formula el artículo 1.2 del Protocolo Adicional I de 1977, establece:

«En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública» (64).

La Corte subrayó, a propósito de las armas nucleares, algo que ya había afirmado, genéricamente, a propósito de cualquier tipo de armas: pese a que las armas nucleares sean posteriores a la mayor parte de principios y normas de derecho internacional humanitario, tales principios se aplican a las mismas, porque así lo exige su naturaleza intrínsecamente humanitaria y la propia cláusula Martens (65).

2. *Su naturaleza consuetudinaria ... ¿y de ius cogens?* La Corte confirmó algo que ya era pacíficamente admitido en la doctrina y en otros

(64) Sobre las diferencias entre la formulación clásica de la Cláusula Martens y las que recibe en las Convenciones de Ginebra de 1949 y en los Protocolos Adicionales, G. ABI-SAAB, «The Specificities of Humanitarian Law», en *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Ginebra, 1984, p. 275 y ss.

(65) Siendo este un punto no controvertido, como reconoce la propia Corte en el par. 86 de la opinión, resulta sorprendente la relativa extensión que, sin embargo, le dedica. La Corte, en efecto, subraya que «según la gran mayoría de los Estados y de la doctrina, no cabe lugar a dudas de que el derecho humanitario se aplica a las armas nucleares» [par. 85, *in fine*], por otro lado, la Corte también constata en otro momento que ninguna de las alegaciones presentadas por los Estados ha invocado la tesis según la cual las normas de derecho humanitario no serían aplicables a las armas nucleares en razón del carácter relativamente novedoso de las mismas [par. 86]. Tal vez obediencia a la intención de que no pueda suscitar ningún tipo de dudas la pertinencia del derecho humanitario pese a que, como otros sectores considerados no directamente pertinentes por la Corte, sus normas no hacen referencia específica a las armas nucleares.

contextos internacionales: que una amplia mayoría de las normas convencionales que reflejaban principios humanitarios universalmente reconocidos, ha adquirido una naturaleza consuetudinaria. El proceso codificador en el ámbito del Derecho internacional humanitario ha sido particularmente extenso y los Tratados resultantes —especialmente la Convención IV de la Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre y los Convenios de Ginebra de 4 de agosto de 1949—, han sido objeto de una amplia adhesión por parte de los Estados. Además, se trata de normas esenciales para el respeto de la persona o por consideraciones de humanidad, por lo que estas normas según afirmó la Corte:

«se imponen a todos los Estados, hayan ratificado o no los instrumentos convencionales que las expresan, porque constituyen principios inviolables (*intransgressibles*) del derecho internacional consuetudinario» (66).

Hay que destacar que la Corte no hace extensible esta afirmación a todas las normas del derecho humanitario convencional, la Corte habla de «reglas fundamentales» y entre las mismas únicamente enuncia las ya señaladas: Convención IV de La Haya, y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. En su apoyo citó dos textos de diferente naturaleza y muy distanciados temporalmente entre sí: la doctrina del Tribunal de Nuremberg y el Informe del Secretario general de las Naciones Unidas por el que presentaba el Estatuto del Tribunal internacional para la ex-Yugoslavia (67).

El recurso a la atípica expresión de «principios inviolables», parece responder a la voluntad de la Corte de no pronunciarse sobre su pertenencia al *ius cogens*. Son numerosos los autores que consideran que los principios y normas de derecho humanitario forman parte del *ius cogens*, y algunos Estados defendieron esta postura en sus exposiciones ante la Corte. Ésta, sin embargo, aludió al problema sin pronunciarse sobre el mismo, por considerar que la naturaleza del derecho humanitario aplicable a las armas nucleares no entraba dentro de la cuestión planteada por la

(66) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif* 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, par. 79.

(67) *Ibidem*, par. 80-81. El Tribunal internacional penal para la Ex-Yugoslavia ha abordado en especial el análisis de las normas consuetudinarias relativas a los conflictos armados internos, *vide* International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Decision in *Prosecutor v. Dusko Tadic* [2-X-1995] par. 96-127, reproducido en 35 *International Legal Materials*, 1996, pp. 53-68.

Asamblea General, ni era relevante para la respuesta (68). En cualquier caso, las características que la Corte señala a las normas de derecho humanitario y el propio adjetivo «inviolable» no hacen sino evocar los caracteres propios de las normas de *ius cogens*: normas que deben ser respetadas en todo lugar y circunstancias, que no son susceptibles por consiguiente, de derogación y cuya violación no se podría justificar por ningún motivo. La cuestión a dilucidar es si el derecho de legítima defensa puede exonerar del respeto de normas que se consideran «inviolables» (69) o si, por el contrario, estas normas «inviolables» del derecho internacional prohíben a los Estados usar las armas nucleares, aunque sean el último recurso para asegurar su supervivencia (70). La Corte afirmó el carácter inviolable de las normas fundamentales de derecho humanitario, pero consideró que no podía derivar de las mismas una prohibición absoluta de las armas nucleares (71).

Una parte importante de la doctrina ha visto en este sector, el del derecho humanitario, la aparición de las primeras normas identificables con la noción de *ius cogens* (72). Pero, en última instancia, corresponde a la Corte de manera preeminente identificar qué normas en concreto son de *ius cogens*, así se deduce del artículo 66.a del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En este sentido se había expresado también la Comisión de Derecho Internacional, cuando decidió no incluir supuesto alguno de normas imperativas en el Convenio señalado, para que fuera la propia práctica estatal y la jurisprudencia internacional las que procedieran a su identificación. En atención a la actitud de la Corte en la presente opinión, y en otros asuntos, se diría que pre-

(68) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 79 y 83.

(69) Es la postura que defienden, entre otros, los jueces Guillaume, Higgins y Schwebel, en sus respectivas opiniones anexas a la opinión consultiva.

(70) Una respuesta afirmativa a esta cuestión es la que se impondría, entre otros, para los jueces Bedjaoui, Weeramantry, Shahabuddeen y Koroma.

(71) Entre otras razones, la Corte señaló la dificultad para afirmar la existencia de una norma general, con autoridad y perspectivas de eficacia, en una materia en la que los Estados habían mostrado divisiones tan profundas.

(72) En este sentido, L. CONDORELLI-L. BOISSON DE CHAZOURNES, «Quelques remarques à propos de l'obligation des États de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire en toutes circonstances», en *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Ginebra, 1984, pp. 19 y ss; P. M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1993, p. 162, J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho internacional público y Organizaciones internacionales*, 1996, p. 678; W. T. GANGL, «The *Ius Cogens* Dimensions of Nuclear Technology», *Cornell International Law Journal*, 1980, pp. 63-87.

fiere «sugerir» más que determinar explícitamente cuándo una norma es de *ius cogens* (73).

3. *El principio de neutralidad.* El análisis que la Corte la consagra es muy breve, sin preocuparse por fijarle un contenido concreto, subrayó su enorme importancia:

«tiene un carácter fundamental análogo al de los principios y reglas humanitarias, se aplica (a reserva de las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas) a todos los conflictos armados, cualquiera que sea el tipo de arma utilizado» (74).

4. *Consecuencias de la aplicabilidad del Derecho internacional humanitario y del principio de neutralidad a las armas nucleares.* Sin lugar a dudas, este era el aspecto más difícil y su respuesta la que suscitaría más divergencias entre los miembros de la Corte, de hecho, el Presidente de la Corte tuvo que hacer uso de su voto de calidad para alcanzar una conclusión sobre este punto. Dos posturas, básicamente, fueron las que mantuvieron los Estados en sus alegatos a lo largo del proceso, y las que se reproducirían ulteriormente entre los jueces. Para unos, la sujeción de las armas nucleares al derecho de los conflictos armados no comporta necesariamente que estén prohibidas en cuanto tales (75). Para otros, el recurso a las armas nucleares nunca puede ser compatible con los principios y normas de derecho humanitario, por su incapacidad para respetar la distinción entre objetivos civiles y militares y por lo incontrolable de sus efectos, y por consiguiente deben considerarse ilícitas. Similares posturas se reproducen respecto de las consecuencias del principio de neutralidad.

La Corte consideró que carecía de pruebas irrefutables sobre la existencia o inexistencia de algún tipo de arma nuclear susceptible de respetar las exigencias del derecho humanitario. Aun admitiendo que las características únicas de las armas nucleares hacían difícil conciliar su

(73) En el asunto de la *Barcelona Traction*, son muchos los autores que han visto en su célebre referencia a las obligaciones *erga omnes*, un elenco de normas de *ius cogens*, pese a que no se haga mención de su carácter imperativo, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32.

(74) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 89.

(75) En este sentido se habían pronunciado, por ejemplo, el Reino Unido, o Estados Unidos, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 91.

utilización con las exigencias del derecho humanitario, la Corte concluyó en atención a otros aspectos ya señalados del derecho y de la práctica estatal:

«... en vista del estado actual del derecho internacional tomado en su conjunto ... así como de los elementos de hecho a su disposición, la Corte se ha visto conducida a constatar que no podría alcanzar una conclusión definitiva en cuanto a la licitud o ilicitud del uso de armas nucleares por un Estado en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que su misma supervivencia estuviera en juego» (76).

Conclusión difícil de conciliar, como ya se ha señalado, con otras afirmaciones anteriores de la Corte, referentes a la subordinación de la legítima defensa a los principios y normas de derecho humanitario (77).

C) La obligación de negociar de buena fe un desarme nuclear total

Un considerable número de las opiniones separadas de los jueces avanzan el temor de que la respuesta de la Corte pueda parecer insatisfactoria: en realidad, probablemente fuera la Corte la principal insatisfecha con el carácter poco concluyente de su respuesta, de ahí que abordara la cuestión «en un contexto más amplio» para afirmar la obligación de los Estados de negociar de buena fe un desarme nuclear completo. Se trata de una obligación consagrada por el artículo VI del Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares, afirmada también en sucesivas resoluciones de la Asamblea General y por el propio Consejo de Seguridad (78). La Corte no se limitó a recordarles a los Estados esta obligación, también realizó una importante especificación en cuanto a su naturaleza al caracterizarla como una obligación de resultado y no de mero comportamiento:

«El alcance jurídico de la obligación considerada va más allá del de una simple obligación de comportamiento; la obligación

(76) *Ibidem*, par. 97. Aspectos como el incuestionable derecho de legítima defensa de todo Estado, el significativo arraigo de la «política de la disuasión» en la esfera internacional y los analizados a propósito de los tratados sobre armamento nuclear.

(77) *Supra*, n. 44.

(78) *Ibidem*, par. 100-103.

aquí concernida es la de llegar a un resultado preciso —el desarme nuclear en todos sus aspectos— mediante la adopción de un comportamiento determinado, en concreto, proseguir las negociaciones sobre la materia de buena fe» (79).

IV. LA RESPUESTA DE LA CORTE

En la motivación de la opinión consultiva quedan patentes las dificultades experimentadas por la Corte para responder a la cuestión, y también las conclusiones reflejan sus problemas para alcanzar no ya la unanimidad sino, a propósito de algunos aspectos, la mayoría imprescindible para pronunciar una respuesta.

En cuanto a la cuestión de su competencia, la Corte resolvió a favor de la misma por una amplia mayoría, con un solo voto en contra (80). Respecto a la cuestión de fondo, las diferentes partes en que la Corte descompuso su respuesta obtuvieron muy desiguales grados de adhesión.

1. La Corte pronunció por unanimidad las siguientes respuestas:

«A. Ni el Derecho internacional convencional ni el derecho internacional consuetudinario autorizan específicamente la amenaza o el empleo de armas nucleares;

...

(79) *Ibidem*, par. 99.

(80) *Ibidem*, par. 105. 1). El voto disidente fue emitido por el juez Oda. En su opinión disidente, argumentaba que se trataba de una pregunta inadecuada para la competencia consultiva de la Corte, que la Asamblea General no tenía una necesidad de real de obtener una respuesta de la Corte, y que la adopción de la resolución por la que se solicitaba la opinión consultiva no reflejaba un consenso significativo entre los Estados miembros de la ONU. En relación con este último aspecto, la resolución fue adoptada por 78 votos, con 43 en contra (incluidos Estados Unidos, Rusia, Gran Bretaña y Francia) y 38 abstenciones, estando ausente China. El voto favorable representa un 64%, y ha llevado a algún autor a cuestionar si no sería exigible la mayoría de 2/3 requerida por el artículo 18.2 de la Carta para decisiones sobre «cuestiones importantes» (en este sentido, P. H. F. BEKKER, «Addendum: The Vote in the General Assembly», *American Journal of International Law*, 1997/1, pp. 133-138). En cualquier caso, ni la opinión disidente del juez Oda, ni los Estadios opuestos a la solicitud de la opinión consultiva aluden en ningún momento a una eventual irregularidad en el procedimiento de adopción de la resolución.

C. Es ilícita la amenaza o el uso de la fuerza mediante armas nucleares que sea contrario al art. 2.4. de la Carta y que no se ajuste a todas las prescripciones de su artículo 51;

D. La amenaza o el empleo de armas nucleares debería ser también compatible con el Derecho internacional aplicable en los conflictos armados, especialmente los principios y normas de derecho Humanitario, así como con las obligaciones particulares adquiridas por los Estados en virtud de otros convenios expresamente referidos a las armas nucleares;

...

F. Existe una obligación de entablar de buena fe y de llevar a término, negociaciones que conduzcan al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz» (81).

En relación con este último párrafo, no cabe duda de que el objetivo último del mismo, el desarme nuclear completo, constituye un deseo unánime, sin embargo no se puede dejar de mencionar algunos aspectos problemáticos del par. F, pese a su unánime adopción. Por un lado, como algunos jueces apuntan, se trata de un pronunciamiento que va más allá de la cuestión estrictamente planteada a la Corte (82). Por otro lado, es un pronunciamiento equívoco en cuanto a su alcance: ¿se refiere a una obligación general, de derecho consuetudinario o se limita a formular la obligación de los Estados Partes en el Tratado de no proliferación, en virtud de su artículo VI? La lectura de este punto a la luz de la exposición de motivos, tal como recomienda el párrafo 104 de la opinión, lleva a deducir que se trata de una obligación que incumbe a los Estados Partes en Tratado de no proliferación (83). Interpretarlo como la afirmación de una obligación general no deja de suscitar dificultades, aunque algunos jueces parecen sustentar esta postura (84).

(81) *Ibidem*, par. 105.2).

(82) Es un dato que apuntan, entre otros, los jueces Guillaume, Schwebel y Fleischhauer: unos señalan que podría ser una afirmación *ultra petita*; para otros, pese a hallarse en la parte dispositiva de la opinión consultiva, dicho pronunciamiento estaría más correctamente emplazado en la motivación, y debe ser tratado, por ello, como un *dictum*.

(83) En este sentido, *vide Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, Op. dis. Schwebel, *in fine*.

(84) Por ejemplo el juez Fleischhauer en su opinión individual, par. 7.

2. Por una mayoría relativamente amplia (once votos contra tres) la Corte adoptó la siguiente respuesta:

«B. No existe una prohibición completa y universal de la amenaza o del empleo de las armas nucleares en cuanto tales, ni en el derecho internacional consuetudinario ni en el convencional» (85).

La formulación de esta respuesta merece algún comentario. Entre los jueces disidentes, Shahabuddeen, por ejemplo, la critica porque el hecho de que no exista una norma que prohíba específicamente, en cuanto tales, el uso de armas nucleares, no permite inferir que su uso sea lícito. En el mismo sentido se pronunció otro juez disidente, Herczegh, que subrayó:

«En los ámbitos en los que no se encuentra una prohibición completa y universal de ciertos actos “en cuanto tales”, la aplicación de los principios generales del derecho permite regular el comportamiento de los sujetos del orden jurídico internacional, obligándoles o autorizándoles, según los casos, a abstenerse o a actuar de una manera u otra. Los principios fundamentales del derecho internacional humanitario ... prohíben de modo categórico e inequívoco el empleo ... de las armas nucleares. El derecho internacional humanitario no conoce excepciones a estos principios» (86).

3. Finalmente, el pronunciamiento más controvertido fue adoptado por siete votos contra siete (87), con el voto de calidad del Presidente, y aparece formulado en los siguientes términos:

(85) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, par. 105. 2).

(86) *Avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996*, Declaración del juez Herczegh.

(87) Los votos favorables y disidentes respecto al apartado E del dispositivo pueden llevar a una representación equívoca de la mayoría real: el único punto común entre los votos disidentes es su disconformidad con la afirmación de que «la Corte no puede concluir de forma definitiva» en un sentido o en otro. En cuanto al fondo, los disidentes mantienen dos posturas radicalmente contrarias: unos consideran que el derecho internacional considera lícito el uso de armas nucleares en ciertas circunstancias; otros, que el uso de armas nucleares es ilícito en toda circunstancia. Sobre la cuestión de fondo existen mayores similitudes entre algunos jueces que han votado a favor y otros jueces formalmente disidentes, que entre jueces que han votado en el mismo sentido.

E. De las exigencias antes señaladas se deriva que la amenaza o empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las reglas de Derecho internacional aplicables a los conflictos armados y especialmente a los principios y reglas de derecho humanitario;

Sin embargo, en vista del estado actual del Derecho internacional, así como de los elementos de hecho de los que dispone, la Corte no puede concluir de forma definitiva que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que la supervivencia misma de un Estado se hallase en juego» (88).

Del segundo párrafo se deduce que sólo se plantean problemas para calificar la licitud o ilicitud a propósito de «una circunstancia extrema de legítima defensa en la que la supervivencia del Estado estuviera en causa», fuera de este supuesto excepcional, el uso o amenaza de armas nucleares sería ilícito (89).

Algunos jueces, identificaron en el carácter indeciso de la respuesta contenida en el párrafo 2.E) una declaración de *non liquet*, en contradicción con su jurisprudencia constante (90). Es interesante como argumento en contra el razonamiento del juez Vereshchetin, para quien la prohibición y la propia noción de *non liquet* sólo se aplican al procedimiento contencioso. En el marco de la función consultiva, la Corte debe declarar el derecho tal como existe en un momento determinado: no se puede acusar a la Corte de una indeterminación que es imputable al propio derecho (91).

(88) *Ibidem*, par. 105. 2)

(89) *Ibidem*, opinión individual de Guillaume, par. 12, y en el mismo sentido, Ferrari Bravo, Schwebel, Higgins, Vereshchetin, Oda.

(90) *Ibidem*, opinión disidente de Shahabuddeen, par. 6 y Higgins, par. 2, 29-39. La mayoría de los jueces disidentes, sin embargo, prefiere limitarse a mostrar su desacuerdo con la vaguedad o la indeterminación de la respuesta sin calificarla expresamente como un *non liquet*.

(91) *Ibidem*, declaración de Vereshchetin. Sobre el problema del *non liquet*, J. STONE, «*Non Liqueur and the Function of Law in the International Community*», *The British Yearbook of International Law*, 1959, p. 145; LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, 1933, p. 180.

V. CONCLUSIONES

La opinión consultiva suscita numerosas cuestiones dignas de análisis. Centrándonos en el núcleo material de la cuestión planteada por la Asamblea General se pueden subrayar varios aspectos.

En primer lugar, la aparente vacuidad de algunas conclusiones de la Corte queda mitigada cuando, siguiendo la recomendación del párrafo 104, se leen e interpretan a la luz de la motivación. En la respuesta del apartado E subsiste, sin embargo, un poderoso grado de indeterminación: la esencia de la cuestión radica en cómo conciliar la tensión entre unos principios jurídicos y una práctica estatal que se mueven en sentidos contrarios (92). Pese a la ausencia de un pronunciamiento categórico, la opinión consultiva, en su conjunto, ofrece mayor sustento a la tesis de la ilicitud de las armas nucleares, que a la contraria. El pronunciamiento más significativo a este respecto, el párrafo 2E del dispositivo, establece que el Derecho Internacional prohíbe la amenaza o el uso de armas nucleares, sólo admite una posible excepción: la existencia de una circunstancia extrema de legítima defensa, en la que la supervivencia misma del Estado se hallara en peligro. Lo que hay que resaltar es que, por el mero hecho de admitir esta «posible excepción», la Corte no está reconociendo que las armas nucleares sean lícitas en este supuesto excepcional; únicamente afirma su incapacidad, en tal situación, para concluir en un sentido o en otro.

En segundo lugar, para suplir parte de esa indeterminación, el último párrafo de las conclusiones señala, unánimemente, la obligación de negociar de buena fe el desarme nuclear total, obligación de resultado que según el parecer de la Corte representa «un objetivo vital para el conjunto de la comunidad internacional en la actualidad» (93). En este

(92) Para algunos jueces, la práctica estatal permitiría afirmar que el uso de las armas nucleares es lícito en ciertas circunstancias: la práctica estatal entre los años 1945-1987 no permitía la formación de una norma que estableciera una prohibición general y expresa de toda arma nuclear. Para otros jueces, las normas de derecho internacional humanitario —anteriores a esa práctica o elaboradas durante ese mismo periodo de tiempo— son difícilmente compatibles con el continuo proceso de desarrollo tecnológico en el armamento nuclear. No es un fenómeno desconocido en el derecho internacional que, siendo esencialmente consuetudinario, y por lo tanto de formación espontánea, ha conocido y conoce numerosas situaciones en las que unas normas obstaculizaban el establecimiento o el mantenimiento de normas contrarias. Sobre esta cuestión, *vide* la declaración del juez Ferrari Bravo y la opinión disidente del juez Schwebel.

(93) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, par. 103, in fine.*

sentido, la opinión representa un notable estímulo para las fuerzas sociales y políticas que propugnan un desarme nuclear completo, y al mismo tiempo que debilita la postura de quienes defienden la licitud del armamento nuclear. En cualquier caso, para alcanzar el resultado señalado en el párrafo F es imprescindible la voluntad de las potencias nucleares (94). La Corte ha realizado una importante labor de esclarecimiento del derecho internacional en la materia, y ha señalado a la práctica estatal la dirección a seguir. En determinadas circunstancias, como señala Lauterpacht:

«una aparente indecisión, que deja un amplio margen de discreción al órgano que ha solicitado la opinión, puede ser preferible— desde el punto de vista del desarrollo del derecho y de orientación de la acción— a una decepcionante claridad que no permite señalar la complejidad inherente de la cuestión. En la medida en que las decisiones de la Corte constituyen una expresión del derecho internacional —convencional y consuetudinario— no pueden sino reflejar la ocasional oscuridad o el carácter inconcluso de un sistema jurídico defectuoso» (95).

(94) Aunque como señala R. A. FALK, parece poco probable que la decisión de la Corte repercuta en el comportamiento de los Estados nucleares en el futuro más inmediato (*vide*, R. A. FALK, *op. cit.* en n. 45, p. 74).

(95) H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, 1982, p. 152 (citado en la Declaración de Vereshchetin, *avis consultatif 8 juillet 1996*).

II. TEXTOS

1. LEGISLACION

**MINISTERIO DE LA
PRESIDENCIA**

REAL DECRETO 2103/1996, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

(Del BOE núm. 231, de 29-9-1996)

REAL DECRETO 2613/1996, de 20 de diciembre, de supresión de organismos autónomos.

(Del BOE núm. 8, de 9-1-1997)

REAL DECRETO 219/1997, de 14 de febrero, por el que se modifica parcialmente el Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre de creación del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

(Del BOE núm. 49, de 26-2-1997)

REAL DECRETO 287/1997, de 28 de febrero, por el que se crea el Mando de Adiestramiento y Doctrina del Ejército de Tierra.

(Del BOE núm. 61, de 12-3-1997)

REAL DECRETO 288/1997, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Cuerpos, Escalas y especialidades fundamentales de los militares de carrera.

(Del BOE núm. 68, de 20-3-1997)

REAL DECRETO 367/1997, de 14 de marzo, por el que se determina la organización periférica de la Guardia Civil.

(Del BOE núm. 64, de 15-3-1997)

2. JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Por Antonio Mozo Seoane
General Auditor
Profesor Titular de Derecho Administrativo

Sentencia 14/1996, de 29 de enero. Sala Segunda. («B.O.E.» núm. 54, de 2 de marzo de 1996).

Recurso de amparo 2.592/1995, contra Auto del Tribunal Militar Central desestimando recurso de queja contra el Juzgado Togado Militar Central.

Materia: supuesta vulneración, entre otros, del derecho a la libertad: motivación suficiente de las resoluciones judiciales que decretaron la prisión provisional.

Ponente: Sr. Vives Antón.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

En el sumario 1/6/94, seguido en el Juzgado Togado Militar Central núm. 1 por un delito contra la Hacienda en el ámbito militar, se acordó por Auto de 20 de mayo de 1994 el procesamiento, entre otros, de un Teniente Coronel, para el que se decretó, en el mismo Auto, la prisión preventiva. Transcurrido un año desde que se adoptara dicha medida cautelar, el día 19 de mayo el Juzgado Togado acordó, una vez oídos los interesados, prorrogar, por ahora, la prisión preventiva del Teniente Coronel, sobre la base, por una parte, de la «especial gravedad que revisten para el servicio los hechos perseguidos en este sumario» y «la elevada cuantía de los fondos públicos distraídos», y teniendo en cuenta, por otra, la incertidumbre sobre «la disponibilidad actual de la inmensa mayoría de aquellos fondos» y el hecho de que tampoco se ha prestado «la garantía legal requerida para su reintegro», lo que hace al Juzgado sos-

pechar que se ocultan bien dinero, bien gastos o inversiones, bien, finalmente, la identidad de personas no identificadas en los autos.

Recurrida dicha resolución en queja ante el Tribunal Militar Central, éste en fecha 16 de junio de 1995 dictó Auto en el que, mostrando su conformidad con el anterior, acuerda desestimar el recurso de queja y confirmar aquél. Contra dicho Auto se interpone recurso de amparo fundado en la conculcación de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la libertad y el derecho a la igualdad.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

.....

2. Atribuye el recurrente a estos Autos, entre otras infracciones que paulatinamente iremos desgranando, la del art. 14 de la Constitución. En este sentido, viene a ponerse de manifiesto que el hecho de que el legislador procesal militar no haya previsto, como así lo está en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la situación de libertad provisional con fianza, constituye una discriminación de las que prohíbe el art. 14 CE. Pero, ni el Ministerio Fiscal ni el Abogado del Estado aprecian en esta alegación fundamento suficiente que la avale.

A la misma conclusión debemos llegar nosotros. En efecto, y sin olvidar que la libertad mediante fianza prevista en el art. 504 de la L.E.Crim. no es una obligación impuesta al Tribunal sentenciador sino una de las posibles decisiones a adoptar una vez valorados los requisitos subjetivos y objetivos establecidos en el mencionado precepto, debe reiterarse, una vez más, que el principio de igualdad consagrado en el art. 14 C.E. no obliga al legislador a dar el mismo tratamiento a supuestos de hecho que no sean sustancialmente iguales, sino que lo que impone es un veto de establecer, entre situaciones subjetivas semejantes, diferencias que no se orienten a un fin constitucionalmente lícito y que, en su articulación normativa, no se acomoden razonablemente al sentido mismo de esta singularización.

Desde esta perspectiva, al disponer el art. 234 de la L.P.M. que «en ningún caso se admitirá la libertad provisional con fianza en los procedimientos seguidos ante la jurisdicción militar» y, por tanto, establecer un régimen, en principio, distinto del común, no puede apreciarse en aquél una distinción carente de toda razón objetiva atendiendo el carác-

ter de la disposición misma y las condiciones propias, apreciadas aquí por el legislador, de la jurisdicción castrense. «La jurisdicción militar —dijimos en nuestra STC 180/1995— no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales, que dispuestas en el respeto a las garantías del justiciable y del condenado previstas en la Constitución, no resultarán contradictorias con su art. 14 cuando respondan a la naturaleza propia de la institución militar. Estas peculiaridades del Derecho Penal y Procesal Militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (fundamento jurídico 4.º), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución».

En el supuesto que ahora analizamos, el art. 234 de la L.P.M. se orienta, de modo manifiesto, como también concluimos en la anterior resolución respecto de la inaplicabilidad del beneficio de suspensión de condena a los militares y a los agregados a los Ejércitos (art. 245 del C.P.M.), a preservar y reforzar, mediante una mayor severidad para el preso, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de desfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según que quien lo haya perpetrado esté o no en ella integrado. El fin, así procurado por la norma, no está, pues, desprovisto de razón, por lo que la discriminación alegada carece de fundamento, máxime si se tiene en cuenta que la legislación procesal militar cuenta, como figura intermedia entre la libertad y la prisión ordinaria, con la prisión atenuada (arts. 225 a 229 de la L.P.M.), que permite dar un tratamiento constitucionalmente adecuado, desde la perspectiva de la proporcionalidad, a los supuestos en que, en la jurisdicción común, pudiera aplicarse la fianza.

3. Un segundo motivo de amparo aducido en la demanda se refiere a una supuesta violación del art. 24.1 C.E. por falta de motivación de los Autos impugnados. Esta alegación es a todas luces inatendible, pues de una simple lectura de las mencionadas resoluciones, cuyo contenido se resume en los antecedentes de esta Sentencia, se advierte cumplida la exigencia constitucional de contener de forma explícita el fundamento de Derecho en el que se basa su decisión y, sobre todo, el razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión.

Ahora bien, cuestión distinta sería la de que a pesar de ser resoluciones motivadas del modo que el derecho a la tutela judicial impone: éstas

careciesen de un razonamiento que avalara la decisión en tanto y en cuanto que recaer sobre el contenido de otro derecho fundamental sustantivo; en este caso, el art. 17.1 C.E., cuyo concreto contenido demanda, para no verse mermado por los órganos judiciales, un específico razonamiento y una determinada fundamentación.

O, dicho con otras palabras, debe estimarse que las resoluciones impugnadas están suficientemente fundadas y razonadas, desde la perspectiva del art. 24.1 C.E. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 C.E.) esa motivación, desde el punto de vista de su contenido, podría resultar no razonable por incompleta si no justificara el supuesto habilitante para la privación de libertad y, por lo tanto, el propio derecho a la misma. Esta es, en esencia, la última queja que sostiene el actor y sobre la que gira el núcleo principal del presente amparo.

4. La controversia constitucional que plantea el recurrente desde la perspectiva del art. 17 C.E. es, así, la siguiente: todos los Autos, objeto de este examen, confirmatorios de la prisión provisional impuesta, incurrir en una incorrecta apreciación de los elementos que necesariamente deben ponderarse al adoptar esta medida cautelar.

De este modo, y al igual que en nuestra reciente STC 128/1995, se nos suscitan con este planteamiento dos suertes de cuestiones: por una parte, la afección al derecho a la libertad por los defectos en la argumentación de la concurrencia de los elementos fácticos que justifican la prisión provisional y, por otra, la propia competencia de este Tribunal para calibrar la suficiencia y adecuación de dicha motivación.

Y establecimos entonces, para dar respuesta a las mismas, los siguientes cánones de interpretación: a) Dijimos que, «más allá de las menciones del apartado segundo del art. 17 a la autoridad judicial y más allá de la regulación que de los aspectos formales que de la prisión hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motivación judicial (...) y las circunstancias fácticas que legitiman la privación preventiva de libertad, pues sólo en aquélla van a ser cognoscibles y supervisables éstas». Por ello, en el fundamento jurídico 3.º de la presente resolución ya hemos insistido en que, junto al genérico derecho a la obtención de tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E., en este supuesto de afección judicial al objeto del derecho, la falta de motivación de la resolución que determine la prisión provisional afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la priva-

ción de libertad y, por lo tanto, al propio derecho de la misma. b) En cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal para enjuiciar la suficiencia y adecuación de la motivación, dijimos también que «en su tarea de protección del derecho fundamental a la libertad, tan sólo le corresponde supervisar la existencia de motivación suficiente —en el doble sentido de resolución fundada y razonada— y su razonabilidad, entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional». No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, cometido específico de la jurisdicción ordinaria, «sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución». Y c) Desde esta perspectiva, y dejando aparte la ponderación de la existencia o no de responsabilidad criminal, señalamos, en principio, dos elementos como constitutivos, el canon de razonabilidad respecto de la constatación del peligro de fuga. En primer lugar, «que al constatar ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado». En segundo lugar, destacamos que los requisitos exigidos en el momento inicial de la adopción de la medida «no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento». Y en este sentido, manifestamos que «debe tenerse presente al respecto que el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga». En consecuencia, si «en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional (...), así como los datos de los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente el tipo de delito y a la gravedad de la pena (...) el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y, por ello, en la decisión del mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales así como los del caso concreto» (fundamento jurídico 4.º).

5. Pues bien, una vez delimitadas en el fundamento jurídico 1.º de esta Sentencia las resoluciones objeto de examen, y reconocidos cuáles deben ser los criterios que permitirán resolver la controversia constitucional que el demandante nos plantea, debemos iniciar la tarea de subsunción entre éstos y el objeto del presente caso.

En el presente supuesto, como ya se ha dicho, el actor solicitó al Juzgado Togado Militar central núm. 1 su puesta en libertad provisional con el argumento de que su actual situación de prisión preventiva carecía de fundamento material que constatará riesgo alguno de que fuera a eludir la acción de la justicia. El recurrente ha defendido, agotando la sucesiva instancia y reiterando en una segunda ocasión su solicitud a raíz de nuestra meritada STC 128/1995, la inexistencia de este riesgo, arguyendo como argumentos favorables a su posición el hecho de que no huyó cuando estaba en libertad y que ha gozado de dos permisos de salida y en ninguna de estas ocasiones intentó fugarse; la precariedad en la que viven su esposa y dos hijos, indicadores de que carece de bienes y rentas distintas de sus exiguos ingresos oficiales; su falta absoluta de medios económicos, que hace impensable que pudiera huir y subsistir en la clandestinidad; que la prueba pericial, concluida en momento posterior a la de presentación del recurso de amparo, no ha acreditado ninguna conexión suya fuera del país ni que tenga dinero oculto; y que el peligro de fuga disminuye necesariamente a medida que transcurre el tiempo de la detención, puesto que la prisión preventiva supone un ahorro considerable de la pena de privación de libertad que presumiblemente se le pueda imponer.

Frente a ello, los dos primeros Autos impugnados formalmente en este proceso —sin olvidar que fueron dictados con anterioridad a nuestra STC 128/1995— toman en consideración el tipo de delito por el que en su día fue procesado el Teniente Coronel Lasheras (delito de elevada cuantía contra la Hacienda en el ámbito militar, del art. 195.1 y 3 C.P.M.) y la gravedad de la pena; pero el elemento determinante de su decisión consiste en el peligro de fuga que en el presente caso advierte el Instructor. Así se acuerda la prórroga de la prisión provisional en el Auto de 19 de mayo de 1995, sobre la base, por una parte, de la «especial gravedad que revisten para el servicio los hechos perseguidos en este sumario» y «la elevada cuantía de los fondos públicos distraídos», que ocasionan «una evidente trascendencia y alarma públicas para el interés social, indudable, al menos, en el entramado o cuerpo de los Ejércitos», y teniendo en cuenta, por otra, la incertidumbre sobre «la

disponibilidad actual de la inmensa mayoría de aquellos fondos» y el hecho de que tampoco se ha prestado «la garantía legal requerida para su reintegro, lo que provoca, inevitablemente, la sospecha vehemente de que se ocultan, bien dinero puesto «a buen recaudo», bien gastos o inversiones (...), o bien, finalmente, la identidad de personas no identificadas en los autos...» (fundamento de Derecho único).

Y en el mismo sentido, se afirma en el fundamento jurídico 2.º del Auto de 16 de junio de 1995 del Tribunal Militar Central que el peligro de fuga que acompañan a las circunstancias del caso es el elemento determinante que la Sala ha de tomar en consideración «al entender que la elevada cuantía de los caudales distraídos y el no haberse podido acreditar el destino final que aquél ha dado a los mismos (...) son circunstancias que objetiva y razonadamente fundamentan las sospechas (...) de que dicho procesado, de ser puesto en libertad, pudiera sustraerse a la acción procedimental que contra el mismo se sigue mediante su ocultación y fuga».

Ciertamente, en estos razonamientos anteriores, ni el transcurso del tiempo, ni alguna de las circunstancias personales que el recurrente alegó se toman en consideración de forma expresa aunque la apreciación de la subsistencia del peligro de fuga y de la presumible disponibilidad de parte de los fondos implica que fueron tenidas en cuenta. Y, a mayor abundamiento, los posteriores Autos de 7 de agosto y de 26 de octubre de 1995, del Juzgado Togado Militar Central núm. 1 y del Tribunal Militar Central, respectivamente —dictados ya con posterioridad a nuestra STC 128/1995—, reiteran aquellos criterios y se pronuncian expresamente sobre los motivos aducidos, superando así las exigencias que nuestra jurisprudencia ha establecido para verificar externamente la adecuación de los acuerdos de decreto y prórroga de prisión provisional con el derecho fundamental a la libertad, sin que pueda este Tribunal situarse en el lugar de los Jueces ordinarios, sustituyendo por otra la apreciación de las circunstancias fácticas concurrentes, que sólo a ellos corresponde.

En efecto, en el Auto de 7 de agosto de 1995 se razona sobre la probabilidad de que el procesado, pese a las apariencias de precariedad en que viven sus familiares, pueda disponer de parte del dinero cuya malversación se le imputa y se hacen consideraciones atendibles sobre el peligro de fuga en relación con el tiempo transcurrido; cuya consistencia real no podemos entrar a valorar. Y esa argumentación se refuerza en el Auto de 26 de octubre de 1995, donde se ponen de manifiesto

razonadamente las diferencias entre el supuesto aquí contemplado y el que tuvimos ocasión de analizar en nuestra STC 128/1995.

El examen de todas y cada una de las resoluciones aportadas al proceso y el hecho de que, como hemos reiterado, nuestro examen se reduce únicamente al control externo de que la medida de prisión provisional se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución, nos lleva a concluir que, en el presente caso, no ha existido vulneración por parte de la jurisdicción militar del art. 17.1 C.E., en tanto que el acuerdo de mantenimiento de la prisión provisional respecto del Teniente Coronel Lasheras se ajusta a los criterios constitucionalmente establecidos.

III. FALLO

Denegar el amparo solicitado.

Sentencia 177/1996, de 11 de noviembre. Sala Segunda («B.O.E.» núm. 303, de 17 de diciembre de 1996).

Recurso de amparo 2.996/1994, contra Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Materia: Libertad religiosa. Competencia de la jurisdicción militar. Acto lesivo de la libertad religiosa no merecedor de sanción penal.

Ponente: Sr. Viver Pi-Sunyer.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos que sirven de fundamento al presente recurso se recogen en el primer fundamento jurídico, que se transcribe a continuación.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El demandante de amparo, militar profesional, fue designado para realizar una formación de honores a la Virgen de los Desamparados en el Acuartelamiento «San Juan de la Ribera Norte» de Valencia, los

días 19 y 20 de noviembre de 1993, en los que, por Orden general extraordinaria de la superioridad, se habían de celebrar ciertos actos de homenaje de las Fuerzas Armadas a la Virgen con motivo del V Centenario de su Advocación.

a) El recurrente, al conocer con mayor detalle la naturaleza de los distintos actos a celebrar, y por considerar que tenían un inequívoco contenido espiritual y religioso, solicitó, primero oralmente y después por escrito, fechado el día 19 de noviembre, ser relevado de la Compañía de honores, alegando su derecho a la libertad religiosa, la aconfesionalidad del Estado y lo dispuesto en los arts. 117 y 423 de las Reales Ordenanzas, precepto este último en el que se dispone expresamente que: «Las ceremonias militares de especial contenido espiritual podrán ir precedidas de los actos religiosos que por tradición correspondan. Con la debida antelación se hará advertencia de que aquellos que no profesen la correspondiente religión quedan dispensados de asistir al acto religioso».

Dicha solicitud le fue denegada oralmente, sin que consten en las actuaciones las razones que fundamentaron esa decisión.

Iniciados, esa misma tarde, los actos de homenaje el sargento Hernández permaneció en la formación durante los honores militares a su excelencia el general jefe de la Región Militar de Levante y a la bandera de España, pero la abandonó —previa solicitud de permiso que le fue denegado— en el momento de rendir honores a la Virgen. Posteriormente, se reincorporó a la formación y continuó en la parada militar hasta llegar a la Capitanía General, donde se iba a recibir de nuevo a la Virgen para introducirla en la iglesia. En ese momento, solicitó permiso para abandonar la unidad, que nuevamente le fue denegado, saliendo, no obstante, de la formación. Requerido por la superioridad para que se reincorporase a la misma y ante la negativa del actor, se le explicó que los distintos actos integrantes de la parada militar, a diferencia de otros actos de culto programados, eran estrictamente militares, por lo que tenía la obligación de tomar parte en los mismos.

Al día siguiente, el sargento Hernández acudió con su unidad a la Capitanía General donde preguntó por la secuencia de actos a realizar, informándosele de que primero se rendirían honores al Excmo. señor general jefe de la Región Militar y luego a la Virgen de los Desamparados. El ahora demandante de amparo decidió no tomar parte en los actos, según manifestó, porque no se encontraba con fuerzas para volver a solicitar permiso para abandonar la formación delante de toda la población civil que presenciaría el acto.

b) A resultas de estos hechos, se impusieron al demandante de amparo una serie de sanciones disciplinarias e, incluso, se abrieron diligencias penales que fueron ulteriormente archivadas. De todo ello se da cuenta con detalle en los antecedentes de esta Sentencia.

Paralelamente, el actor presentó denuncia ante el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Valencia, contra los integrantes de la cadena militar de mando, por la comisión de un delito contra la libertad religiosa y de conciencia, entonces previsto en el art. 205.2 C.P. Igualmente, esta misma denuncia, aunque en conexión con determinados delitos previstos en el Código Penal Militar, se presentó ante el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 17, Decano de los de Valencia. El Juzgado de Instrucción de Valencia se inhibió del conocimiento de la causa en favor de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, por ser los hechos competencia de la jurisdicción militar y dirigirse el procedimiento, entre otros, contra un teniente general. También por este último motivo, el Juzgado Togado Militar elevó la denuncia al Tribunal Supremo. Mediante Auto de 14 de julio de 1994, la Sala Quinta de este Tribunal confirmó en apelación el dictado previamente por el Magistrado Instructor, de 17 de mayo de 1994, reconociendo la competencia de la jurisdicción militar para conocer del asunto y declarando que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito.

2. El demandante de amparo plantea una pluralidad de pretensiones que, por su diverso grado de viabilidad, conviene exponer con cierto detalle.

Respecto del derecho a la libertad religiosa (art. 16 C.E.) solicita, por una parte, que este Tribunal declare que, al desobedecer la orden de permanencia en la formación militar, actuó en el ejercicio legítimo de ese derecho fundamental y que, por tanto, se anulen las sanciones disciplinarias que le fueron impuestas. Por otra, en relación con los Autos de archivo dictados por la Sala Quinta del Tribunal Supremo pide que se declare que los mismos parten de una errónea concepción del derecho a la libertad religiosa, de la que ha derivado la vulneración de ese derecho fundamental al privarlo indirectamente de la protección penal que dicho derecho recibe de la ley.

Junto a esta pretensión, alega el demandante la lesión de su derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.) y al Juez ordinario predeterminado por la ley (ex art. 24.2 C.E.). Lo primero, porque no se le permitió personarse en el proceso ante la jurisdicción militar; lo segundo, porque la causa se sustanció ante esa jurisdicción cuan-

do —en su criterio— correspondía su conocimiento a la jurisdicción penal ordinaria.

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación de la demanda, por no existir lesión del art. 24.2 C.E., y porque, en relación con el derecho a la libertad religiosa, si bien del contenido de la resolución judicial recurrida «se deduce con claridad el reconocimiento implícito de la vulneración padecida por el actor» el archivo se acordó por no apreciarse la concurrencia de dolo en los denunciados, aspecto éste no revisable a través del proceso de amparo constitucional.

Por último, la otra parte personada en este proceso constitucional solicita la desestimación de las pretensiones de la actora, por no haber existido las vulneraciones de derechos fundamentales que denuncia.

3. Antes de entrar en el enjuiciamiento de las pretensiones formuladas por el recurrente debemos precisar el objeto del presente proceso constitucional, ya que del conjunto de peticiones formuladas por el actor debe rechazarse de entrada la posibilidad de entrar a conocer la solicitud de anulación de las sanciones disciplinarias impuestas al recurrente. En el proceso judicial que precedió al presente proceso de amparo no fue éste el objeto de debate y resolución, sino únicamente la pretensión de imponer sanciones penales a los mandos que decretaron las referidas medidas disciplinarias. Como es conocido, imperativos del principio de subsidiariedad que informa el recurso de amparo constitucional impide someter a enjuiciamiento cuestiones ajenas a las que fueron objeto del proceso judicial precedente, por ello, de los pedimentos que formula el actor respecto de la libertad religiosa, únicamente podrán ser examinadas en este proceso constitucional las relativas a los Autos de archivo dictados por la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

4. Así delimitados los términos del debate, procede enjuiciar, en primer lugar, la queja formulada en relación con los derechos reconocidos en el art. 24.2 D.E., pues de constatare su vulneración, resultaría innecesario continuar con el examen de los restantes motivos de amparo.

Es doctrina constante de este Tribunal que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 C.E.), como derecho fundamental de todo ciudadano a que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal, invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso, y con un régimen orgánico y procesal que no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (SSTC 47/1983, 101/1984 y 55/1990, entre otras muchas), puede resultar vul-

nerado «si se atribuyese un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria» (SSTC 75/1982 y 4/1990).

La jurisdicción militar que, por mandato constitucional y bajo el principio de unidad de jurisdicción, conoce de un ámbito objetivo diferente del que es propio de los demás órganos integrantes del Poder Judicial (SSTC 60/1991 y 113/1995) no puede extender su cognición más allá del «ámbito estrictamente castrense» a que se refiere el art. 117.5 C.E., por lo que —como se declaró en la STC 111/1984 (fundamento jurídico 3.º)— la transgresión de las reglas definidoras de ese orden jurisdiccional, tanto en su formulación como en su indebida aplicación o interpretación, puede, en ocasiones, conducir a una vulneración del derecho al Juez legal que garantiza el art. 24.2 C.E.

5. En el asunto que ahora nos ocupa, alega el actor que la querrela por él promovida contra sus superiores, pese al hecho de haberla presentado simultáneamente ante la jurisdicción ordinaria y la militar, debió tramitarse por la primera, tal como se deduce de las normas legales que determinan sus respectivos ámbitos de competencia, y no —como se hizo— por la jurisdicción militar. A su juicio, la inadecuada interpretación de las normas legales de reparto de competencia entre ambos órdenes jurisdiccionales, vulneró su derecho al Juez predeterminado por la ley, ocasionándole, además, en virtud de las peculiaridades del proceso penal militar, una indefensión constitucionalmente proscrita por el propio art. 24.2 C.E.

Argumenta, en este sentido, que, mientras el Código Penal confiere (en el entonces vigente art. 205.2) una protección específica y singular de la libertad religiosa y de conciencia, en el Código Penal Militar no se tipifica ese injusto, contemplándose otro, mucho más genérico y orientado principalmente a la protección de la disciplina, a saber: el previsto en su art. 103, que castiga, por el delito de abuso de autoridad, al superior que impidiera arbitrariamente al inferior el ejercicio de algún derecho. Resulta así, que el precepto penal eventualmente aplicable sería, en todo caso, el art. 205.2 C.P., pues, sólo en él se ofrece una tutela penal específica con relación a los hechos denunciados y al bien jurídico penalmente protegido. Pero, por otra parte, al conocerse la causa desde la óptica del art. 103 del Código Penal Militar, aduce el recurrente que se le privó de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, limitándose el Auto que se impugna a declarar la competencia de la jurisdicción militar para conocer del mismo. Finalmente, debió tenerse presente, en esa tarea de deslinde jurisdiccional, que sólo reconociendo la

competencia de la jurisdicción ordinaria podía el recurrente personarse como acusación particular y conocer de las distintas acusaciones procesales, toda vez que en el procedimiento penal militar no es posible esa personación cuando el perjudicado y el inculpado sean militares y entre ellos exista una relación de jerarquía, como acontecía en el caso de autos.

6. De este modo, el actor hace sustancialmente suyos, en este proceso de amparo, los argumentos defendidos por el Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo en el voto particular que formuló al Auto objeto de este recurso, y en el que se sostiene la competencia de la jurisdicción ordinaria para el enjuiciamiento del asunto.

Frente a esta tesis, en el Auto de referencia se justifica la competencia de la jurisdicción militar, acudiendo a la regla prevista en el art. 12.1 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización Jurisdiccional, según la redacción que a este precepto dio la disposición adicional sexta de la L.O. 2/1989, Procesal Militar, y a la circunstancia de que la doble tipificación de los hechos debe resolverse con arreglo a la misma, interpretada no en el sentido propuesto por el ahora demandante de amparo (es decir, el de la especificidad del tipo penal), sino atendiendo al contexto, estrictamente castrense, en el que acaecieron los hechos denunciados.

La polémica suscitada en torno a esta cuestión, de singular interés jurídico-procesal, no excede, sin embargo, en este caso, del ámbito propio de la legalidad ordinaria, careciendo, en consecuencia, de relevancia constitucional desde la perspectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.2 C.E. y que el actor invoca.

En efecto, los hechos denunciados acaecieron en el seno de un acto organizado y convocado por la autoridad militar, entre militares, y por razón de un determinado entendimiento de la disciplina castrense en relación con el ejercicio de un derecho fundamental. Tan es así, que la conducta pretendidamente delictiva reviste formalmente el carácter de orden de la superioridad, con independencia de su licitud o de la intencionalidad de sus autores. La eventual agresión a la libertad religiosa del demandante se produjo en el ejercicio del mando y en un ámbito estrictamente castrense, por lo que, con independencia de cuál sea la correcta interpretación del art. 12.1 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización Jurisdiccional en su proyección al caso de autos, no puede descartarse que los hechos denunciados afecten al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas.

Se infiere de todo ello que, en el caso de autos, la declaración de competencia de la jurisdicción militar se fundamentó en una interpretación de la legalidad que no puede considerarse contraria a la esfera de actuación que el art. 117.5 C.E. reserva a esta jurisdicción especial, por lo que, al margen del debate hermenéutico suscitado, no ha existido, en puridad, una vulneración del citado derecho fundamental.

7. Tampoco puede acogerse la queja del actor en relación con la vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.2 C.E.). Es cierto que las particularidades de tramitación previstas en la Ley Procesal Militar, cuyo art. 127, en relación con el art. 108.2 de la L.O. 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, impedían al recurrente su personación en el proceso como consecuencia de la relación jerárquica de subordinación existente entre éste y las personas denunciadas. No obstante, resulta innecesario, a los efectos del presente recurso de amparo, examinar la corrección de esta singular previsión procesal, porque lo cierto es que la declinatoria de jurisdicción interesada por el actor fue analizada de oficio por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, quien, además —en contra de lo manifestado por el demandante—, entró en el examen del fondo del asunto, analizando si los hechos denunciados eran o no constitutivos de delito. No existió, en consecuencia, una indefensión sustantiva o material, única constitucionalmente relevante desde la perspectiva del art. 24.2 C.E. (SSTC 8/1991 y 367/1993, entre otras muchas).

8. Procede analizar, en segundo lugar, la queja relativa a la vulneración del derecho a la libertad religiosa que reconoce el art. 16.1 C.E.

Ahora bien, llegados a este punto, no es ocioso recordar que lo que se impugna en el presente proceso de amparo no son las medidas disciplinarias impuestas al demandante en relación con su conducta y el incumplimiento de la orden de no abandonar la formación, sino, única y exclusivamente, la decisión de los órganos jurisdiccionales de archivar las diligencias previas instruidas a resultas de la demanda presentada por el actor contra sus superiores, por entender aquél que habían incurrido con tal proceder en conductas tipificadas como delito. Nuestro examen queda limitado, pues, al Auto de archivo de las actuaciones penales y a la ulterior Sentencia del Tribunal Supremo que lo confirma, a las que el recurrente, como queda dicho, imputa una doble vulneración de su derecho a la libertad religiosa, consistente en un entendimiento erróneo del contenido de este derecho que lleva a los órganos judiciales a denegar la imposición de las sanciones penales solicitadas.

9. Ha de reconocerse que estas resoluciones judiciales parten para declarar la licitud constitucional de la orden recibida por el demandante, de una concepción del derecho a la libertad religiosa que este Tribunal no puede compartir.

Ciertamente, con su solicitud para ser relevado del servicio, el actor no pretendía la defensa de su libertad para realizar actos de culto en consonancia con la fe escogida y sin injerencia del Estado o de otras personas, ni reaccionaba frente a un acto que le exigía declarar sobre su credo religioso o que le obligaba a realizar una conducta contraria al mismo. Manifestaciones, todas ellas, del derecho de libertad religiosa, según se declaró en las SSTC 19/1985 y 63/1994.

Antes bien, el recurrente perseguía hacer valer la vertiente negativa de esa misma libertad frente a lo que considera un acto ilegítimo de intromisión en su esfera íntima de creencias, y por el que un poder público, incumpliendo el mandato constitucional de no confesionalidad del Estado (art. 16.3 C.E.), le habría obligado a participar en un acto, que estima de culto, en contra de su voluntad y convicciones personales.

El derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 C.E. garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1 C.E., incluye también una dimensión externa de *agere licere* a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, fundamento jurídico 2.º; 120/1990, fundamento jurídico 10 y 137/1990, fundamento jurídico 8.º).

Por su parte, el art. 16.3 C.E., al disponer que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como se declaró en las SSTC 24/1982 y 340/1993, «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales». Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho «a actuar en este campo con plena inmunidad de actuación del Estado» (STC 24/1982, fundamento jurídico 1.º), cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1.1 C.E.).

10. La anterior doctrina constitucional ha de proyectarse ahora sobre los hechos de los que trae causa la presente demanda de amparo.

Consta en las actuaciones que el recurrente formaba parte de una Compañía de Honores Militares que fue destinada al Acuartelamiento de San Juan de la Ribera Norte (Valencia) para participar en unos actos convocados y organizados por la autoridad militar y de inequívoco contenido religioso, pues, su exclusiva finalidad era la de celebrar el V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados. No se trataban, pues, de actos de naturaleza religiosa con participación militar, sino de actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa.

Entre dichos actos figuraba una parada militar de homenaje a la Virgen. Obra en autos que el recurrente, al tener conocimiento de este hecho, interesó por escrito ser relevado del servicio. Sin embargo, se le ordenó por la superioridad participar en la mencionada parada militar. Surge así un conflicto entre el deber de disciplina y el derecho a la libertad ideológica y de conciencia que el actor resolvió abandonando la formación en el preciso momento de rendir homenaje a la Virgen.

En la Sentencia objeto de impugnación, se argumenta en justificación de la licitud de la mencionada orden, que, a diferencia de otros actos que integraban la celebración de esa festividad, la parada militar no puede calificarse como un acto religioso o de culto, puesto que la unidad que rinde honores lo hace en representación de las Fuerzas Armadas y, por tanto, al margen de las convicciones ideológicas o religiosas de cada uno de sus componentes a título individual.

Esta afirmación debe ser, sin embargo, rechazada. En efecto, el art. 16.3 C.E. no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, si están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 C.E. En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa.

11. No obstante, que la orden recibida vulnerase la vertiente negativa del derecho a la libertad religiosa del actor no significa que por esta

sola razón, no debiera decretarse el archivo de la causa, pues, obviamente, no todo acto lesivo de un derecho fundamental es constitutivo de delito o merecedor de sanción penal.

De otro lado, ha de tenerse presente que, con arreglo a reiterada doctrina de este Tribunal, el ejercicio de la acción penal no comporta, en el marco del art. 24.2 C.E., un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo un pronunciamiento motivado de los órganos judiciales sobre la calificación jurídica de los hechos, con expresión de las razones por las que inadmite su tramitación o acuerda el archivo de las actuaciones (SSTC 108/1983, 148/1987, 175/1989, 157/1990 y 31/1996, entre otras muchas).

Sostiene el demandante de amparo que tanto el Auto del Juez instructor como la posterior Sentencia del Tribunal Supremo, que ratifica la decisión de archivo, no entraron en el análisis del fondo del asunto, limitándose fundamentalmente a realizar un pronunciamiento sobre la competencia de la jurisdicción militar para conocer del mismo. Una estimación que no puede ser compartida por este Tribunal. La sola lectura de las resoluciones judiciales impugnadas evidencia que el archivo de las actuaciones, tras la práctica de las oportunas diligencias probatorias, obedeció al hecho de que los órganos judiciales no apreciaron atisbo alguno de responsabilidad criminal en la conducta de los denunciados.

En efecto, tras examinar las distintas imputaciones formuladas por el hoy demandante de amparo, el Tribunal Supremo alcanzó la convicción de que «los hechos anteriormente relatados carecen de tipicidad penal, tanto común como militar» (fundamento de Derecho 6.º), decisión que se argumenta en la imposibilidad material de sustituir al recurrente, por darse la circunstancia de no existir personal disponible en aquel momento, en la convicción de los denunciados —y que comparte la propia Sala del Tribunal Supremo— de que la parada militar no podía calificarse propiamente como un acto religioso y, en el hecho de que, en última instancia, el actor no rindió los honores.

En definitiva, los órganos judiciales, en su exclusiva competencia para la valoración de los hechos y de los materiales probatorios obrantes en autos, descartaron, motivada y razonadamente, toda responsabilidad penal en la conducta de los denunciados, acordando, en consecuencia, el archivo de las actuaciones.

Resulta así que, aunque la autoridad militar debió atender a la solitud del recurrente de ser relevado del servicio y que, al no hacerlo así, vulneró la vertiente negativa de su derecho fundamental a la libertad re-

ligiosa, esa vulneración no se realizó, a juicio de los órganos judiciales, mediante una conducta merecedora de sanción penal.

Este Tribunal Constitucional no puede sustituir a los órganos de la jurisdicción penal en su exclusiva función de valoración y calificación de los hechos por así impedirlo el art. 44.1 a) LOTC, ni —como queda dicho— nada cabe objetar, desde la perspectiva del art. 24.1 C.E., a las resoluciones judiciales cuya impugnación ahora se pretende.

12. Esta circunstancia, vinculada a la naturaleza subsidiaria del proceso de amparo constitucional, condiciona inevitablemente el contenido del fallo de esta Sentencia, que, por tal motivo, aun reconociendo que los hechos denunciados por el recurrente han vulnerado su derecho a la libertad religiosa, ha de desestimar el recurso de amparo por cuanto la indicada vulneración no entraña necesariamente la responsabilidad penal que solicita en su querrela.

III. FALLO

Desestimar el recurso de amparo.

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz

SUMARIO

1. EN MATERIA DE REGLAMENTOS.—2. EN MATERIA DE VALIDEZ E INVALIDEZ DE LOS ACTOS.—3. EN MATERIA DE REVISIÓN DE OFICIO.—4. EN MATERIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—5. EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. En materia de *reglamentos*, el Consejo ha recordado que «la superación del plazo fijado en una ley para que el Gobierno dicte la correspondiente norma reglamentaria, no constituye un elemento impeditivo del ejercicio tardío por el Gobierno de la potestad reglamentaria» (Dictamen 403/96, de 22 de febrero de 1996).

2. Respecto a la *validez e invalidez de los actos administrativos*, se ha señalado que para apreciar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido es preciso que «la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que consistan en defectos leves» (Dictamen núm. 2315/95, de 18 de enero de 1996), de tal suerte que «concurran graves anomalías en la tramitación o que se produzca su falta total y absoluta» (Dictamen núm. 542/96, de 7 de marzo de 1996). Además, para apreciar el supuesto del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, se requiere que «los requisitos que falten al acto sean esenciales, es decir, relativos a la estructura definitoria del acto, sin bastar la simple infracción legal» (Dictamen núm. 351/96, de 22 de febrero de 1996).

Por otra parte, el Consejo ha declarado que:

«La Administración, tras formular un pliego de cargos y una propuesta de resolución por unos concretos hechos, respecto a los cuales reconoció la falta de responsabilidad del sancionado, castigó por otros distintos que tenían su origen en actuaciones diferentes y que habían motivado otra denuncia por parte de la Guardia Civil.

Ello comporta que la citada resolución de 9 de noviembre de 1993 quede incurra en la causa primera del artículo 62.1, a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación al artículo 24 de la Constitución, pues el sancionado no ha conocido los hechos por los que ha sido objeto de sanción. En efecto, como bien se señala en la propuesta de resolución, conforme ha declarado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 3.º de la Sentencia 145/1993, «... las garantías que el artículo 24.2 C.E. impone respecto al proceso penal son también aplicables, con ciertos matices, al procedimiento sancionador, en tanto que manifestación del ordenamiento punitivo del Estado; y ello en la medida en que sean compatibles con este tipo de procedimiento, a fin de «preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del citado precepto constitucional y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución» (Ss. T.C. 58/1984, f.j. 4.º). Si bien se ha precisado que tal aplicación no puede ser literal e inmediata, lo que “impide una traslación mimética de las garantías propias del procedimiento judicial al administrativo sancionador” (STC 181/1990, fundamento jurídico 6.º). Pues bien, es indudable que el derecho de defensa del expedientado en el seno del procedimiento administrativo e incluso, más en concreto, como señala el Ministerio Fiscal, el derecho del interesado a ser informado de la acusación contra él formulada, y que presupone y permite aquel derecho, forma parte de las garantías que establece el artículo 24.2 C.E., pues sin él no hay posibilidades reales de defensa en el ámbito del procedimiento y se ha reiterado en los fundamentos jurídicos 3.º y 4.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 297/1993, al decir que “es indudable que el derecho de defensa presupone el derecho a conocer los cargos antes de la imposición de la sanción. Ninguna defensa puede ser eficaz si el imputado no conoce con anterioridad los hechos en que se fundamenta la acusación, a fin de oponer frente a ellos las oportunas excepciones y defensas... La puesta en conocimiento de la imputación en

el procedimiento administrativo sancionador se realiza a través de la notificación del pliego de cargos, mediante el cual el expedientado tiene conocimiento de los hechos imputados y de la calificación jurídica que merecen para la Administración, pudiendo disponer su estrategia defensiva a partir del pliego de descargos. Desde la perspectiva constitucional resulta imprescindible que en el pliego de cargos se reflejen de forma suficientemente precisa los hechos objeto de imputación". Ello lleva a concluir que en el procedimiento en el que se adoptó la resolución cuya declaración se pretende la nulidad no se respetaron las citadas garantías, de tal suerte que procede declarar su nulidad» (Dictamen núm. 906/96, de 28 de marzo de 1996).

3. En lo tocante a la *revisión de oficio*, se ha afirmado que «no se aplican retroactivamente a actos dictados antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, los supuestos de nulidad de pleno derecho que ahora prevé el artículo 62.1»; que «hay desviación de poder en el ejercicio de la potestad de revisión de oficio para perseguir fines políticos con ocasión del cambio de la composición de una Corporación Local tras la celebración de elecciones» (Dictamen núm. 3211/95, de 22 de febrero de 1996).

4. La materia de *contratos* ha sido objeto de numerosos dictámenes. Entre ellos, se puede entresacar la doctrina legal expresada que, en resumida síntesis, es la siguiente: a) la adjudicación provisional no crea derecho alguno en favor del adjudicatario, que no los adquirirá frente a la Administración mientras la adjudicación no tenga carácter definitivo por la Autoridad competente (Dictamen núm. 558/96, de 28 de marzo de 1996); b) la introducción de profundas modificaciones en los objetos de los contratos sin dar lugar a nueva licitación puede lesionar los principios de publicidad y concurrencia consagrados por el legislador (Dictamen núm. 2582/95, de 1 de febrero de 1996); c) la sola existencia de un proyecto reformado que supere el 20 % del presupuesto o precio inicial no signifique necesaria ruptura del vínculo contractual (Dictamen núm. 454/96, de 8 de febrero de 1996); ch) para apreciar la prohibición del artículo 9.1.8 de la Ley de Contratos no basta la sola deuda sino que deben concurrir también las circunstancias reglamentarias exigidas, pues la nulidad del contrato administrativo no se ajusta a iguales principios que la del contrato civil, por lo que las reglas de los artículos 1303 y 1306

del Código civil no son trasladables a casos en que el fallo estructural del contrato es otro (Dictamen núm. 2930/95, de 14 de marzo de 1996). Es también reseñable el dictamen núm. 1827/95, de 14 de julio que

«El Consejo de Estado emite su consulta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y coincide con el parecer de los órganos preinformantes en el sentido de que procede declarar la nulidad de los actos declarativos de derechos que integran los expedientes de contratación administrativa y de las obras de “Saneamiento, abastecimiento y pavimentación da veiga de ...; Plaza pública ...; Pista polideportiva en ... y Pavimentación pista y acequia en ...”; en concreto, del acto de adjudicación de las primeras obras citadas en favor de Construcciones C., S.A., y de los actos de propuesta de adjudicación de las restantes en favor de la misma entidad mercantil.

En efecto, los contratos administrativos, bien como institución con sustantividad propia, bien como simple figura con especialidades, participan de la naturaleza y elementos esenciales de todo negocio jurídico contractual. En nuestro ordenamiento, estos últimos son el consentimiento, el objeto cierto y la causa de la obligación que se establezca (artículo 1261 del Código Civil). Sin ellos, el negocio no nace para el derecho; así lo establece, aun de manera confusa, el Código Civil en sus artículos 1300 y siguientes. En el caso de que falte la causa o ésta sea ilícita, el contrato es nulo (Código Civil, artículo 1305) y, en consecuencia, no produce efectos (Código Civil, artículo 1276).

La causa es la prestación o promesa de una cosa o servicio por una parte (Código Civil, artículo 1274). Se trata de una prestación o promesa de cosa o servicio bien presente, bien futura; la causa puede ser “re” o “spe” (*Glossa idoneam* de Accursio - D. 44, 4, 2, 3: *supra non aderat causa nec re nec spe, hic aderat saltem spe ut in exemplo quod sequitur*), pero no pasada (causa data).

La aplicación de lo expuesto al caso sometido a consulta, en donde se trata de celebrar un contrato sin causa, puesto que no existe promesa o servicio ni de presente ni de futuro, por parte del contratista hace que falte en el negocio jurídico un elemento esencial, que el ordenamiento sanciona con la nulidad. La causa del

contrato es una condición requerida por el derecho para que el consentimiento pueda engendrar una obligación válida y, en consecuencia, si falta, no puede nacer.

Ahora bien, lo que se pretende declarar nulo no son los contratos, no celebrados todavía, sino los actos preparatorios. También respecto a éstos la falta de causa del contrato hace que deban ser considerados nulos de pleno derecho. Los actos preparatorios son presupuesto del negocio jurídico contractual y si éste es nulo, debe predicarse igualmente de ellos tal cualidad. Falta en los mismos el objeto, que, además de lícito y determinado, debe ser posible, fáctica y jurídicamente. Y no es posible jurídicamente prometer hacer lo que ya está hecho y no es dable reiterar.

En el caso presente, las obras objeto de contrato están ya ejecutadas y, en consecuencia, ni el contrato a celebrar ni los actos preparatorios tienen objeto. Se trata, en consecuencia, de actos que tienen un contenido imposible en los términos previstos en el artículo 62.1.c) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común y cuya revisión puede hacerse por parte de la Administración de conformidad con el artículo 102 del mismo texto legal.

La declaración de nulidad de los actos preparatorios no comporta, sin embargo, que la Administración, quien, según se desprende de las actuaciones, ha hecho suyas las obras terminadas y las ha abierto al uso público, pueda quedárselas sin más. Si así fuere, se produciría un enriquecimiento injusto por parte de la Administración; por ello, debe señalarse que el constructor tiene derecho a que se le abonen los trabajos ejecutados y recibidos *facta concludentia* o destinados al uso público, pues, como ha señalado la jurisprudencia, "incluso en la hipótesis de que la realización de una obra o servicio por un particular en beneficio de la Administración no cuente con una base paccionada por elemental que sea... lo procedente, ante la situación fáctica irreversible y los intereses subyacentes es configurar esta situación como cuasi contrato de gestión de negocios ajenos (*negotiorum gestio*) en virtud de la cual la Administración debe compensar al cuasicontratista ... disponiendo éste de una *actio in rem verso* fundada en el enriquecimiento sin causa..." (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1979, Ar. 3448). En tal sentido, debería procederse,

mediante expediente contradictorio, a valorar las obras y, ulteriormente, a abonar al constructor su importe.»

El incumplimiento del plazo final no aparece como causa de resolución de los contratos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, pero, según el Consejo de Estado en Dictamen núm. 3442/96, sigue siéndolo.

«Es claro en el caso presente que la empresa contratista ha incumplido el plazo final y no ha ejecutado los trabajos dentro del término señalado, sin causa alguna que la justifique.

El problema debe ser examinado a la luz de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable al contrato. El artículo 112, e) dispone que es causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el apartado g), por su parte, prevé también como causa el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales. Por su parte, la cláusula 6.2 del pliego establece que el incumplimiento de los plazos parciales o del final, por causa imputable al contratista comporta la resolución del contrato con pérdida de la fianza.

En el caso sometido a consulta, dicho incumplimiento se ha concretado en la falta de terminación completa del estudio en el plazo establecido.

El incumplimiento se ve sancionado por el artículo 114 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, con la resolución del contrato y pérdida de la fianza constituida por el contratista. Además, deberá instruirse el oportuno expediente para determinar los eventuales daños y perjuicios causados a la Administración por el incumplimiento.»

Y, por último, el Dictamen núm. 2348/96 en el que se sienta el criterio de que la falta de consignación presupuestaria por parte de la Administración faculta al contratista para pedir la suspensión del contrato.

«... el contratista solicitó la suspensión al no haberla acordado la Administración, quien conocía que, pese a que las obras pendientes de ejecutar en ese ejercicio ascendían a 28.608.678 pesetas, sólo existía consignación presupuestaria para afrontar el pago de 10.000 pesetas.

Es principio general y tradicional de nuestra contratación administrativa, elevado a rango legal con la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, que como texto no resulta de aplicación al contrato a que se refiere el expediente, que "la financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin por el órgano de contratación las medidas que sean necesarias al tiempo de la programación de las anualidades y durante el período de ejecución". En consecuencia, la Administración debió acordar la continuación de la suspensión por carecer de cobertura presupuestaria los trabajos a hacer. Al no adoptar tal decisión, es lícita la actuación de la empresa contratista y no le es imputable, aunque lo solicitara formalmente, la suspensión, pues a la adjudicataria no le era exigible otra conducta, ya que conocía que la Administración no tenía consignación presupuestaria para afrontar el pago de las obras a ejecutar. Por ello, los daños sufridos deben ser indemnizados por la Administración».

5. También la materia de *responsabilidad patrimonial de la Administración Pública* ha sido abordada de forma reiterada por el Consejo. Razones de espacio obligan a sintetizar la doctrina sentada en esta ocasión.

El Cuerpo Consultivo ha tratado de la cuestión de la eficacia de la cosa juzgada procesal en el ámbito administrativo, afirmando:

«La segunda cuestión que debe determinarse es la relativa a si procede apreciar la excepción de cosa juzgada, habida cuenta que la Audiencia Provincial y el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Albacete se han pronunciado sobre la cuestión. Sabido es que para poder apreciar aquélla se exige la identidad de personas, calidad en que se encuentran en la relación procesal, cosas y causas de pedir en dos o más procedimientos, de acuerdo con el artículo 1252 del Código Civil. Pues bien, como señala el Servicio Jurídico del Estado, en el caso presente no se dan tales identidades, pues la reclamación previa y el proceso judicial coinciden en cuanto a lo pedido (indemnización de daños) y la causa de pedir (responsabilidad de la Administración) pero no en lo tocante a las personas ni a la calidad en que lo fueron. La reclamación previa la

presenta Doña María Dolores Bañón en su propio nombre y en el de sus hijos; el proceso judicial ha sido instado sólo por la citada, pero no por sus hijos, lo que se ve corroborado por el hecho de que la sentencia civil apelada reconociera una indemnización sólo a la solicitante, ignorando a los hijos» (Dictamen núm. 2846/96).

Ha analizado la cuestión de la responsabilidad precontractual en el Dictamen núm. 576/96:

«Considera este Cuerpo Consultivo que procede indemnizar a la reclamante con la cantidad de 100.000 pesetas, valor de las piezas artísticas de su propiedad perdidas o deterioradas por la Administración. Ahora bien, discrepa del título jurídico invocado por la propuesta de resolución para hacerlo. El Servicio instructor funda la obligación de indemnizar en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Sin embargo, una adecuada calificación de la relación jurídica establecida entre la participante del concurso y la Administración fuerza a incardinarla en el ámbito de la responsabilidad contractual. La presentación de unas obras artísticas a concurso no deja de ser una simple oferta y, en principio, los daños que se producen en el proceso de formación de un contrato (los tratos) son indemnizables mediante el instrumento de la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 del Código Civil), al no estar previsto en nuestro ordenamiento un título específico como es la denominada culpa *in contrahendo* propia del derecho italiano. Ahora bien, cuando la presentación de unas obras artísticas va seguida, como en el caso presente, de la asunción por parte de la Administración del deber de exponerlas, una vez perfeccionado el contrato, durante un período de quince días, debe apreciarse la existencia de un contrato de depósito. Por éste, el depositario recibe una cosa con la obligación de guardarla y restituirla, respondiendo de su pérdida o menoscabo, conforme previenen los artículos 1758 y 1766 del Código Civil. En consecuencia, la Administración está obligada a indemnizar por este título a la solicitante, pues ha quedado acreditado que el personal dependiente de la Consejería de Obras Públicas, Transportes y Urbanismo ni custodió ni conservó adecuadamente las obras depositadas, perdiéndose una y deteriorándose otra, de tal suerte que no ha sido posible su devolución al depositante.»

Y, por último, debe reseñarse el Dictamen núm. 530/96 en el que se aborda la cuestión de que el importe de la reparación es superior al valor venal del bien dañado. En él, el Cuerpo Consultivo afirma:

«Respecto al importe a abonar, el Consejo de Estado considera que debe ascender a la cantidad de 804.921 pesetas, importe de la reparación del vehículo dañado efectivamente pagada por el reclamante, aunque dicha cantidad sea superior al valor venal del automóvil. En efecto, conforme al artículo 1902 del Código Civil, el que causa un daño a otro está obligado a repararlo, reparación que consiste en la reposición de las cosas al estado anterior o, en su defecto, a resarcir en metálico el menoscabo patrimonial a la víctima. No existen en nuestro derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios, lo que, como ha declarado la jurisprudencia (Sentencia de 13 de abril de 1987), autoriza a interpretar que el concepto de reparación comprende las sanciones bastante precisas para lograr la plena indemnidad. Y, como bien expresa el propio reclamante, esas sanciones no pueden dejarse, en cuanto a su determinación, al arbitrio del agente productor del daño, "de tal forma que goce de la facultad de elegir libremente entre reponer la cosa damnificada al estado que tenía con anterioridad al momento en que se ocasionaron los desperfectos o sustituirla por otra distinta y de condiciones análogas a las que sea objeto de debate, que se puede adquirir de segunda mano en el mercado..., porque, aun cuando la cuantía de la reparación del vehículo siniestrado pudiera ser superior al valor en venta que éste alcanzase en el momento de sobrevenir el accidente, ello no podría obligar al perjudicado a admitir que se le sustituya por otro de idénticas o similares características y estado de conservación del que tenía, en lugar de procederse a su restauración" (Sentencia 3 de marzo de 1978). En consecuencia, y en aplicación de dicho criterio jurisprudencial, habiendo reparado el reclamante el vehículo, debe compensársele íntegramente del daño sufrido mediante el abono de lo efectivamente desembolsado en concepto de dicha reparación.»

III. BIBLIOGRAFIA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

ARNOLD, L. (transcr.): *Archivo de la Suprema Corte, Inventario del Archivo del Tribunal de Guerra y Marina, 1816-1854*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996 (XIV + 291 páginas).

Este libro, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y que vio la luz en el último trimestre de 1996, contiene la transcripción del Inventario del Antiguo Archivo del Tribunal de Guerra y Marina (Corte militar de apelación), comprensivo del período 1816-1854.

El original de este inventario se encuentra en los antiguos libros conservados en el Anexo del Archivo de la Suprema Corte de Justicia de México, lo que obedece, según advierte la transcriptor, Linda Arnold, a que, «a partir del año de 1823, los ministros de esta Corte se reunieron con los ministros del Tribunal de Guerra y Marina para adjudicarse las causas de apelación, causas civiles y revisión de penas capitales dictaminadas por los juzgados militares inferiores».

Debe advertirse que, durante la primera época nacional, es decir, entre la independencia y la Constitución de 1857, el fuero militar de México abarcaba los procesos militares, civiles y penales, de los miembros de las fuerzas armadas. Además, el Estado formativo nacional amplió, de vez en cuando, la jurisdicción militar para incluir «causas de vagabundancia, robo, homicidio y otros delitos contra la tranquilidad pública, al asignar una función policíaca con jurisdicción ordinaria criminal al ejército y sus juzgados, debido a la centralización nacional del fuero militar».

El estudio del archivo del Tribunal de Guerra y Marina permite analizar no sólo sus procedimientos en sentido estricto, sino temas aún no abordados, como «la preservación de las visitas de las cárceles militares, los nombramientos de los ministros y funcionarios de la judicatura militar, los patrones de crímenes, los problemas policíacos dentro del ejército, los conflictos civiles entre militares y aquellos entre militares y otros ciudadanos».

Debe advertirse, además, que la clasificación de los archivos militares mexicanos cambió durante el siglo XIX y se pasó de un sistema

cronológico a un criterio alfabético de organización de los documentos archivados. A ello hay que añadir que, después, se decidió unir los antiguos legajos del Tribunal de Guerra y Marina a las causas y documentación judicial de la Comandancia General de México. Todo ello hace más encomiable y meritoria la labor de Linda Arnold, quien advierte cómo «los historiadores del Derecho todavía tienen que reunir las memorias de los Secretarios de Guerra y Marina, compilar la legislación sobre la jurisdicción militar durante la época nacional y comparar el Derecho militar colonial con el Derecho militar nacional y la aplicación de las leyes en los juzgados militares, antes de que los analistas puedan explicar las contribuciones del ejército profesional premoderno a una sociedad en transición de un pasado conocido a un futuro distinto, aunque desconocido». La obra de la historiadora Linda Arnold debe servir de valiosísimo instrumento en el estudio de ese proceso, no simplemente como un proceso nacional mexicano, sino también como parte del entendimiento de los desafíos que muchos países todavía están experimentando en sus procesos de transición hacia un nuevo y distinto futuro.

Se trata, en todo caso, del primer paso en la historia del Tribunal de Guerra y Marina que esclarece amplios ámbitos del Derecho militar mexicano, ofreciendo la posibilidad de abordar la historia social y política en una época todavía oscura, dado que los estudios existentes se centraron hasta ahora en los protagonistas, dejando a un lado el análisis del difícil proceso sufrido por la sociedad mexicana durante su transición de una sociedad jurídica de la época colonial hacia una sociedad republicana y moderna.

No cabe duda del enorme esfuerzo que supone la investigación desarrollada, durante años, por Linda Arnold. Como tampoco de que su trabajo contribuirá a un análisis más riguroso del fuero militar en el México independiente, colmando, con ello, una sensible laguna de las investigaciones académicas sobre la formación del actual Estado nacional mexicano.

Antonio Millán-Garrido

ALFONSO BARRADA FERREIRÓS, JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA y JAIME MALDONADO RAMOS: *Formularios de recursos de Casación Civil y Penal. La Ley-Actualidad*, Madrid, 1996.

Cualquier publicación que lleve la firma de compañeros del Cuerpo Jurídico Militar debe ser recibida, en todo caso, con la satisfacción y la alegría ante la obra de quienes, partiendo de su sólida formación y del trabajo diario y constante, ofrecen a los profesionales del Derecho obras, en algunos casos de notable altura científica y en otros, como el que analizamos, de extraordinaria técnica y enorme utilidad práctica. Esta nueva aparición, debida, en este caso, a los Comandantes Auditores Barrada Ferreirós, Fernández Roderá (actualmente Magistrado) y Maldonado Ramos (que presta servicios como Letrado del Tribunal Supremo), supone, por consiguiente, ante todo y sobre todo, un motivo de orgullo al comprobar la cada vez mayor integración de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar en la producción científica y, en general, en todas las vertientes básicas del desarrollo dinámico del Derecho.

Los autores tratan de facilitar un conjunto completo de formularios utilizables en el ámbito de la casación, tanto en el orden jurisdiccional civil, como en el penal. Esta concreción es preferible a cualquier otro tipo de formulario general al uso que, a más de su posible falta de actualización, no se sustenta en las ventajas de la especialización. Como precisan los autores en la introducción, el propósito es facilitar la tarea del letrado que se enfrenta a la necesidad de formular un recurso de casación en el orden civil o en el penal. En el comienzo de cada uno de los respectivos repertorios de formularios, se verifica un resumen esquemático de la tramitación, en el caso de la casación civil estableciendo la distinción entre el recurso ante el Tribunal Supremo y el que se presenta ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, en los supuestos de infracción de las normas del Derecho Civil, Foral o Especial propio de aquellas comunidades en cuyo Estatuto de Autonomía se haya previsto esta atribución, de acuerdo con el artículo 1.686 LEC. En ambos casos, con admirable claridad y adecuada sistemática, dentro de la brevedad, se recoge la doctrina más reciente del Tribunal Constitucio-

nal y se analizan y comentan los preceptos aplicables de la LEC y de la LECrim., resolviendo cualquier duda general.

En la colección de formularios civiles, de una manera ordenada, se proponen los relativos a preparación del recurso, con referencia incluso a los escritos a presentar por los letrados no colegiados en Madrid y a los recursos de queja contra la denegación de la tramitación o formulados por abogado y procurador de oficio. A continuación se desarrolla el grupo de los correspondientes a la interposición, recogiendo todas las posibilidades y escritos complementarios, como los de solicitud de comunicación de autos (art. 1.705 LEC) o el otrosí para acompañar documentos del art. 1.274 LEC. En todos los casos se pormenorizan los requisitos legales y antecedentes, con el cierre de los suplicos y otrosís propios de cada caso, de tal modo que el letrado puede pasar directamente al planteamiento de los motivos, teniendo el resto cumplimentando con la mera recogida de datos. El siguiente apartado estudia las resoluciones recurribles, distinguiendo los procedimientos de mayor cuantía, menor cuantía, en sus diversas modalidades y el procedimiento en desahucio y en juicio de cognición sobre arrendamientos urbanos y rústicos, con referencias específicas para la casación en materia de derecho al honor, intimidad personal, familiar y propia imagen, en impugnación de acuerdos sociales, de acuerdo con el art. 119.1 de la LSA y en el tema de patentes, en aplicación de la Ley 11/86, de 20 de marzo, en una panorámica, como puede verse, comprensiva de los procedimientos más usuales. Más adelante, en el bloque relativo a los «motivos de casación» se facilita el encabezamiento del motivo y el encuadramiento del breve extracto de su contenido, incluyendo, incluso, las consideraciones generales en el previo desarrollo de algún tipo, como el relativo a la infracción de las reglas de valoración de la prueba, aclarando la posibilidad de impugnar en casación por la vía del error de derecho, de conformidad con el art. 1.692.4.º LEC. A continuación, se formulan los sistemas de inicio de algunos motivos más frecuentes, como los de inadecuación del fallo con la demanda, alteración en la sentencia en los términos del debate, falta de motivación de las sentencias e infracción de las reglas de interpretación contractual (arts. 1.281 a 1.288 CC) o de las reglas de valoración de la prueba, asimismo conforme al Código Civil. Siguen los escritos de intervención del recurrido (de personación, de impugnación de la casación y de alegaciones en cuanto a la competencia) y se termina con los de solicitud de ejecución provisional a la Audiencia antes o

después de la remisión de los autos al Tribunal Supremo (arts. 1.722 y 1.723 LEC), reuniéndose un total de 71 formularios. Sin embargo, y para quien precise de modelos tipo al efecto, se añade un modelo de recurso de casación civil completo, que parte de la sentencia de la Audiencia desestimando el recurso de apelación, la diligencia de ordenación en el Tribunal Supremo para la sustanciación del recurso preparado y el recurso en sí ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con sus distintos apartados de requisitos legales, antecedentes y desarrollo de hasta tres motivos, con el correspondiente suplico y los otrosíes relativos a la devolución del poder y a la solicitud de celebración o no de vista, acompañando los escritos de personación y, asimismo, los correspondientes de impugnación del recurrido, en paralelo al formulado de contrario y la sentencia correspondiente.

En cuanto se refiere al índice de formularios de recurso de casación penal se analizan, en primer lugar, los escritos de preparación a interponer por la defensa, la acusación particular, el actor civil, y contra el auto de sobreseimiento, entre otros, así como los de habilitación por el Colegio y de desistimiento, puntualizándose que, de acuerdo con los arts. 324 a 326 Ley Procesal Militar, el conjunto de formularios que se propone servirá, igualmente, para la tramitación de los recursos de casación en el ámbito de la Jurisdicción militar. En estos esquemas se puntualiza, incluso, el motivo de casación, haciendo referencia a los más usuales de error de hecho en la apreciación de la prueba o en cualquiera de los quebrantamientos de forma de los arts. 850 y 851 LECrim. En un segundo apartado, se estudian los modelos de recurso de queja, con un formulario básico de interposición y otros de escrito de comparecencia, de impugnación y de adhesión a la queja. En cuanto a la interposición del recurso, tras proponer los escritos de personación, adhesión y los relativos a nombramientos de abogado y procurador, se redacta el de interposición por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, distribuyendo los distintos apartados de antecedentes y apuntando las introducciones para el breve extracto del contenido y desarrollo de cada motivo, ofreciendo las fórmulas adecuadas, recordando al Letrado la oportunidad de las citas de los autos que denegaron la práctica de la prueba o de la inatención por el Tribunal de la solicitud de suspensión de la vista oral por incomparecencia de testigo, por ejemplo, entre otras. En los escritos de sustanciación destaca el escrito de la defensa del absuelto, oponiéndose al recurso de casación del Ministerio Fiscal o de la Acusa-

ción Particular, con distinción del estudio de las causas de inadmisión y desestimación. Paralelamente, se dan los modelos de la oposición por parte de la Acusación Particular y de contestación del recurrente a las causas de inadmisión de la parte contraria. La parte más extensa y sustanciosa del estudio, en la que se presentan hasta 28 modelos, es la que se refiere al desarrollo de motivos de casación concretos, de los que se ofrece una panorámica completa y pensamos que utilísimas, partiendo de los de infracción de precepto constitucional por las vulneraciones de *derechos fundamentales habitualmente más invocadas* (presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, etc.), pasando a continuación a las infracciones de Ley, error de hecho en la apreciación de la prueba, denegación de prueba en los diversos casos, denegación de preguntas, falta de claridad en el relato de hechos probados (art. 85.1.1.º LECrim.), predeterminación del fallo y vulneración del principio acusatorio en sus diversas formas. Se cierra este apartado con un recurso de casación completo, partiendo de una sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, por un delito de homicidio en grado de frustración, a la que sigue el escrito de preparación, recurso de queja contra el auto denegatorio de la preparación, la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo estimando la queja y el escrito de interposición del recurso de casación formalizado por tres motivos, así como la interposición del recurso por la acusación particular, por cuatro motivos, el auto de la Sala inadmitiendo a trámite uno de los motivos del condenado y la totalidad de los de la acusación particular y, por último, la sentencia en la que se declara no haber lugar a la estimación del recurso de casación y escritos posteriores.

El estudio se cierra con una recopilación de la doctrina constitucional sobre el recurso de casación, recogiendo los fallos más recientes (sentencias a partir de 1990) y, por último, una utilísima recopilación legislativa sobre el recurso de casación civil y penal que incluye preceptos atinentes a las cuestiones y temas en debate, fundamentalmente en materia civil, mercantil y procesal, que normalmente sirven de base u origen de los correspondientes procedimientos y la posterior casación. Dicha legislación está, además, anotada con las correspondientes concordancias y entendemos que puede resultar de enorme utilidad.

Por último, un índice sistemático y otro analítico, con un amplio repertorio de voces, facilita la localización por asuntos.

Por si todo esto fuera poco, y dentro del pragmatismo y vertiente de utilización profesional que rodea toda la obra, se adjunta un *diskette* que

contiene los formularios y un manual del programa para su utilización en el ordenador.

La obra está, por otra parte, cuidadosamente editada y es de fácil y rápido manejo, por lo que le auguramos un extraordinario éxito editorial y una amplia divulgación en razón a su indispensabilidad en cualquier despacho profesional: en el de los muy expertos para agilizar y actualizar los modelos y en el de los más jóvenes para posibilitar un rápido y eficaz aprendizaje. En nombre de la Revista Española de Derecho Militar, de la que alguno de los autores ha sido colaborador, quiero manifestar recogiendo un sentir general, el reconocimiento y la satisfacción de los miembros del Cuerpo Jurídico ante iniciativas y resultados, obtenidos por nuestros compañeros, como los que esta obra supone.

Agustín Corrales Elizondo

BERMÚDEZ FLORES, R. J.: *Compendio de Derecho militar mexicano*, Edit. Porrúa, México, 1996 (252 páginas).

Decía un ilustre penalista mexicano, el profesor y magistrado Emilio Pardo Aspe, que el Derecho militar es como una ciudadela medieval, ante la cual la mayor parte de los estudiosos de la ciencia jurídica optan por el procedimiento más práctico y sencillo: dejar la fortaleza donde se ubica como un monumento del medioevo y analizar otras disciplinas a su juicio más interesantes.

Estas palabras —con las que comienza su exposición introductoria R. de J. Bermúdez Flores— deben hoy, sin embargo, ser matizadas, por cuanto, desde que se pronunciaron por vez primera, han sido muchos los juristas mexicanos que, con mayor o menor fortuna, han tratado de «abordar» la fortaleza, especialmente a partir de 1940. Cuestiones distintas son que la literatura jurídico militar generada haya sido, salvo excepciones, escasamente original y trascendente, que en los últimos decenios el interés por estos temas haya ido decreciendo y que, de modo particular, no haya habido, en el ámbito jurídico, la necesaria y oportuna respuesta a la nueva realidad sociocultural que comportan, en sí, las actuales fuerzas armadas mexicanas.

* * *

En efecto, desde 1935 a 1955 se propició en México una generalizada preocupación por el Derecho castrense, a la que dió cauce el *Boletín Jurídico Militar*, de cuya génesis, contenido y significado me ocupé en el número 68 de esta *Revista*. Fue, asimismo, durante esos años, cuando se implantó el estudio del Derecho militar en las Universidades, primero a través de conferencias y jornadas inconexas y, después, mediante cursos completos de disciplinas integrantes de la especialidad. En 1937 se instituyó la primera Cátedra de Derecho Militar en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, a la que sucedería, a través del Seminario de Derecho Militar, la de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de México. Pocos años después la Escuela Libre de Derecho y muchas

otras Universidades de México implantaron cursos de Derecho militar, incluyendo la asignatura en sus planes de estudio.

De esa época son las obras de dos eminentes juristas mexicanos: los Generales y profesores Ricardo Calderón Serrano y Octavio Véjar Vázquez.

Ricardo Calderón Serrano, exiliado español y, posteriormente, nacionalizado mexicano, fue miembro del Servicio de Justicia Militar del Ejército de México, en el que alcanzó el generalato, Catedrático de la especialidad en la Universidad Nacional Autónoma de México y, en mi opinión, autor de la obra jurídicomilitar más importante elaborada hasta ahora en Latinoamérica. Su aportación dogmática más significativa es la contenida en el *Derecho penal militar, Parte General* (Edit. Minerva, México, 1944), así como en la incompleta *Parte Especial* (México, 1951-1953). Otros títulos son *El Ejército y sus Tribunales*, en dos volúmenes (Edit. Lex México, 1944 y 1946), *Derecho procesal militar* (Edit. Lex, México, 1947), y *Crímenes de Guerra* (Edit. Lex, México, 1949). Complementan la obra de Calderón Serrano medio centenar de trabajos publicados, particularmente, en el *Boletín Judicial Militar*, del que fue permanente Jefe de Redacción y verdadero artífice durante sus casi veinte años de existencia, pero también en otras prestigiosas publicaciones mexicanas como *Criminalia*, la *Revista de Derecho Penal* (Universidad Autónoma de San Luis Potosí) o la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*.

Octavio Véjar Vázquez, General y primer Catedrático de Derecho militar en México, fue uno de los más prestigiosos juristas mexicanos de este siglo, y, de hecho, a él se debe, básicamente, la redacción del Código de Justicia Militar de 1933, todavía vigente. Brillante orador, supo despertar, en el ánimo de estudiantes y abogados el interés por el Derecho militar, impulsando numerosos proyectos en muy diversos ámbitos, pero, sin embargo, dejó una muy reducida obra escrita. Aunque suyas son cuatro notas publicadas en los primeros números (1935-1936), del *Boletín Jurídico Militar*, del que fue cofundador y primer director, y, años después, preparó con Tomás López Linares una edición anotada del vigente Código de Justicia Militar (Edic. Ateneo, México 1975), la única publicación suya, con contenido dogmático, que sigue resultando un trabajo de obligada referencia, es *Autonomía del Derecho militar* (Edit. Stylo, México 1948), en la que se recogen tres conferencias pronunciadas en el aula Jacinto Pallarés de la entonces Facultad Nacional de Jurisprudencia. A través de ellas, Véjar Vázquez «expone de una manera

clara y elegante desde los conceptos fundamentales del Derecho militar hasta sus propias ideas en cuanto a la formación de nuestras leyes penales castrenses» (A. Mercado Alarcón).

A partir de 1960 fue decayendo en México el interés por el Derecho militar, lo que se traduce en muy pocos trabajos, que, en su mayoría tesis de Licenciatura, son de escaso valor y menor interés. Puede afirmarse que, hasta 1990, sólo destacan, en ese sombrío panorama, las aportaciones del Dr. Schroeder Cordero y la obra, totalmente inédita, del Licenciado Saucedo López.

El Dr. Schroeder está considerado como uno de los más eminentes juristas, que, en nuestra especialidad, ha tenido México y, de hecho, suele destacarse como continuador de Calderón Serrano y Véjar Vázquez. Investigador encargado del área de Derecho militar en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, el Dr. Schroeder cuenta, sin embargo, con una obra escrita, ciertamente escasa, reducida, de hecho, a un meritorio trabajo sobre el *Concepto y contenido del Derecho militar* (Edit. Stylo, México, 1965) y a la encomiable colaboración —con las voces de Derecho militar— en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, que, en 1995, alcanzó, en cuatro cuidadosos volúmenes, su octava edición.

La obra del Licenciado Antonio Saucedo López está integrada por diversos trabajos, de desigual valor, pero todos ellos inéditos y, como tales, poco conocidos fuera del ámbito castrense. De tales trabajos, cabe destacar, en mi opinión, *Reformas al Código de Justicia Militar* (México, 1968), *La jurisdicción del fuero de guerra* (México, 1978) y *Apuntamientos de Derecho militar* (México, 1986).

* * *

De esta situación doctrinal, ciertamente deficitaria, parte el, aun incipiente, renovado interés por el Derecho militar, que, desde el comienzo de este decenio, puede advertirse en el panorama jurídico mexicano.

Fruto de tal interés han sido más de una veintena de tesis de licenciatura y algunos trabajos impresos, entre los que cabe destacar, ante todo, la *Introducción al Derecho militar mexicano* (M.A. Porrúa, México, 1991) del brillante jurista y eminente historiador José Manuel Villalpando César, obra hoy agotada y de la que se espera, durante este año, una segunda edición.

La nueva tendencia se caracteriza, ante todo, por contemplar, de modo unitario, la realidad interdisciplinaria del Derecho militar, que excede de lo penal y lo orgánico-procesal. El Derecho penal militar y, en definitiva, el «fuero de guerra», constituyen —se insiste— una importante parcela, pero no la única del Derecho militar, «todo un sistema normativo que abarca infinidad de cuestiones y que no se agota con las punitivas». Esta tendencia se caracteriza, asimismo, por un replanteamiento —sobre distintas bases metodológicas— de las cuestiones fundamentales del Derecho militar que, sin hacer dejación de las aportaciones de los «destacados juristas militares de antaño», permita afrontar y dar respuesta a las nuevas necesidades derivadas de la actual conformación de las fuerzas armadas mexicanas.

* * *

En esta nueva tendencia se inserta, en definitiva, el *Compendio de Derecho militar mexicano*, aparecido en el segundo semestre de 1996 y del que es autor el Contraalmirante del Servicio de Justicia Naval Renato de Jesús Bermúdez Flores.

Renato de J. Bermúdez Flores es, además de persona entrañable, un brillante jurista que cuenta con una larga e intensa experiencia no sólo en la administración de Justicia, sino también como abogado y docente. Así lo destaca, en el prólogo, el investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas —eminente jurista y buen amigo— Dr. Héctor Santos Azueta, para quien el autor «cuenta con una rica carrera académica labrada de manera consistente en las aulas universitarias mediante la impartición de cátedras vinculadas al Derecho constitucional, a la Historia del Derecho mexicano y, obviamente, al Derecho castrense [...]. El licenciado Bermúdez ha conjuntado la experiencia profesional de muchos años como abogado postulante que consiguió asimilar a su acervo jurídico el valioso aprendizaje de la práctica en el foro dentro de diversos ramos, [aunque] es ciertamente el factor más relevante para nutrir el rigor de la obra del autor, su delicada y larga experiencia en el ejercicio dentro del campo específico del Derecho militar».

Tales condiciones resultan indispensables para elaborar esta obra, en la que, conforme a lo indicado, el autor ofrece, a modo de estado de la cuestión y punto de partida en ulteriores investigaciones, una visión conjunta de la temática compleja que comporta la legislación militar mexi-

cana. Así concebido, el trabajo no suele exceder de la mera exposición marcada por el propio Derecho positivo, pero la labor exegética realizada y el esfuerzo de síntesis desarrollado a lo largo del estudio hacen de éste «un material indispensable de apoyo práctico y consulta para el estudioso, el litigante o el jurista que pretenda incursionar en este ramo».

Dividido en nueve densos capítulos, el primero de ellos viene dedicado a los antecedentes históricos del Derecho militar y en él Bermúdez Flores trata de sus orígenes, precedentes romanos y medievales, y del desenvolvimiento histórico y evolución del Derecho militar tanto en España como en México. De éste, estudia el autor la época precolombina, la etapa colonial, el inicio de la independencia, la Constitución de 1857 y las diversas leyes militares de finales del siglo XIX. Sigue un breve análisis de la legislación del Ejército en el período 1900-1929 y una concisa referencia a la legislación militar contemporánea, concretamente al Código de Justicia Militar de 1933 y a la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos de 1971.

La legislación naval es objeto de autónoma consideración en el capítulo II, donde, tras una precisa nota introductoria y la exposición del desenvolvimiento histórico de la normativa reguladora de la Armada mexicana, el autor se ocupa, de modo conciso pero riguroso, de las diversas leyes navales dictadas en este siglo: Ley Orgánica de 1900, Ordenanza General y Leyes Orgánicas de la Armada de 1914, 1926, 1952, 1972 y 1985.

Particular interés ofrece el capítulo tercero (como los dos primeros, sustancialmente introductorio), en el que Bermúdez Flores señala el contexto constitucional en el que se sitúa y se mueve la legislación militar, ocupándose, sucesivamente, de la configuración constitucional de las fuerzas armadas, de las garantías individuales (con específico análisis de la subsistencia del fuero de guerra, de la suspensión de las garantías individuales y de la pena de muerte en la legislación militar), de los derechos políticos, obligaciones y prerrogativas de los ciudadanos, y de las facultades del Poder Legislativo y del Ejecutivo Federal, para concluir con algunas referencias a cuestiones conexas, como la atinente a las limitaciones que soportan los Estados miembros de la Federación.

En el capítulo cuarto, el autor aborda ya el concepto y la naturaleza del Derecho militar, comenzando con la exposición de las principales doctrinas sobre el mismo y la defensa de su sustantividad. Sigue un elenco de las disciplinas básicas integrantes del Derecho militar (administrativo y penal) y aquellas otras «menos conocidas» (social, disciplinario e internacional). El capítulo concluye con una sucinta referencia a

las diferentes normas jurídicas integrantes del Derecho militar, básicamente las leyes y los reglamentos.

El capítulo quinto, de estructura discutible, viene dedicado a la exposición de las líneas básicas del «estatuto militar mexicano». En él, Bermúdez Flores se ocupa de las principales cuestiones que surgen de la legislación administrativa militar (servicio militar, ascensos, ...), del sistema de seguridad social (haber, vacaciones, pensiones, ...), de las normas penales (delitos, penas, ...) y de las leyes disciplinarias (faltas, correctivos, ...).

En el capítulo sexto, el autor aborda el fuero de guerra, con el inevitable estudio conducente a la determinación del alcance y contenido del artículo 13 de la Constitución mexicana, para pasar a exponer —en mera recapitulación y síntesis de la doctrina tradicional— los fundamentos filosófico-jurídicos y de orden práctico en los que se basa el fuero de guerra. En la segunda parte del capítulo, Bermúdez Flores analiza la jurisdicción y competencia de los Tribunales militares y la organización tanto de la jurisdicción penal como de la disciplinaria.

Como resalta, en el prólogo, el Dr. Héctor Santos, el autor, en el capítulo séptimo, «se ocupa novedosamente de la disciplina militar, que entiende como un modo de vida diferente, para detallar, de esta manera, los lineamientos de la conducta militar. Explica, al efecto, el sentido de las normas de comportamiento, de los deberes patrióticos, del concepto mismo sobre Patria y de las alternativas viables para preservar el orden».

El capítulo octavo viene dedicado al estudio de la naturaleza jurídica de las fuerzas armadas. En él, Bermúdez Flores, tras la determinación de algunos conceptos previos, analiza las teorías «sociológica» (las fuerzas armadas son un órgano social, una sociedad perfecta) y «jurídica», conducente ésta a la concepción de las fuerzas armadas bien como servicio público, bien como institución, siendo esta última la tesis unánimemente aceptada hoy por la doctrina mexicana. Sin conexión conceptual, el autor incluye, como último apartado del capítulo, una vaga referencia a las fuerzas armadas y el Derecho internacional.

En el capítulo noveno y último, Bermúdez Flores estudia las relaciones entre el poder ejecutivo y las fuerzas armadas, a través del análisis de la conexión poder ejecutivo-mando militar, del mando supremo militar, de la función de seguridad pública, de la Secretaría de Marina y de la Secretaría de la Defensa Nacional.

* * *

Este *Compendio de Derecho militar mexicano* es, en definitiva, una obra razonablemente innovadora, que, incorporando nuevos planteamientos al sistema y contenido marcados por la doctrina tradicional, permite afrontar el estudio de la realidad actual de las fuerzas armadas desde unas perspectivas más acordes con las transformaciones jurídico-formales operadas en este específico sector del Ordenamiento Jurídico.

Ciertamente, muchas de las tesis propugnadas por el autor —basten las referidas a la sustantividad del Derecho militar o a la justificación del fuero de guerra— no son compartidas por quien suscribe y algunos aspectos del trabajo —de modo especial, la bibliografía utilizada— son rigurosamente deficitarios. Tales consideraciones no impiden, sin embargo, que la valoración de conjunto de la obra sea altamente positiva, especialmente en relación a la doctrina jurídico militar mexicana, donde el trabajo del Contraalmirante Bermúdez Flores supone una aportación significativa y un avance sustancial con vistas a ulteriores investigaciones.

Y comparto, desde luego, en otro orden, el juicio del Dr. Héctor Santos, para quien, «este libro de estudio y detalle responde, de manera espléndida, a los actuales reclamos del análisis, enseñanza y orientación práctica del Derecho militar contemporáneo».

Antonio Millán-Garrido

DÍAZ ROCA, Rafael: *Derecho penal general. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. Editorial Tecnos. Madrid, 1996, 347 págs.

Alejado profesionalmente del mundo jurídico penal, al promulgarse el Código Penal de 1995, me acerqué en vano a su contenido. La ardua lectura del texto legal, su cientifismo exagerado, su germanismo pronunciado y su notable confusionismo me hicieron desistir. De aquel primer acercamiento sólo saqué mi disposición a esperar que se publicaran algunos trabajos que me introdujeran en sus vericuetos para comprenderlo y la verificación de una verdad que oí a varios de quienes fueron sus principales redactores: que se trata de un código para el que ni la ciencia, no la sociedad, ni la Administración de Justicia están preparadas, pero que había que lanzar como proyecto para hacerlo posible dentro de una década. Razones del destino lo han traído antes.

Con el inicio de curso académico, las librerías se llenaron de libros de texto, compendios, manuales, tratados y sumas de derecho penal. Dispuesto a tratar de enterarme del nuevo ordenamiento penal, me proveí de algunos de esos manuales y tratados; entre ellos, uno que tenía una solapilla que indicaba que estaba ajustado al programa de oposiciones del Cuerpo Jurídico Militar: el de Díaz Roca. Leí todos y confieso que mi asombro y confusión no tenían límite. El sentimiento de desorden e irrealidad respecto al nuevo Código trascendía a las obras que lo estudiaban, salvo el de Díaz Roca.

El *Derecho penal general* glosado es una excepción entre esa pléyade de trabajos. Es un manual claro, crítico y práctico.

Es un manual destinado a los opositores. Se ajusta al programa del Cuerpo Jurídico Militar. Este hecho quizás pueda inducir a pensar que se trata de una obra menor. Nada más lejos de la realidad. Los trabajos de síntesis, los que exponen de forma concisa y completa el estado de una ciencia o saber son siempre obras de madurez. Lucubrar, glosar y aun investigar son tareas fáciles; sintetizar con rigor y claridad, ardua tarea que exige conocer el estado del saber, penetrar en lo más recóndito de ese saber y compendiarlo. Por eso, los libros destinados a opositores, si están bien hechos, como el glosado, son joyas de nuestra li-

teratura jurídica: baste recordar el Castán, el Roca Sastre, los Puig Peña...

Es un manual claro, conciso y completo que da una visión compendiada pero enjundiosa de toda la parte general del derecho penal. Quien, como el que escribe, está ajeno al estado actual del derecho penal, se entera de él con su lectura. Y ello ya es un mérito que lo justifica plenamente. Pero, además, se acrecienta pues no hay en él «sofísticas inteligencias, metafísicas excogitadas y sutiles argucias» tan corrientes en los libros de derecho, hasta tal punto que Pombal en 1769 los definió con tales adjetivos.

Es un manual crítico, pese a su carácter compendiado. No sólo se expone el derecho positivo y la doctrina científica y jurisprudencial, sino que se valora la regulación legal, poniendo de manifiesto sus aciertos, dislates e incongruencias.

Y es, en fin, un manual práctico puesto que aborda con rigor las cuestiones cotidianas que interesan a quienes se dedican a temas penales en el foro.

El libro expone en treinta y cuatro temas toda la parte general del derecho penal: su concepto; las escuelas penales, las fuentes y la aplicación de la ley penal en el tiempo y en el espacio; el delito en sus distintas facetas y circunstancias; la vida del delito y las formas de aparición de éste; la pena y su aplicación, la responsabilidad civil derivada del delito o falta y la extinción de la responsabilidad. Señalaré sólo algunos temas importantes de la teoría del delito. En la acción no sólo se estudian los supuestos de la falta de la misma, sino que se exponen los efectos, casi siempre olvidados, de la causa de la falta de acción. En el tipo del injusto, además de las cuestiones generales, se tratan detenidamente las diversas clases de tipos y sus consecuencias. En la parte subjetiva, se abordan exhaustivamente los específicos elementos del tipo, el dolo y sus diversas clases, el tratamiento del error de tipo y de prohibición sobre las causas de justificación.

Por todo lo expuesto, este manual debe ser tenido en cuenta, pues proporciona una visión sistemática y coherente de la parte general del derecho penal y facilita una respuesta a los problemas concretos que se presentan a la hora de aplicar el nuevo código penal.

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz

FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, Emilio: *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares*. Prólogo Antonio Mozo Seoane, Coedición Ministerio de Defensa-Marcial Pons, 433 págs. Madrid, 1995.

Este excelente estudio, que el Comandante Auditor del Cuerpo Jurídico Militar don Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández (hijo del recordado Coronel Auditor de la Armada don Emilio Fernández-Piñeyro y Maseda) dedica a sus padres, constituye la Tesis Doctoral con la que el autor obtuvo la máxima calificación académica («Cum laude» por unanimidad) en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (Departamento de Derecho Administrativo), bajo la experta dirección y magisterio del Prof. Dr. D. Antonio Mozo Seoane, hoy General Auditor y Profesor Titular de Derecho Administrativo.

Sigue el nuevo doctor y autor del libro que glosamos la poblada senda de doctorandos pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar (y antes a los Cuerpos Jurídicos del Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire) que han destacado entre los ius-administrativistas y lo hace tratando una materia de singular importancia para la asesoría jurídica en el ámbito del Ministerio de Defensa. Baste para ello leer el título de la Tesis (y del libro que comentamos) y su subtítulo: «Estudio jurídico-administrativo de los inmuebles gestionados por el Ministerio de Defensa: su adquisición y enajenación. Sus efectos en la propiedad privada colindante y su relación con las leyes sectoriales sobre urbanismo, medioambiente, costas y puertos».

Ciertamente el estudio del tema había sido fragmentariamente abordado en la literatura administrativa con anterioridad. Sin remontarnos a épocas demasiado lejanas y quizás con el riesgo de alguna omisión, debemos citar los trabajos de Guaita Martorell, Rodríguez Román, Tejada González, Torres Rojas, Peña Peña, Duret Abeleira, Paz Curbera y López, Aguiló Piña, Vigier de Torres, Azcárraga y Bustamante, Matos Martín, Raquejo Alonso, Sainz Moreno, Herráez Gómez, Girgado Doce, Balado Ruiz-Gallegos, Parada Vázquez, Laso Martínez, Mozo Seoane, Baño León y Muñoz Alonso, entre otros.

En las Segundas Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas (Madrid, enero de 1985), convocadas por el inolvidable Ministro Togado de la Armada y Catedrático de Derecho Internacional D. José Luis de Azcárraga y Bustamante (entonces Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa), se me encargó la Ponencia «Asesoramiento del Ministerio de Defensa en materia de urbanismo», donde se trató de esbozar la protección jurídica de los recursos inmobiliarios de la defensa nacional y los problemas legales de su gestión por el Ministerio de Defensa. Y así «gestión urbanística», «propiedad y defensa nacional», «limitaciones administrativas que afectan a la propiedad privada por imperativo de la defensa nacional», «medios instrumentales para la gestión y protección de los recursos inmobiliarios de la defensa nacional» y hasta su tratamiento fiscal, fueron los diversos capítulos que integraron un esquema que intentó sistematizar la materia.

La Escuela Libre de Derecho y Economía tampoco fue ajena a estas preocupaciones y, bajo la dirección del Prof. López Ramón, convocó un «Curso sobre la ordenación jurídico-administrativa de las Fuerzas Armadas» en febrero de 1990.

En las mismas fechas, con objeto de completar la formación de los Alféreces-Alumnos (nunca «cadetes») del Cuerpo Jurídico Militar, se programó —en el Plan de Estudios de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos— una asignatura denominada «Derecho Urbanístico Militar», que impartió con su acreditada competencia el entonces Teniente Coronel Mozo Seoane. Labor docente que, años después, desarrolló precisamente el autor del libro Comandante Auditor Fernández-Piñeyro y Hernández.

El Profesor Mozo Seoane destaca en el excelente Prólogo la importancia de la materia (el viejo «dominio público militar»), la «especialidad» del patrimonio militar, la gestión autónoma de los bienes inmuebles de interés para la Defensa Nacional, las limitaciones y servidumbres de la propiedad privada por razones militares, las implicaciones defensivas de la ordenación territorial y urbanística, así como la protección del medio ambiente, poniendo de manifiesto acertadamente la escasa atención que la doctrina jurídico-administrativa dedica a estas cuestiones.

La primera alabanza que merece la obra que glosamos —naturalmente extensible al director de la Tesis y prologuista— es la elección del contenido de la materia investigada que, sin duda, colma un vacío en el estudio científico de tema tan complejo y vital para la Defensa Nacio-

nal. La defensa de la integridad territorial es una de las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas (art. 8 de la Constitución), pero al propio tiempo el territorio integra uno de los recursos básicos de la Defensa Nacional. Defensa que, como escribió certeramente Sánchez Agesta, es necesario plantearla de forma total, como una simbiosis íntima de las exigencias militares y del desarrollo económico, social y cultural.

El propósito del autor se consigue —y éste es el segundo mérito del libro— presentando un estudio unitario o monográfico de todas las materias que guardan —como dice el Prólogo— una «íntima y evidente conexidad» bajo el título «Derecho administrativo de los bienes militares» para abarcar el régimen jurídico de los bienes afectos a la defensa nacional. Ciertamente en el planteamiento sistemático del trabajo que ahora se publica y en la metodología empleada se advierte la experta dirección del Profesor Mozo Seoane, quien ya había trazado las líneas generales de un tratado de esta naturaleza en un estudio, inédito, sobre «Defensa nacional y ordenación urbanística». Y otra consideración más. Destaca a lo largo de las más de cuatrocientas páginas de la obra que el Comandante Fernández-Piñeyro posee una sólida formación jurídica de carácter interdisciplinar, que excede del estrecho campo que limita —a veces— a los especialistas. Formación que se completa y aflora en numerosos pasajes de la publicación, con un envidiable conocimiento de los problemas prácticos que plantea el complejo régimen jurídico inmobiliario militar. Se aúnan así en la exposición de la materia, la madurez jurídica del nuevo doctor y su destacada trayectoria profesional como miembro del Cuerpo Jurídico Militar, dedicado a la función de asesoría jurídica en el ámbito del Ministerio de Defensa. Y me complace, muy especialmente, compartir este reconocimiento con el prologuista de la obra: «... el autor combina perfectamente... el rigor teórico en el manejo de los conceptos y categorías dogmáticas con el enfoque práctico de los problemas y sus soluciones».

El libro comienza con un capítulo preliminar o introductorio, en el que el autor expone con acierto las posturas sobre la naturaleza jurídica del dominio público para concluir con la elaboración de las características del dominio público militar. La primera parte de la obra estudia la «Afectación y desafectación de bienes inmuebles a la Defensa Nacional» y dentro de ella se tratan de forma rigurosa y exhaustiva —en los dos primeros capítulos— los medios instrumentales para la aportación de dichos bienes inmuebles, es decir: la expropiación forzosa por nece-

sidades de la defensa nacional (las expropiaciones militares y sus especialidades) y la requisita militar, para seguidamente abordar los aspectos institucionales relacionados con la materia. Así, la Gerencia de Infraestructura de la Defensa y el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas merecen un detenido estudio. No abundan ciertamente en nuestra literatura jurídica trabajos monográficos sobre tan polémicos exponentes de la administración institucional y, por ello, es mérito del autor el tratamiento descriptivo de tales organismos, ciertamente ayuno de los perfiles críticos expresados por parte de la doctrina. Y es cierto que la Gerencia de Infraestructura ha cumplido —y cumple— su función eminentemente instrumental y actúa como un organismo fiduciario, pero tampoco se puede olvidar que también le corresponde —al menos en teoría— «desarrollar las directrices de Defensa en materia de patrimonio y condiciones urbanísticas del mismo», «proponer modificaciones a los planes generales..., planes parciales o especiales... para que el desarrollo y ejecución del planeamiento urbanístico se coordine con los planes de infraestructuras de las Fuerzas Armadas. Quizás el escaso desarrollo de estas importantes funciones urbanísticas se derive de su dedicación, por algunos calificada de monográfica, a la enajenación de los inmuebles que han dejado de ser necesarios para la defensa.

El autor se adentra también decididamente en el espinoso problema de las viviendas militares gestionadas por el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, analizando certeramente los problemas jurídicos que plantea su regulación. En esta materia no puedo silenciar mi discrepancia con la interpretación del autor sobre el juego del artículo 84 de la Ley del Patrimonio del Estado en relación con los bienes de los antiguos Patronatos de Casas del Ejército de Tierra y de la Armada. Estos Patronatos no tenían, como se dictaminó repetidas veces por sus Asesorías Jurídicas, capacidad de enajenación de bienes inmuebles propios para conseguir sus fines, salvo por lo que atañe a las viviendas de acceso a la propiedad construidas —justamente— para su venta a los beneficiarios (artículo 85 de la Ley de Patrimonio). El resto de las viviendas, edificadas para ser arrendadas, formaban parte del patrimonio inmovilizado del Estado y su enajenación se regulaba por el artículo 84 de la citada Ley de Patrimonio. Es decir, los bienes no necesarios para el cumplimiento directo de sus fines, se incorporan al Patrimonio del Estado. Justamente por esta poderosa razón legal fracasó la pretensión de venta de las viviendas militares que, antes de la creación del INVIFAS, barajó el Ministerio de Defensa. Mi postura coincide, en este

aspecto, con la mantenida por los profesores Ariño y Jiménez de Cisneros.

El estudio de las limitaciones al derecho de la propiedad por razones de interés para la defensa nacional, que integra la parte segunda del libro, es una auténtica monografía actualizada que se inicia con la exposición de los presupuestos de carácter jurídico-sistemático contenidos en la Ley 8/1975, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional. La excelente exposición del contenido de la norma se complementa con la crítica de algunos de sus preceptos y la doctrina constitucional sobre la materia, para defender una postura muy compartible que no exige de la necesidad de una profunda reforma de una norma preconstitucional que no ha logrado siquiera su pretensión unificadora. Dentro de esta misma parte del libro se exponen las limitaciones al derecho de propiedad por razones de interés para la defensa nacional y el principio indemnizatorio derivado de la Ley 8/1975, terminando con la elaboración de un interesante cuadro de los efectos sobre la propiedad contenidos en la Ley 8/1975 y clasificados de mayor a menor intensidad siguiendo un criterio jurídico conceptual.

La parte tercera de la obra reviste un singular interés por su modernidad, llevando un título que —por comprensivo— no llega a expresar la innovación que supone: «Localización de las instalaciones militares en el territorio». Aquí se estudian temas tan sugerentes como los derivados de las instalaciones militares y urbanismo o la —en mi opinión— más valiosa aportación del doctorando: el capítulo II denominado «Instalaciones militares y medio ambiente». En tan difícil cuestión brilla la formación jurídica del autor, su bagaje doctrinal, el análisis de la jurisprudencia y la aportación de soluciones originales que logran equilibrar ponderadamente, con compartible argumentación jurídica, el ejercicio de una competencia estatal indeclinable como es la defensa nacional con la sensibilidad hacia una especial protección medioambiental, ofreciendo una fórmula armonizadora para todos los intereses concurrentes.

Los últimos capítulo del libro no están tampoco exentos de aliciente, pues el dominio público marítimo terrestre regulado en la Ley de Costas y su Reglamento se estudia desde la óptica de la defensa nacional, con una especial referencia a las reservas demaniales. Y, finalmente, merecen un estudio detallado los problemas de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, desde los puntos de vista de la unificación normativa, nueva atribución competencial y dominio público portuario, siempre con la permanente referencia a la defensa nacional. Con

particular acierto, a nuestro juicio, refleja Fernández-Piñeyro los perfiles críticos que le merece la indefinición de los conceptos de «buque militar» y «buque del Estado», revelando sus sólidos conocimientos como maritimista y matizaciones propias de quien, también, domina el derecho internacional. Quizás el mejor colofón para quien ingresó prometedoramente en el extinto Cuerpo Jurídico de la Armada.

En definitiva, el libro que hemos glosado constituye hoy una obra de indispensable consulta no sólo para conocer la regulación jurídica de los bienes afectados a la defensa nacional sino para tomar conciencia de una problemática más compleja que podríamos denominar «Régimen jurídico de la gestión y protección de los recursos inmobiliarios de la defensa nacional». Así de ambiciosa es la obra y así de logrado el fruto de un trabajo bien hecho, que —sin olvidar al director de esta tesis— hemos de agradecer al esfuerzo, madurez y calidad científica del Doctor Fernández-Piñeyro y Hernández.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La resolución del contrato administrativo de obra*. Madrid, 1996. Editorial Montecorvo, 252 págs.

Ernesto García Trevijano ha publicado recientemente un libro sobre la resolución del contrato administrativo, continuando así el quehacer de una saga de juristas que, hoy por hoy, aunque el autor de la obra que glosamos lleve trazas de superarlo, tiene como cimero la figura de José Antonio García Trevijano y Fos.

El libro estudia la resolución del contrato administrativo y tiene, a mi entender, tres grandes méritos: es claro, sencillo y concreto en su decir; tiene enjundia y profundidad en lo que dice y, por último, no olvida en ningún momento la realidad de las cosas y la práctica administrativa.

Frente al carácter abstruso de numerosas obras jurídico-administrativas —¡Qué amigos de barbas y fárragos son los Digestos!, decía Quedo—, la claridad y exactitud son cualidades del libro de Ernesto García Trevijano y ello es de agradecer a la hora de su lectura.

La obra, además, tiene enjundia. No es simplemente un rimero de opiniones doctrinales, una descripción de sentencia y dictámenes o una miscelánea de pareceres. Antes al contrario, es fruto de una minuciosa y vertebrada reflexión; tiene un sólido sistema y un correcto método. Estas características hacen que, al hilo de su lectura, se susciten interrogantes y cuestiones. En ese sentido es un libro que forma, pues, como decía Jaime Guasp, las buenas obras no lo son tanto por los problemas que resuelven sino por los que plantean y vislumbran.

El libro de García Trevijano pondera, además, adecuadamente la altura de principios y criterios con la realidad de las cosas. Es corriente entre las publicaciones de derecho administrativo encontrar trabajos que constituyen espléndidas obras teóricas y admirables sistemas científicos, pero carentes de toda conexión con la realidad. El jurista que no se mueve en el platoniano «*cosmos noetós*», en el ámbito de lo teórico o lo imaginario, esto es, el jurisperito que se enfrenta a cuestiones suscitadas en su cotidiano quehacer, no encuentra en ellos solución alguna a las dificultades. Las excepciones a esta tacha son raras. Pues bien, el libro

de Ernesto García Trevijano está entre ellas. Y ello no debe extrañar, pues el autor ha tenido buen maestro y buena escuela. Buen maestro, pues el tratado de derecho administrativo de su padre es uno, quizás el único, que, pese al tiempo transcurrido, ofrece soluciones concretas a las más variadas cuestiones que se plantean a la hora de aplicar el derecho. Buena escuela por cuanto el autor vive la difícil y compleja realidad de los hechos y la ardua tarea de solucionarlos con arreglo a derecho desde esa atalaya excepcional que es el Consejo de Estado y a cuyo Cuerpo de Letrados pertenece.

El libro consta de cuatro capítulos, a saber: el primero aborda la prerrogativa de la resolución unilateral como potestad administrativa, suscitando la cuestión de si cabe la resolución parcial; el segundo trata de las causas de resolución en cuanto afectan a la persona o a su solvencia: la muerte, la declaración de fallecimiento de la persona física, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, la declaración de quiebra, la suspensión de pagos, el concurso de acreedores y el beneficio de la quita y espera son las tratadas con gran detenimiento, haciéndose eco de las dificultades cotidianas que suscitan y ofreciendo soluciones unas veces coincidentes con la jurisprudencia y la doctrina legal del Consejo de Estado y, en otras ocasiones, personales; el tercer capítulo es el atinente a las causas de resolución en cuanto afectan al cumplimiento de las obligaciones, bien por falta de prestación a las garantías o por no formalizar el contrato, bien por la demora en la comprobación del replanteo, bien por incumplimiento del plazo por el contratista, bien por desistimiento unilateral o por mutuo acuerdo; y, por último, el cuarto tiene por objeto el análisis de las causas de resolución en cuanto afectan al contenido del contrato: en concreto, la modificación, la suspensión y los errores materiales en el proyecto o presupuesto.

La enumeración de los temas tratados da idea, pues, del contenido del libro. Si a ello se une que es un trabajo que da respuestas a dificultades concretas, pues no está hecho por quien está alejado de la realidad jurídica, allá en el cosmos de los conceptos legales, sino por quien cotidianamente se enfrenta con ellas en la ordinaria tramitación de los expedientes administrativos de contratación, hay que concluir forzosamente que se trata primordialmente de un libro práctico, fundado en el mejor derecho y en la sólida racionalidad; en fin, en eso, que frecuentemente falta en muchos autores por muy reputados que sean.

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: *la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*. Edersa. Madrid, 1996, 214 págs.

Rafael Hinojosa Segovia acaba de dar a luz un nuevo libro. Esta vez es de derecho procesal penal y versa sobre la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal.

El libro es, como todos los del autor, minucioso y prolijo en agotar datos y situaciones; claro y concreto en su exposición y contenido. Se inicia con una sucinta y atinada relación histórica de la protección del domicilio, que pone de manifiesto cómo, ya en el derecho germánico y en el derecho municipal de los fueros, la casa estaba protegida por una especial paz: la paz de la casa, equiparable al *bannus* o coto regio, habiendo pervivido dicha protección en el derecho intermedio y en el actual, donde se considera derecho fundamental, lo que también es afirmado por el autor a la vista de los textos y declaraciones internacionales y de la vigente Constitución de 1978.

El concepto de diligencia de entrada y registro y su naturaleza, de carácter procesal, sin perjuicio de considerarla policial en el caso de delito flagrante constituyen el objeto del capítulo tercero del libro. Los lugares susceptibles de entrada y registro, minuciosamente analizados, los presupuestos constitucionales de la diligencia, los requisitos de la actividad, el procedimiento y sus efectos son los temas abordados. Tras su lectura, se adquiere conciencia de la relevancia de una diligencia que, por lo común, los tratados de derecho procesal penal despachan con unas escasas líneas.

Tres aspectos deben destacarse de la exposición del Profesor Hinojosa.

El domicilio no es simplemente un lugar físico, sino un concepto funcional, estrechamente vinculado a la intimidad personal, pues en él se desarrolla plenamente la personalidad del hombre. Así lo ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Ello tiene como consecuencia que, a la hora de practicar la diligencia, la más amplia concepción garantista de los derechos fundamentales deba proyectarse sobre los actos que la integran; que el concepto de domici-

lio no se identifica con cualquier casa, pues las que lo son pueden no ser muy bien domicilios y las que no lo son tener esa condición legal; y, en fin, que se trata de una diligencia procesal.

La calificación de la diligencia de entrada en domicilio de procesal y, más en concreto, de sumarial, está en la misma senda antes indicada. El Profesor Hinojosa solventa adecuadamente la polémica de la índole de la diligencia: policial y procesal, para sentar que, con carácter general, tiene ésta última, salvo en el caso de delito flagrante o de solicitud por la fuerza pública de autorización para practicarla.

La intervención del Secretario del Juzgado en la práctica de la diligencia es también analizada con singular criterio. Frente a la práctica y a la doctrina más común, se afirma que el Secretario no es un instrumento pasivo en manos del instructor que reproduce servilmente cuando se le dicta, sino que es libre e independiente para no consignar por escrito, sino los hechos reales tales como resultan, tales como él mismo los ha observado. Esta concepción de la intervención del Secretario se aleja, como se ha dicho, de la común, que reduce la función del funcionario a las labores del dar fe. Nunca estuvo este último concepto tan alejado de nuestros hontanares legislativos, en los que el Secretario ejercía funciones jurisdiccionales auxiliares, pero plenas, incardinadas en el denominado «fazer justicia», distinto del «juzgar juzgando» que correspondía, en exclusiva, al juez.

En fin, un libro completo y claro que aborda, en toda su extensión, la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el derecho penal. El lector normal quedará satisfecho de su estudio, pues, en él, encontrará todo lo que busque. El retorcido, sólo echará en falta un tratamiento, más exhaustivo y minucioso, a la diligencia en el derecho militar, que tiene, como es sabido, su propia norma, el artículo 185 de la Ley Procesal Militar. Invito al Profesor Hinojosa a hacerlo en una próxima edición. Entonces, no habrá nada que se quede fuera de su trabajo.

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz

GARY M. STERN y MORTON H. HALPERIN (editores): *The U.S. Constitution and the power to go to war: historical and current perspectives*. Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1994, VII + 199 págs.

La nueva situación internacional ha movido a los juristas norteamericanos a replantearse las construcciones que ofrece su Derecho público sobre el comienzo de una situación bélica y, en consecuencia, en lo que se refiere al empleo de sus Ejércitos desde un punto de vista jurídico. Varios de estos juristas, fundamentalmente profesores universitarios de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo, se reunieron en el *Georgetown University Law Center*, para meditar sobre «Gobierno constitucional e intervención militar después de la guerra fría», bajo los auspicios del *Center for National Security Studies*. Fruto de esta reunión es el libro que presentamos.

El libro es de un notable interés, por cuanto da noticia de la evolución de la doctrina iuspublicista y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, sobre las facultades militares del Presidente y las atribuciones en esta materia del Congreso, desde el punto de vista constitucional. Como dicen los recopiladores en el capítulo introductorio, el libro se centra «exclusivamente en los conflictos domésticos entre el Congreso y el Presidente sobre la fuerza bélica» (*war power*), es decir, aborda la materia desde la perspectiva del Derecho público interno.

Buena parte del libro se centra en la interpretación que merece la expresión «declarar la guerra», como facultad constitucional del Congreso, frente a la competencia de «comandante en jefe del Ejército y la Marina», que atribuye la Constitución al Presidente. Se estudian casos concretos y se llega a la conclusión de que desde la primera guerra en la que participaron los Estados Unidos, la guerra naval con Francia de 1798-1800 («quasi-war with France», como es también conocida) hasta nuestros días, muchos de los conflictos bélicos en los que han intervenido los Estados Unidos han comenzado *de facto*, sin una previa y formal declaración de guerra. En muchos de estos casos ha aceptado la jurisprudencia la validez de las decisiones militares del Presidente, interpretando la Constitución en un sentido laxo. Por ejemplo en la sentencia *Bas*

v. *Tingy* (1801), del Juez Washington, se decía que la guerra con Francia no era una «guerra perfecta... declarada formalmente»; pero a pesar de ello, la ruptura de las hostilidades se consideró como título habilitante para la actuación del Presidente Adams, sobre el argumento de que la situación de hecho había sido aceptada tácitamente por el Congreso, que se había limitado a establecer algunas restricciones al uso de la fuerza militar que podía hacer el Presidente. Como ejemplo moderno, podemos citar la guerra contra Iraq; el Tribunal Supremo ha considerado igualmente adecuada a la Constitución la actuación del Presidente Bush, sobre la base de que es suficiente con el hecho de que el Congreso apruebe la Resolución de Naciones Unidas para la utilización de la fuerza militar, en este caso contra Iraq.

Destacan también las reflexiones que hacen los autores sobre la naturaleza que merecen las intervenciones militares norteamericanas en virtud de las actuaciones de *policía internacional* acordadas por las Naciones Unidas. La mayoría de los autores que participan en esta obra se muestran conformes con la consideración de que estas intervenciones, a efectos del Derecho público interno de los Estados Unidos, son verdaderas acciones de guerra, solución ésta que ha sido respaldada por la jurisprudencia, aunque —como hemos visto— se haya pronunciado por la atenuación de las formalidades cuando el Congreso acepta las Resoluciones de la ONU, puesto que en este caso se acepta que los Estados Unidos no están en guerra, aunque las actuaciones que realizan sus Fuerzas Armadas sean acciones de guerra.

Finalmente, otro aspecto de interés de este libro —a nuestro juicio—, es el que se refiere a las declaraciones jurisprudenciales sobre la posibilidad de que los Tribunales de Justicia puedan revisar las actuaciones presidenciales en esta materia, cuestión que se plantea a lo largo de varios capítulos del libro y que merece uno específico («Judicial Constraints: The Courts and War Powers»). El Tribunal Supremo afirma con frecuencia que es una «nonjusticiable political question» lo que significa que, en virtud del principio de división de poderes que contiene la Constitución, las decisiones sobre la política internacional y, particularmente, sobre el modo en el que se utilice la fuerza militar, tomadas por el Presidente de la Nación en su condición de jefe supremo de las Fuerzas Armadas, no son susceptibles de control jurisdiccional. La consecuencia de tal calificación consiste, a grandes rasgos, en que los Tribunales (conforme a la interpretación que el Tribunal Supremo ha dado a la «War Clause» de la Constitución), deben limitarse a enjuiciar la ade-

cuación de las actuaciones de los otros dos poderes del Estado a la misma Constitución, pero no pueden modificar sus decisiones, una vez que se llega al convencimiento de que han sido tomadas conforme a la Norma Suprema (sobre la «political questions doctrine» y la técnica de «non justiciability», puede verse en la doctrina española un estudio de Enrique Alonso García, «El Tribunal Burger y la doctrina de las “political questions” en los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981; recientemente, Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1.ª ed., 1995, 2.ª ed., 1997).

Aunque sea el norteamericano un sistema jurídico diferente al nuestro, la utilidad de este libro no está sólo en el mero aspecto comparatista, motivado por el interés que el Derecho anglosajón, concretamente el de los Estados Unidos, despierta entre los iuspublicistas españoles. Su interés está en el hecho de que los autores norteamericanos meditan y escriben sobre problemas reales del Derecho administrativo o constitucional propio, en relación con lo militar; la doctrina jurisprudencial está plenamente asentada, con una línea clara desde hace prácticamente dos siglos, interpretando una Constitución democrática, que descansa, por tanto, sobre el principio de separación de poderes. Problemas que actualmente se plantean en España, en torno a la interpretación del vigente ordenamiento constitucional, han sido previamente resueltos en el Derecho norteamericano, como el de los actos políticos y la delimitación de las facultades que la Constitución otorga a cada uno de los tres poderes, en relación con el posible control de los actos del Ejecutivo distintos de los administrativos (recordemos el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción, que establece expresamente la naturaleza de actos políticos de las decisiones que se tomen por el Gobierno en materia de defensa nacional). También ha resuelto la jurisprudencia norteamericana la distinción entre una declaración de guerra y la actuación en misiones militares *de policía internacional* acordadas por una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el sentido de que la diferencia básica es de carácter formal, en lo que respecta al Derecho público interno, pero en lo demás ambas actuaciones son verdaderas misiones de guerra.

Lo cierto es que, pasando de estas ideas al Derecho español, la concepción de los actos políticos en el régimen de Derecho administrativo, propio de los sistemas continentales, no coincide con la norteamericana ni, por otro lado, las actuaciones de nuestras Fuerzas Armadas en las misiones internacionales que les encomienda el Gobierno de la Na-

ción son «acciones de guerra», puesto que España no ha declarado la guerra formalmente, a través de los órganos constitucionales a los que corresponde tal declaración (el Rey y las Cortes Generales), ni tampoco se ha declarado el estado de sitio, con lo cual no serán de aplicación las previsiones más graves que contiene nuestra Constitución, tales como la ampliación de las competencias de la jurisdicción militar o la aplicación de la pena de muerte. Sin embargo, quizá haya que plantearse que en estas situaciones los militares españoles no están «en guerra», pero que en cierto modo sí están «en campaña», ejecutando una decisión que corresponde tomar a los órganos constitucionales que expresan la voluntad de la Nación y que supone un modo destacado de participación española en la paz y en la seguridad internacionales. Quizá, por ello, en España el legislador ha contemplado estas nuevas misiones de las Fuerzas Armadas en algunos aspectos concretos, como la promulgación de la Ley de recompensas militares (Ley 18/1995, de 28 de julio, de Cruces del Mérito Militar, Mérito Naval y del Mérito Aeronáutico, y su reglamento, aprobado por Real Decreto 1323/1995, de 28 de julio) que crea nuevos «distintivos» para estas Cruces.

En definitiva, debemos ser sensibles ante las nuevas realidades y para meditar sobre ellas es bueno estudiar y conocer el Derecho de otras naciones occidentales. A pesar de las diferencias de los sistemas jurídicos anglosajones —y, en concreto, del norteamericano—, con los regímenes continentales como el español, es ésa la utilidad de este libro.

Joaquín María Peñarrubia Iza

VENDITTI, R.: *Il processo penale militare*, 4ª edic., Giuffrè Edit., Milano, 1997 (164 páginas).

Cuando hace unos días recibí este libro, con el que concluye la, por hoy, última actualización de la obra básica de Rodolfo Venditti, creí más que oportuno dar cuenta de su aparición, como reconocimiento al que, a mi modo de ver, es el más eminente especialista de Derecho penal y procesal militar de nuestro tiempo.

* * *

Rodolfo Venditti nació en Ivrea (Torino) e ingresó en la Carrera Judicial en 1950, en la que, como Magistrado de Casación, se jubiló en 1993. Enamorado de esta «professione bellissima», que concibe como una vía maestra para alcanzar una sociedad distinta y más justa, Venditti señala cómo nunca le defraudó: «en el último año de mi vida profesional he trabajado con el mismo entusiasmo que cuando comenzaba». No hace mucho recogía algunos de sus ensayos y divagaciones sobre la función judicial en un precioso libro (*Giustizia come servizio all'uomo. Riflessioni di un magistrato sul lavoro del giudice*, Edit. Elle di Ci, Leumann, 1995), recomendable a cualquier jurista, pero especialmente a quienes forman parte de órganos jurisdiccionales.

Simultáneamente a la función jurisdiccional, Rodolfo Venditti ha desarrollado, durante toda su vida profesional, tareas docentes e investigadoras en la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, especializándose en Derecho penal y procesal militar, ámbito al que le llevó su maestro, el insigne profesor Francesco Antolisei, en lo que Venditti califica siempre como «una curiosa storia».

Dicha historia —la de su especialización y que, en último término, le ha llevado a ser una de las más autorizadas voces en Derecho penal y procesal militar— comenzó en 1954 y por casualidad, según expone el propio Venditti:

«Yo era entonces un joven magistrado y me ocupaba también de labores investigadoras, en el ámbito penal, bajo la dirección del profesor

Francesco Antolisei, de quien era ayudante. La función judicial constituía mi tarea prioritaria y absorbente, pero entendía que dedicar a la investigación el tiempo que me quedaba libre contribuía a una más íntegra formación profesional».

«En aquel año —continúa— había publicado un estudio sobre *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale* (Giuffrè, 1954) y estaba buscando otro tema al que dedicarme. El profesor Antolisei me indicó el Derecho penal militar, materia en la que —decía él— se había escrito poquísimo hasta entonces y quedaba, por ello, un extenso campo para la investigación».

Rodolfo Venditti reconoce que, hasta ese momento, no había tenido particular interés por la materia jurídicomilitar, que, además, le despertaba escaso entusiasmo. Sin embargo, la primera aproximación le confirmó el parecer de Antolisei: «se trataba realmente de un sector del Derecho penal amplio y casi inexplorado, donde la investigación de los penalistas no había penetrado aún y en el que los estudios existentes eran obra de un reducidísimo círculo de autores, de extracción prevalentemente militar. El estado de la legislación era muy retrasado; el contraste con el Derecho penal común y con la Constitución republicana ponía de manifiesto errores y divergencias intolerables, de increíble gravedad».

Del estudio crítico de la legislación penal militar surgió, primero, *Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano* (Giuffrè, 1959), y, años después, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare* (Giuffrè, 1968). En ambas obras se ponía de manifiesto la preocupación del autor por «humanizar» las normas penales militares, a través de su armonización con los principios constitucionales y con las convenciones internacionales relativas a los derechos fundamentales: «el militar es hombre y ciudadano; la ley militar debe respetar los derechos fundamentales».

En 1970, la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín instituyó, en el marco de una ampliación de los planes de estudios, la asignatura de «Derecho y procedimiento penal militar» y, como Rodolfo Venditti era ya considerado uno de los mejores especialistas italianos en la materia, la Junta de Facultad le ofreció el «encargo de curso».

Según Venditti, el ofrecimiento le generó muchas dudas, porque, además de haber abandonado la idea de continuar sistemáticamente la investigación, quedaba fuera de sus proyectos incorporarse al ámbito universitario, especialmente para enseñar una materia que podía dar lugar a equívocos y sugerir unas simpatías militaristas que le eran del todo ajenas. Fue la afectuosa insistencia de distintos profesores de la Facul-

tad —especialmente la de Giuseppe Grosso Silvio Romano— la que hizo que Rodolfo Venditti, disipando sus dudas, tomara en consideración otras circunstancias por él mismo expuestas: «la perspectiva de un renovado estímulo para el estudio, la posibilidad de contribuir a la reforma del Derecho penal militar, la aparición de nuevos fenómenos altamente estimulantes (como el referente a la objeción de conciencia al servicio militar), la ocasión de mantener un intenso contacto con los jóvenes (mucho más sugestivo en aquellos tiempos que sucedieron a 1968) me convencieron para aceptar. Además, incluso, en aquellos días, el editor Giuffrè me informaba que se había agotado la primera edición de *Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano*, solicitándome una segunda edición. Las coincidencias favorables eran, en efecto, muchas y lo suficientemente convincentes como para hacer del todo irrelevante el hecho de que el encargo ofrecido fuese un encargo no retribuido».

Asumida la responsabilidad del Curso, éste propició sucesivas ediciones de las obras básicas de Venditti. *Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano*, elaborado, según queda expuesto, como un trabajo de investigación, ha ido poco a poco, sin merma de su rigor científico, adaptándose a las exigencias pedagógicas universitarias. Y, tras la segunda edición en 1971, aparecieron la tercera (1973), la cuarta (1978), la quinta (1985) y la sexta (1992). Asimismo, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare* (la «parte especial» de la asignatura) tuvo nuevas ediciones en 1974, 1985 y 1995, esta última, la cuarta, coincidiendo con el vigésimoquinto Curso de Derecho y procedimiento penal militar impartido en la Universidad de Turín.

Por otra parte, el objetivo del Curso (comprensivo también del procedimiento) llevó a Venditti a tratar el procedimiento penal militar, primero en su repetido texto de parte general y, después, con autonomía, en *Il processo penale militare*, cuya cuarta edición propicia esta reseña y de la que nos ocuparemos después.

* * *

No resulta suficiente, para comprender, en su integridad, la obra de Rodolfo Venditti, con destacar su «extracción civil». Debe precisarse cómo el profesor de la Universidad de Turín es una persona de profundas convicciones católicas que ha sabido enraizar en ellas su condición de demócrata y pacifista. Que, sin incurrir en fáciles posiciones antimilitaristas, sitúa, no obstante, la libertad, la dignidad humana, la

inviolabilidad de la conciencia y, en suma, los derechos fundamentales de la persona como valores determinantes del Estado de Derecho y, en definitiva, de su propio pensamiento.

Es preciso recordar, en este punto, cómo la infancia y la adolescencia de Venditti discurrieron bajo el fascismo. Él mismo ha destacado, en ocasiones, lo que, como persona, le significó vivir en un Estado totalitario, profundamente nacionalista y militarizado: «ningún espacio para la libertad de manifestación ideológica; partido oficial; prensa y radio únicas; prohibición de leer diarios o escuchar radios extranjeros, así como de hablar de política o criticar al régimen; en la escuela, la «cultura militar» obligatoria; los sábados, el deber de participar en ejercicios paramilitares [...]. Y las leyes racistas, la alianza con Hitler, la guerra imperialista contra Etiopía, la Segunda Guerra Mundial, con agresión a Francia y a Grecia [...]. Se evidenciaba lo sofocante de una «prisión ideológica», de una mutilación de la persona, de la imposibilidad de crecer y realizarse libremente».

Al mismo tiempo y en buena lógica, Rodolfo Venditti comenzó a conocer y admirar a las más notables personalidades antifascistas: «individuos todos ellos de una pieza, vehementes e irreductibles, que se obstinaban en pensar con su propia cabeza y en seguir los dictados de su íntima conciencia; individuos que rehusaron el culto al *Duce* y el slogan «Mussolini siempre tiene razón»; opositores políticos que fueron perseguidos y asesinados, profesores universitarios que se negaron a prestar fidelidad al régimen y que fueron privados de sus cátedras; ciudadanos que se resistieron a ser adoctrinados y que apostaron, con riesgo personal, por tiempos mejores».

Apasionado defensor de los derechos fundamentales y de los valores democráticos, Venditti aborda y trata la problemática jurídicomilitar desde una perspectiva novedosa y rigurosamente crítica, que, sin embargo, no pretende más que acomodar la legislación castrense a las exigencias constitucionales. El que, en 1972, su obra fuese objeto de una interpelación parlamentaria por parte del Movimiento Social Italiano significó, para Venditti, «la confirmación de que el libro decía cosas nuevas e inusuales, rompiendo esquemas mentales arcaicos y fosilizados».

Fiel, precisamente, a su íntima ideología, basada en el mensaje evangélico y en los principios de la no violencia, Rodolfo Venditti no pudo permanecer ajeno a la objeción de conciencia al servicio militar, que, especialmente desde 1972, constituyó en Italia un fenómeno controvertido y socialmente trascendente.

Aunque reconoce que su interés por la objeción de conciencia «presenta raíces profundas, remotas y múltiples» y que éstas conectan con su propia profesión de magistrado («el juez está sujeto tan sólo a la ley, pero la aplicación de la norma lo es a través de la conciencia del juzgador»), así como con su especialización en Derecho penal militar, no cabe duda de que la preocupación de Venditti por el tema responde, sustancial y prioritariamente, a su íntimo compromiso personal, adquirido desde su juventud en sectores formativos católicos.

Reconoce Venditti la influencia ejercida sobre él, en su adolescencia, por los movimientos clandestinos próximos a Acción Católica. Recuerda, al respecto y especialmente, la obra de Giorgio La Pira. Era —nos dice— un profundo conocedor del pensamiento de Santo Tomás de Aquino y, con base en sus ideas, desarrollaba un atrayente discurso sobre los valores de la persona humana: «era un discurso inusual para los jóvenes de entonces, habituados a los discursos del régimen, plenos de retórica nacionalista, de exaltación de la violencia y de la guerra, de condena al disenso, de enaltecimiento del Estado; un Estado que la ideología fascista concebía como omnipotente y totalitario, origen y medida de la ética, árbitro en dar o quitar derechos».

En tales situaciones —dice Venditti— se adquiere con plenitud el sentido más auténtico y profundo de la conciencia y de la objeción de conciencia: «y cuando tal sentido se encuentra con el mensaje cristiano, centrado en la dignidad inmensa del hombre y de su conciencia (resplandor e imagen de un Dios que es persona), del encuentro brota una iluminación vital y operativa, una «mezcla» que redobla en el hombre la lucidez, la convicción y la fuerza de comprometerse, sin que ello merme, sino todo lo contrario, la capacidad y el deseo de caminar unidos con personas de otras creencias religiosas y de distintas orientaciones ideológicas para construir juntos una sociedad más humana».

Con tales premisas ideológicas, Venditti ha desarrollado una gran labor investigadora y divulgativa en la materia. Fruto de ella fue, además de numerosos artículos, una excelente monografía, *L'obiezione di coscienza al servizio militare* (Giuffrè, 1981), que, en 1994, ha visto su segunda edición.

Comporta dicha obra un tratamiento técnicojurídico del tema, que —quizás por vez primera— se aborda desde una perspectiva integral y multidisciplinaria, en la que cobra especial relevancia la evolución histórica, justificada por el autor en el entendimiento de que el estudio de los aspectos jurídicos de la objeción de conciencia no puede ha-

cerse prescindiendo de la «lectura histórico-cultural» de este fenómeno social.

* * *

En el ámbito estrictamente personal, el profesor Venditti es una persona sencilla, cordial, ilusionada, sumamente afectuosa, de vasta cultura, cristiano comprometido, demócrata convencido y trabajador infatigable.

Sus propias ideas le han hecho estar siempre muy cerca de los jóvenes y de los movimientos estudiantiles, entre los que goza de un merecido prestigio. «Yo siempre he vivido en contacto con los jóvenes: primero en el entorno de la sección juvenil de Acción Católica, después a través de la vida de mis hijos y de sus amigos, en el trabajo como juez de menores, en la docencia universitaria y en una intensa relación con el mundo de los objetores de conciencia». Es habitual que Venditti destaque cómo el conocimiento de la juventud actual le hace ser optimista respecto al futuro de la sociedad, «porque revela su idealismo, el compromiso de solidaridad y una actitud de servicio que contrastan con los aspectos más resaltables de nuestra sociedad, caracterizada, ante todo, por el culto al interés personal, por el desprecio a las necesidades de la colectividad y la negativa a la solidaridad social».

Apasionado, enfin, de la música, Venditti ha intentado acercarse a los clásicos convencido de que tal acercamiento significa abrirse a un mundo de valores, de mensajes y de sentimientos que son parte integrante del más preciado patrimonio ideal de la humanidad.

En un intento de descubrir aspectos inéditos de su mensaje, Venditti resalta, por ejemplo, el intenso componente político de la música de Beethoven, que contestó con firmeza la dictadura napoleónica y expresó su objeción de conciencia cambiando, indignado, la dedicatoria de su tercera sinfonía, al tener conocimiento de que Napoleón se había proclamado emperador; cómo Bach fue un inigualable cantor de la no violencia; que Mendelssohn compuso con entusiasmo la música para «Antígona», de Sófocles, la tragedia que exalta la objeción de conciencia de una muchacha contra las despiadadas órdenes del tirano Creonte; que Chopin utilizó su música como extraordinario instrumento de lucha no violenta por la libertad de su pueblo [...].

Todas estas consideraciones vienen incluidas en la preciosa obra de Venditti *Piccola guida alla grande musica*, de la que han aparecido tres volúmenes (Sonda Edit., Torino): el primero (1990; 2ª ed.: 1994), dedica-

do a Vivaldi, Bach, Händel, Haydn, Mozart y Beethoven; el segundo (1991), que contempla las obras de Schubert, Schumann, Mendelssohn y Chopin; y el tercero (1993), referido a Paganini, Berlioz, Liszt y Brahms.

* * *

Mi relación académica y personal con el profesor Rodolfo Venditti se remonta a 1976, cuando, tras el ingreso en el Cuerpo Jurídico Militar, comencé a trabajar en temas de la especialidad, bajo la dirección de los profesores Rodríguez Devesa, en Madrid, y Polaino Navarrete, en Sevilla.

En una breve estancia en la Universidad de Roma tuve la oportunidad de tomar contacto con la obra básica de Venditti, prácticamente desconocida, entonces, entre nosotros. Lo que me indujo a dar cuenta, en esta misma Revista, tanto de la segunda edición de *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare* (núm. 35, 1978, pp. 176-181), como de la cuarta de *Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano* (núm. 36, 1978, pp. 154-157).

Años más tarde, cuando ya Rodolfo Venditti era conocido, al menos en sectores especializados, tanto por su obra específicamente jurídicomilitar como por sus estudios sobre la objeción de conciencia, el profesor Higuera Guimerá y yo le cursamos invitación para venir a España, lo que hizo en febrero de 1984, pronunciando distintas conferencias en las Universidades de Zaragoza y Cádiz y en la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército (Madrid), todas ellas traducidas y publicadas: «La objeción de conciencia al servicio militar» (trad. de J.-F. Higuera Guimerá), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVII (1984), pp. 387-396; «Problemática actual de la objeción de conciencia al servicio militar» (trad. de A. Millán Garrido), en *Revista General de Derecho*, núm. 487 (1985), pp. 931-945; y «Novedades de la reforma de 1981 en la organización de la Justicia militar y en la estructura del proceso penal militar en Italia» (trad. de J.-F. Higuera Guimerá), en *Revista General de Derecho*, núm. 504 (1986), pp. 3995-4002.

Desde entonces hemos mantenido una continuada relación académica, con intercambio de correspondencia y escritos, que, al menos para mí, ha resultado altamente gratificante y enriquecedora. Me ayudó y animó durante la elaboración de mi monografía sobre *La objeción de conciencia* (Tecnos, 1990) y, también, a petición mía, redactó su prólogo, que constituye una buena muestra de afecto y generosidad.

* * *

Pues bien, el libro de cuya cuarta edición damos cuenta tiene su origen en la profunda reforma de la organización judicial militar para tiempos de paz operada en el Ordenamiento jurídico italiano por la Ley 180/181, de 7 de mayo (existe traducción española de J. Gómez Calero, en esta *Revista*, núm. 44-50, 1987, pp. 165-170). Hasta ese momento, el Derecho procesal constituía la segunda parte de *Il Diritto penale militare nel sistema penale italiano* (en 4ª ed., 1978, pp. 379-448).

La reforma, que, en conjunto, acogía la crítica formulada contra la situación normativa anterior y resolvía, con acierto, las diversas cuestiones de inconstitucionalidad que la misma planteaba, llevó a Venditti a abordar el estudio del nuevo proceso y conformar un trabajo que, si bien editorialmente se presentó como un apéndice actualizador de la segunda parte de la obra general, de hecho constituía la primera monografía sobre el nuevo procedimiento, cuyos problemas generales y aspectos específicos más relevantes eran examinados con detalle y rigor (*vid.* mi recensión en *Revista General de Derecho*, núm. 487, 1985, pp. 984-985).

Así, con la publicación de *Il processo penale militare secondo la legge 7 maggio 1981, n. 180*, recibía el lógico tratamiento autónomo el Derecho procesal militar, que, obviamente, fue suprimido de la obra sustantiva a partir de su quinta edición (Giuffrè, 1985).

La segunda edición de esta obra es de 1987 (*vid.* mi recensión en *Revista General de Derecho*, núm. 528, 1988, pp. 5290-5291). En ella, Venditti ofrece ya un trabajo que excede, desde luego, de la finalidad pretendida, de «ofrecer a los estudiantes y a los estudiosos un diseño actualizado de la fisonomía del proceso penal militar, destacando sus particularismos, positivos y negativos». Se trataba, en efecto, de un estudio, ciertamente no exhaustivo, pero sí completo, en el que se abordaban las cuestiones fundamentales integrantes del Derecho procesal militar italiano.

En este sentido, resultó afortunada la supresión, en el título de la obra, del inciso «secondo la legge 7 maggio 1981, n. 180». Y ello, según advertía el propio autor, no porque dicha ley hubiese dejado de ser importante y fundamental, sino porque —mientras la primera edición, surgida a raíz de la entrada en vigor de la referida ley, tendía, sobre todo, a poner de manifiesto el contenido innovador de la ley misma— la segunda trataba de ofrecer una visión más amplia, aunque siempre circunscrita dentro del marco de la complementariedad del Derecho penal militar respecto del Derecho penal común.

Así, la segunda edición comenzó a abordar aspectos históricos o de

Derecho comparado o a tratar temas, como la ejecución o los órganos de vigilancia, que, a la vez que comportan un tratamiento general del procedimiento penal militar, justificaban la adopción del título sin referencia a una normativa específica, que, por demás, entre ambas ediciones, había sido complementado por el Decreto-Ley núm. 700/1986, de 27 de octubre, y por la Ley núm. 897/1986, de 23 de diciembre.

La tercera edición volvió, sin embargo, a modificar el título de la obra, que apareció como *Il processo penale militare e il nuovo Codice di procedura penale* (Giuffrè, 1993). Con él trató Venditti de resaltar los múltiples problemas interpretativos que originó, en el proceso penal militar, la entrada en vigor, el 24 de octubre de 1989, del nuevo Código de procedimiento penal, aprobado el 22 de septiembre de 1988.

Es en esta cuarta —y, por ahora, última— edición en la que la obra recupera su título propio: *Il processo penale militare*. Sin otras referencias, tal vez acertadas en el ámbito editorial, pero, desde luego, sustancialmente innecesarias.

* * *

Comienza Venditti, en esta última edición, señalando cómo el discorrir del proceso penal militar (del «juicio de los jefes» al juicio de jueces, independientes del poder político y militar) constituye una historia apasionante: ilustra la implantación paulatina, en el Ordenamiento jurídico italiano, de los principios generales de garantía que también amparan al militar, «el cual no deja, por tal motivo, de ser ciudadano, titular de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución republicana».

El legislador italiano —dice el autor— perdió una buena ocasión (una ocasión que califica de «verdaderamente histórica y revolucionaria») cuando, en la reforma del procedimiento penal común (que incluye de modo expreso a la jurisdicción tutelar de menores), omitió cuidadosamente cualquier referencia explícita al proceso penal militar: con ello, «ha perpetuado la absurda costumbre de ignorar sistemáticamente el Derecho penal militar en todas las reformas penales o procesales, y ha avalado la antigua tradición que consideraba el Derecho penal militar como una rama separada del Derecho penal (sustantivo y procesal), casi una especie de territorio «privilegiado», caracterizado por la tutela de intereses intocables y sustraído a los comunes cánones del régimen penal y de la hermenéutica jurídica».

Por fortuna, el principio de complementariedad ha operado al margen y sobre el propio silencio del legislador y ha permitido abrir las ventanas del proceso penal militar a los nuevos aires procedentes de la reforma del proceso penal común. Pero ello se ha logrado mediante muy polémicos pronunciamientos jurisprudenciales, que han propiciado una doctrina interpretativa intensamente creativa,

Pues bien, esta cuarta edición asume tal doctrina, resaltando las innovaciones que comporta y contrastándolas con la situación de partida, esto es, con las antiguas normas que regían el proceso penal militar.

Y lo hace sin alterar la sistemática y estructura mantenida desde la segunda edición, esto es, a través de sus ocho capítulos, dedicados, sustancialmente, a las cuestiones básicas que suscita la jurisdicción militar, los problemas generales del proceso penal militar, las investigaciones preliminares, el juicio en primera instancia, los recursos en general, la apelación, los juicios de legitimación, devolución y revisión, y la ejecución y vigilancia.

* * *

No cabe, respecto a esta nueva versión de *Il processo penale militare*, sino emitir el mismo juicio, altamente positivo, formulado con respecto a ediciones anteriores. Se trata de un trabajo seriamente concebido y elaborado con rigor y esmero, que, como hasta ahora, trascenderá de sus naturales destinatarios —los alumnos de Derecho penal y procesal militar de las Universidades italianas— para ser obra de consulta de especialistas y, fuera del país, un estudio idóneo a efectos jurídico-comparativos.

Con esta nueva edición queda, asimismo, plenamente actualizada la «trilogía» básica (Derecho penal militar, parte general; Derecho penal militar, parte especial; y Derecho procesal militar) del profesor Rodolfo Venditti, cuya obra científica es, a mi modo de ver y como ya he indicado, la más completa y valiosa de la doctrina jurídicopenal militar europea.

Antonio Millán-Garrido

2. RECENSIÓN DE REVISTAS

INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS: *El derecho de intervención en los conflictos (Cuadernos de Estrategia, núm. 79)*. Madrid, agosto 1995.

Con el título *El derecho de intervención en los conflictos*, El Grupo de Trabajo núm. 7 de la Tercera Sección —«Estrategia para la Defensa»— del Instituto Español de Estudios Estratégicos —dependiente del Centro Superior de Estudios Estratégicos— publica, en el número 79 de la Colección *Cuadernos de Estrategia*, siete estudios que inciden, fundamentalmente, en el concepto de intervención desde la perspectiva de la práctica internacional contemporánea.

Tras una breve introducción del Almirante Julio Albert Ferrero, la monografía se inicia con el capítulo titulado «Del Principio de no intervención al derecho de injerencia (pp. 17-38). En él, su autora Cristina Isabel Reinoso Pereira, aborda en primer lugar el análisis del sistema de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales definido en la Carta de las Naciones Unidas, refiriéndose a los que ella llama «tres modelos o sistemas de seguridad», esto es, el propio sistema de la Carta, el que resulta como consecuencia de la Resolución 377 (V), de 3 de noviembre de 1950 —la Resolución «Unión Pro-Paz»— y el sistema de la «diplomacia preventiva». Este último, a su juicio, implicó la aparición de un «nuevo tipo de intervención», las Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OPM's), definidas éstas como «una intervención conservadora (no coercitiva) llevada a cabo sobre una base consensuada y bajo la dirección del secretario general». Posteriormente Reinoso Pereira analiza el surgimiento del derecho de injerencia, fundamentalmente a partir de los postulados patrocinados por un grupo de intelectuales italianos y franceses y entre los que deben destacarse las figuras de Mario Bettati y Bernard Kouchner. Esta noción tendría una primera manifestación en la práctica con ocasión de la resolución 43/131 del Consejo de Seguridad, de 8 de diciembre de 1988, y aparecería conectada, principalmente, con el deber de intervenir para imponer el respeto de los derechos y libertades fundamentales.

La definición de aquellas situaciones en las que la «intervención» de Naciones Unidas resulta «aceptable», centra la última parte de este capítulo. A juicio de la autora, en la actualidad existe un amplio consenso en relación al contenido humanitario de las acciones de protección militar a la asistencia humanitaria, la protección militar a las poblaciones bloqueadas por la guerra, mediante la creación de «zonas protegidas» o «santuarios», e incluso «zonas de exclusión aérea», todas ellas bajo la responsabilidad directa de las NU, así como la vigilancia de la aplicación de los acuerdos entre las partes enfrentadas y, finalmente, el levantamiento de un Estado en ruina (p. 31). Finalmente se hace referencia a la necesidad de reforma de la organización de las Naciones Unidas al efecto de que ésta pueda «reaccionar eficazmente a los nuevos desafíos de la paz».

El punto de partida del capítulo segundo (pp. 39-57), obra del General Auditor José Antonio Jaudenes Lameiro y titulado «La intervención en las relaciones internacionales. Intervenciones lícitas e ilícitas», es la definición de *intervención* como «acto por virtud del cual un Estado o grupo de Estados interponen su autoridad para dirigir algún asunto de carácter interno o externo de otro Estado». El General Jaudenes, siguiendo a Rousseau, define las *intervenciones lícitas* como aquellas en las que el Estado actúa en virtud de un derecho propio, para, desde ahí, identificar y analizar en profundidad las diferentes situaciones que él considera pueden entenderse comprendidas en esta categoría. A su juicio, lo serán aquellas en las que se pueda invocar un tratado especial o una norma abstracta, cuando exista una petición formal de intervención por parte de un gobierno legal, cuando el Estado pueda invocar un interés legítimo, como la protección de sus nacionales y sus bienes y, finalmente, en aquellos casos en los que el Estado actúa en beneficio del interés general de la comunidad internacional (p. 47). Por contra, no revestirán el carácter lícito aquellas intervenciones realizadas exclusivamente sobre la base de consideraciones de tipo económico «como sería la defensa de las propiedades de los nacionales en el extranjero, por muy importantes que éstas sean» (p. 54). Debe señalarse igualmente, que el autor circunscribe la intervención por motivos humanitarias para aquellas acciones «puntuales y concretas, limitadas en el tiempo y de carácter inaplazable», sin que pueda ocultarse bajo esa cobertura acciones que persigan la caída de un régimen político o la declaración de independencia de un nuevo Estado (p. 56).

El capítulo tercero (pp. 59-76) titulado «Hacia una posible regulación en Naciones Unidas de la intervención» y del cual es autor el Mi-

nistro Togado José Duret Abeleira, analiza los procedimientos de solución de las controversias, tanto desde una perspectiva histórica como atendiendo a la realidad actual del sistema definido por la carta de las Naciones Unidas, el cual, a su juicio, significó «una detención o casi un retroceso en el camino hacia la jurisdicción internacional obligatoria» (p. 65) en la medida en que no significó un progreso en el tratamiento de los temas de la jurisdicción obligatoria o del arbitraje, para la solución de controversias (p. 68). Sin embargo, no puede desconocerse la participación *directa* de los órganos de naciones Unidas, cuyo fundamento, entiende, puede encontrarse tanto en el artículo 1.1 de la Carta como en los artículos 24, 34 y, en general, en el Capítulo VII. Junto con estos comportamientos, encuadrables en lo que él denomina «acciones de intervención o injerencia decididas por las NU», el autor analiza las acciones de carácter preventivo (epígrafe en el que se englobarían las Operaciones de Mantenimiento de la Paz) y las denominadas «acciones humanitarias», definiendo estas últimas como aquellas tendentes a «dar solución o paliar graves problemas de carácter interno existentes en algún país, que afectan a los derechos humanos, bien por razones raciales, de hambre u otras graves situaciones que pueden enfrentar al Estado con sus propios ciudadanos, o los de otros Estados residentes en su territorio, sin posibilidad o voluntad de ponerles fin, pero sin que exista una petición del Estado que justifique la injerencia» (pp. 70-71).

La situación actual, a su juicio, nos permite asistir a unos foros legales de solución de conflictos «altamente ineficaces por la falta de obligatoriedad de sumisión a las instituciones que pueden intervenir». Igualmente, Duret Abeleira censura la escasa eficacia en la actuación del Consejo de Seguridad, lo que él entiende es consecuencia, principalmente, de su composición, con miembros naturales fijos, y del derecho de veto que éstos tienen y que pueden paralizar su actuación. Entiende el autor, que la necesaria negociación en el seno del Consejo para obtener una resolución determinada, lleva aparejada la consecuencia, en el mejor de los casos, de un retraso grave en soluciones «que exigirían rapidez y contundencia» (p. 73). Dos son los frentes de actuación que, ante esta situación, plantea Duret Abeleira. En primer lugar, avanzar en la institucionalización de los foros legales de solución, bien a través de arbitraje, bien sobre la base del recurso ante el Tribunal Internacional de Justicia. En segundo, potenciar y dotar de mayor eficacia a las intervenciones militares, para lo cual el autor plantea la necesidad de constituir una fuerza internacional «suficiente, formada por unidades militares de

intervención inmediata, predesignadas... por las principales potencias» y que fueran puestas a disposición del Consejo de Seguridad, fortaleciendo, eso sí, el papel del Comité del Estado Mayor (p. 75). De este modo, y partiendo de una calificación unilateral por parte del Consejo de Seguridad de la necesidad de intervención, se procedería a la designación del Comité de Estado Mayor, de las fuerzas que debieran utilizarse y de la jefatura de la operación, así como la previsión de los apoyos aéreos y navales para el traslado de las tropas, su mantenimiento y logística. En la medida en que tales planes y previsiones fueran suficientemente detallados, entiende el autor que el mando de las fuerzas podría asumir la decisión de una progresiva escalada en el uso de la fuerza militar sin la consulta previa al Consejo, «ya que toda consulta al Consejo puede originar la aparición o el fortalecimiento de posiciones antagónicas» (p. 76); la capacidad de este último de paralizar o modificar la operación en curso es contemplada, de este modo, como algo excepcional para el caso de la gravedad de la situación amenace más seriamente la paz y la seguridad.

El capítulo cuarto (pp. 77-114), bajo el título «La intervención de la URSS en los países del mundo comunista y la actual intervención de occidente en la antigua Yugoslavia», está firmado por el Embajador Fernando Olivie y González de Pumariega, y en él se hace un recorrido por las diferentes actuaciones que la ya desaparecida URSS realizó en los países del bloque de Varsovia. Parte el autor de considerar que «la intervención viene a ser... un instrumento para preservar la paz y la convivencia internacionales. Cuando la paz se ve alterada y los medios puramente diplomáticos para mantenerla han dejado de producir efecto, se puede intervenir, se debe intervenir e incluso se puede estar obligado a intervenir si la Comunidad Internacional de Naciones o una parte de ella así lo dispone» (p. 80). Se repasan, en este capítulo, en particular lo referente a la intervención en Hungría (octubre de 1956) y en Checoslovaquia (julio de 1968), para, más tarde, analizar lo que a su juicio puede calificarse como «la intervención actual de Occidente en la ex Yugoslavia». Partiendo del análisis histórico sobre los orígenes, la constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia y de las causas que llevaron a su desintegración, se revisan cada una de lo que Olivie denomina «las guerras civiles yugoeslavas» (Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina) (pp. 99 y ss.). El capítulo se adentra en el análisis de la participación de los Estados Occidentales en general y de la Comunidad Europea en particular con ocasión del conflicto de la antigua Yugosla-

via. Constatando, como punto de partida, el posible error que supuso el reconocimiento prematuro de Eslovenia y Croacia, el autor afirma que «las seis repúblicas que occidente quiere apadrinar, dentro de las fronteras que se quieren imponer, son tan artificiales como todo lo que se ha construido anteriormente, a no ser que se logre establecer un sistema de relación entre ellas, superior a ellas y dentro del que se sientan cómodas» (p. 114).

El capítulo quinto (pp. 115-145) está escrito por el Almirante Ricardo Alvarez-Maldonado Muela y se ocupa del «Análisis de intervenciones: Corea, Suez, Líbano, Vietnam y Golfo Pérsico». Es éste el primero de un grupo de tres capítulos dedicados al estudio pormenorizado de algunas de las acciones que, encuadrables en la categoría de intervención a juicio de los autores, han tenido mayor repercusión en lo jurídico-internacional en la historia reciente. De este modo, la monografía nos presenta un capítulo sexto (pp. 147-189) titulado «Análisis de intervenciones: Chad, Zinabue, Libia, Namibia y Somalia» y escrito por el Coronel Javier Guisández Gómez, en el que se hace referencia exclusivamente a las intervenciones en el continente africano, y un capítulo séptimo (pp. 191-229), en el cual, y bajo el título «Intervenciones en Centroamérica», su autor el General de Brigada Felipe Quero Rodiles, analiza los acontecimientos ocurridos en Guatemala, Cuba, Nicaragua, El Salvador, Granada, Panamá y Hatifí.

La obra finaliza con la enumeración de treinta conclusiones que realiza el coordinador del grupo de trabajo, el Almirante Julio Albert Ferrero. Entre ellas merece destacarse la calificación de la intervención como «una excepción puntual al principio de no intervención que se justifica sólo en determinadas circunstancias: violación grave de los derechos de los individuos, urgencia en poner término a la misma y fracaso de los medios pacíficos. Sólo es concebible la intervención en la medida en que no constituya una política de fuerza» (Conclusión núm. 3), al tiempo que entiende que «si no se pone en cuestión el principio de no intervención de los Estados, no se podrá intervenir legalmente en los casos en los que se cometan "crímenes contra la humanidad" en el interior de ellos» (Conclusión núm. 7) y propone incluir, dentro del capítulo VII de la Carta, la violación de los derechos humanos fundamentales.

Igualmente, se definen en las conclusiones las «injerencias o intervenciones lícitas» dentro de un conflicto internacional, afirmando que lo serán aquellas que se realicen «como consecuencia del cumplimiento de un tratado internacional previo de mutua defensa; como consecuencia

del cumplimiento de un tratado-alianza, posterior a la rotura de hostilidades; como consecuencia del cumplimiento de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para salvaguardar la paz y seguridad colectiva» (Conclusión núm. 13). Por lo que respecta a las intervenciones lícitas en un conflicto interno, lo serán tanto aquellas que se susciten como aceptación de la solicitud de una de las partes en conflicto como al amparo de una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, para salvaguardar la seguridad colectiva, para proteger los derechos humanos o para evitar la comisión de crímenes de guerra (Conclusión núm. 14).

Se señalan, también, lo que los autores entienden deben ser las líneas de acción precisas para la solución futura de las controversias, a saber: avanzar en la institucionalización de los foros legales (en particular a través del Tribunal Internacional de Justicia y de los arbitrajes) y potenciar «el Comité Militar del Estado Mayor de la ONU», así como incrementar la eficacia de las intervenciones militares que «deberán responder a directrices claras, precisas y contundentes» (Conclusión núm. 21). Del mismo modo, conviene reseñar que el trabajo finaliza afirmando que «sólo la fuerza militar puede garantizar la aplicación correcta del Derecho Internacional Público» (Conclusión núm. 29), al tiempo que establece, como premisa, que «una intervención es “legal” cuando ha sido autorizada por la ONU» (Conclusión núm. 30).

Estamos, por tanto, ante una obra referida a un tema, el de la intervención en los conflictos, que se ha demostrado como uno de los aspectos más interesantes del orden jurídico internacional contemporáneo; buena prueba de ello son las numerosas publicaciones aparecidas recientemente a las que viene a sumarse ésta que ahora reseñamos. A pesar del acierto evidente que representa el hecho de que tan, todavía hoy, controvertida cuestión, sea objeto de una aproximación en cierto modo diferente de la estrictamente jurídica, sí nos gustaría señalar algunas cuestiones sobre las que, a nuestro juicio, quizás hubiera sido preciso realizar alguna matización. Entendemos que, con carácter general, es necesario deslindar claramente el verdadero alcance del concepto de «intervención» de aquellos otros que, aunque indudablemente conectados, no responden en todos los casos a premisas semejantes. Estaríamos pensando, entre otras, en las nociones de asistencia humanitaria de urgencia, injerencia humanitaria u operaciones de mantenimiento de la paz, e incluso, aun reconociendo la dificultad que ello comporta, en la intervención humanitaria asistencial. En cierta medida, el concepto de intervención creemos que ha venido

siendo utilizado a lo largo de la obra, más desde una perspectiva de lo político-militar que desde lo jurídico-internacional, de lo cual se deduce, como consecuencia necesaria, la percepción que se presenta de la «eficacia» de las acciones. Es preciso, a nuestro juicio, profundizar en los mecanismos de arreglo pacífico de controversias, reservando el recurso a lo previsto en el capítulo VII de la Carta, y en particular por referencia a las medidas que implican un uso de la fuerza, únicamente para aquellas situaciones en las que la solución por medios pacíficos resulte claramente inalcanzable. Finalmente, no puede olvidarse que, como afirmara Friedman, el reforzamiento de la función judicial sobre una base mundial no puede ser entendido como el comienzo, «sino como el resultado final de un cambio en la configuración política y social de la sociedad interestatal».

José Antonio Valles Cavia

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Cuestiones penales y procesales militares*. CGPJ, 1996.

En memoria del Magistrado del Tribunal Supremo y General Consejero Togado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Sánchez del Río Sierra, se publican por el Consejo General del Poder Judicial las ponencias que fueron objeto de desarrollo con el título del epígrafe, a finales de 1995, en la sede del Consejo.

El sistema utilizado en dichas Jornadas fue el de alternar ponencias individuales con mesas redondas, con la participación de varios coponentes en el desarrollo de temas que, por su especial naturaleza, posibilitan una distribución de su contenido en diferentes enfoques o parcelas. Siguiendo el orden de la publicación que, a su vez, coincide con el del desarrollo de los trabajos, trataremos de dar una breve visión de su contenido que, como en anteriores ediciones, resultó altamente interesante y constructivo.

El catedrático de Derecho Constitucional D. Francisco Fernández Segado, ilustre y habitual colaborador de estas Jornadas y muy relevante y riguroso especialista en el estudio de las instituciones castrenses en el marco constitucional, desarrolló la ponencia «Las garantías constitucionales del proceso penal militar». Inició su exposición desde el inciso final del art. 117.5 CE, en lo que se refiere a que la regulación de la Jurisdicción militar ha de realizarse «de acuerdo con los principios de la Constitución», informadores de la función jurisdiccional, procesales o determinantes de las garantías en dicho ámbito. Profundizó, a continuación, en los diversos derechos dimanantes del art. 24.2, fijándose muy especialmente en el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y en el derecho a la presunción de inocencia. En cuanto al derecho al Juez imparcial recogió el análisis del Tribunal Constitucional sobre el articulado de la Ley Orgánica 4/1987, comentando la Sentencia núm. 204/1994, conforme a la cual se deduce que los Jueces castrenses son independientes en el ejercicio de sus funciones, no estando sometidos a

instrucciones del Poder Ejecutivo, sin que quede atentado, tampoco, el principio de inamovilidad, por el hecho de que el ascenso del empleo militar determine automáticamente la pérdida de destino. Puntualmente abordó el derecho a ser informado de la acusación formulada y el de asistencia de Letrado, en el marco del derecho a la defensa, así como a un proceso público y sin dilaciones indebidas. En relación al primer punto, analizando el art. 295 LPM, contempló los supuestos que motivadamente pueden provocar las vistas a puerta cerrada, interpretando que la publicidad del proceso no puede restringirse sino por los motivos que específicamente determine la Ley. Concluyó con el estudio de los derechos a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, el de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable y la interdicción de la «reformatio in peius».

La segunda ponencia, del General Consejero Togado D. Francisco Blay Villasante trató el tema «Problemática penológica de los militares de reemplazo». Desde un punto de vista crítico, sacó a la luz los problemas que se dan en ese ámbito actualmente, en el sentido de que sólo excepcionalmente los procesos penales contra militares de reemplazo terminan estando los justiciables en filas. Esta lenta tamitación trae consigo la ineficacia práctica del sistema, en tanto en cuanto si no hay retribución ni intimidación a la colectividad militar, ni reeducación para la vida social, las penas que recaen sobre este colectivo sólo sirven para imbuir zozobra en los justiciables, sin obtener la necesaria ejemplaridad. Ante este panorama, aboga por aplicar plenamente el principio de mínima intervención penal, la perentoria necesidad de agilización del proceso penal militar, la publicidad de las condenas y la aplicación regular a todas las que denomina «contravenciones bagatela» de la Ley de Régimen Disciplinario.

En la tercera ponencia, el General Consejero Togado D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Auditor Presidente del Tribunal Militar Central, expone de forma extensa y rigurosa el tema «La modificación del Régimen Disciplinario Judicial Militar por la Ley Orgánica 16/1994, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial». Comienza con el análisis del art. 128 de la LO 4/1987, inspirado en el art. 414 de la LOPJ, para precisar el ámbito de aplicación de la responsabilidad disciplinaria judicial militar. Continúa señalando la trascendencia de la modificación introducida por la Disposición Adicional Primera de la LO 16/1994, que

reformó la LO 6/1985, del Poder Judicial, dejando sin contenido los arts. 129 a 134 y 136 a 142 de la LO 4/1987, lo que traslada la regulación de la responsabilidad disciplinaria judicial militar en gran medida a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus preceptos, también modificados, arts. 415 a 427, con las especialidades que para el ámbito judicial militar establece la Disposición Adicional Primera de la citada LO 16/1994. Estudia a continuación la preferencia que, en todo caso, se da al proceso penal, sobre el expediente disciplinario, cuando aquél exista y analiza el principio «non bis in idem» en su regulación del art. 415.3 de la LO 6/1985, cuando dispone que sólo podrá recaer sanción penal disciplinaria sobre los mismos hechos con respecto del mismo Juez o Magistrado «cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido». El trabajo se centra, a continuación, en las faltas disciplinarias judiciales y en su prescripción, y en los problemas de interrupción de esta última, trazando un paralelismo entre el art. 416.3, cuando dispone que el plazo de prescripción «vuelve a correr si las diligencias del procedimiento permanecen paralizadas durante seis meses por causa no imputable a sujeto al expediente disciplinario» y la fórmula adoptada en sentido similar —a diferencia del art. 17 de la LO 12/1985— en el art. 68.3 de la LO 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. El centro neurálgico del estudio está constituido por el análisis pormenorizado de las distintas faltas, describiendo las peculiaridades de alguna de ellas, como la del apartado j) ó (10.ª) de «ausencia injustificada por siete días naturales o más, de la sede del órgano judicial en que el Juez o Magistrado se halla destinado», que no es aplicable a la Jurisdicción militar, en cuyo ámbito tal conducta puede ser constitutiva de delito (arts. 119, 120 o 121 y ss., CPM). También es muy atractivo el razonamiento sobre la revelación de hechos o datos conocidos en el ejercicio de la función, que el autor pone en relación con los delitos de revelación de secretos. Entre las faltas graves destaca el análisis de la de «exceso o abuso de autoridad», por su adecuación al ámbito militar, en la Disposición Adicional Primera de la LO 16/1994. Desarrolla, por último, las faltas leves y, a continuación, las sanciones, los órganos con competencia sancionadora, el procedimiento, la anotación y cancelación la ejecución de sanciones y las competencias en procedimientos sancionadores en lo que se refiere a las Fiscalías Jurídico-Militares y a las Secretarías-Relatorías.

La primera de las mesas redondas tuvo por contenido «Las distintas formas de insumisión a la prestación del servicio militar inculminadas en

el Código Penal y en el Código Penal Militar». Presidida por el Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, D. José Jiménez Villarejo, participaron en la misma, el Teniente Coronel Auditor D. Juan Manuel García Labajo, el General Consejero Togado Rodríguez-Villasante y el Magistrado y Teniente Coronel Auditor, en situación de excedencia, D. Eduardo Calderón Susín.

En su trabajo de introducción, el Presidente de la Sala de lo Militar centra sugestivamente las coordenadas sociales y jurídicas en que se desenvuelve el desarrollo legislativo de la objeción de conciencia. Tras una breve introducción histórica, con detenimiento especial en el art. 383 bis del Código de Justicia Militar que, al menos, resolvió el problema de las condenas en cadena de los objetores, parte del art. 30.2 CE y su desarrollo legislativo en la LOC 48/1984 y en el CPM que, a su vez, obligó a reformar las penas establecidas en la LO 8/1984, reguladora del régimen penal de la objeción y la prestación social sustitutoria, para concluir con la referencia a la LO 13/1991 y su regulación de los delitos relacionados con el Servicio Militar. Analizó el profundo cambio en las creencias, en los valores y las actitudes de sectores de nuestra sociedad, que han concluido con la presencia en la escena del insumiso, con una tendencia a la deslegitimación social del Servicio Militar Obligatorio y con un movimiento colectivo de desobediencia civil, postulado en nombre del pacifismo. Este diagnóstico social surgió —según el autor— en paralelo a la excesiva tardanza de la regulación legal de la objeción y en la valoración negativa que de la misma se hizo en las sucesivas regulaciones, con imperfecciones no satisfactorias, como es la referida a la objeción sobrevenida. Expuesto este marco dio entrada a los diversos componentes.

El Teniente Coronel García Labajo trata el tema de «El delito de falta de incorporación a filas», contenido en el art. 135 bis h) y 135 bis i) del Código penal, bajo la rúbrica de «Delitos contra la Defensa Nacional». Tras estudiar sus precedentes, se fija en la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1991, de 14 de marzo, en la que se desestimó la cuestión de inconstitucionalidad que había planteado el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 46, con sede en Pamplona, que entendía que la conducta prevista en el art. 127 del CPM, referida al español que declarado útil para el servicio militar «rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar» era en realidad de carácter «precastrense» y, por tanto, su atribución no debía corresponder a la Jurisdicción militar. El Pleno del Tribunal Constitucional razonó el carácter castren-

se del delito por su naturaleza, por la condición del bien jurídico protegido, por el deber incumplido y por el sujeto activo de la infracción. El legislador de la LO 13/1991, de 20 de diciembre, introdujo, sin embargo, la regulación de los delitos de falta de incorporación a filas y de negativa a la prestación del servicio militar en el Código Penal Común, erradicándolos del ordenamiento castrense. Su sujeto activo es el «alastado» que es citado reglamentariamente y no se presenta en plazo. La exigencia de que no exista «justa causa» es contemplada especialmente por el autor, así como la penalidad. Se detiene a continuación, en el que denomina tipo impropio del art. 135 bis h) y, tras estudiar sus precedentes, analiza el supuesto del personal movilizado como sujeto activo del delito, para concluir con unas interesantes consideraciones de «lege ferenda» en las que, pensando en el proyecto del Código Penal, sugiere que el tipo debía quedar establecido para el alistado que «no se presentara en la Unidad... dentro de los quince días siguientes al señalado para su incorporación...».

El General Rodríguez-Villasante abordó el estudio del art. 135 bis i) de «Negativa a cumplir el servicio militar», configurado como tipo propio y caracterizado como un delito de mera actividad, en el que el tipo del injusto se agota en una acción del autor. Entiende el término «rehusar» como negativa a cumplir el servicio militar u otras obligaciones militares, en tanto en cuanto la Ley contempla diversas pluralidades del hecho. El bien jurídico protegido es para el ponente el «propio cumplimiento del servicio militar obligatorio y demás obligaciones militares», concreción necesaria de bienes jurídicos más amplios como la defensa militar o, más genéricamente, la misma defensa nacional. El sujeto activo ha de ser quien haya sido citado reglamentariamente para el cumplimiento de sus obligaciones, de donde se deduce que las condiciones que ha de reunir serán las de no haberse incorporado a las Fuerzas Armadas y encontrarse en una situación en la que sea reglamentariamente posible citarle para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones castrenses. Considera que existe una cierta laguna para los casos de movilización y pone de relieve los problemas que presenta el llamado «personal civil militarizado» que —afirma— para ser considerado sujeto activo ha de ser llamado a prestar una obligación militar de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional. En el estudio de la acción típica, distingue la citación reglamentaria, el supuesto negativo de la falta de incorporación, el hecho de rehusar y el elemento negativo del injusto de la ausencia de causa legal que justifi-

que la negativa, desarrollando puntualmente cada uno de estos aspectos, para pasar a continuación al análisis de la antijuricidad, en la que parte de que nos encontramos ante un delito de omisión propia. En cuanto a la culpabilidad, precisa que se trata de un tipo doloso, cuyo momento cognoscitivo debe abarcar el conocimiento actual de todos los elementos del tipo. Aborda luego las formas de aparición y se detiene especialmente en las causas de justificación, planteando las dificultades para que pueda presentarse, tanto la legítima defensa, como el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho y el estado de necesidad, estudiando profundamente este último, tanto en su consideración de eximente completa como incompleta y citando la Sentencia de la Sala II de 21 de julio de 1993 que rechazó la aplicabilidad de la eximente incompleta, sentando la doctrina de que «no cabe anteponer sentimientos puramente individuales de conciencia con valores sociales de alto contenido». A pesar de ello, se fija en el valor atenuatorio de la apelación a la conciencia y dignidad del que incumpla la prestación social sustitutoria a que se refiere a Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 21 de septiembre de 1993, en la que expresa que para que pueda alegarse una causa que tenga un efecto atenuatorio, «es preciso que el deber personal de preservar las propias convicciones tenga su reflejo en un interés jurídicamente protegido». Analiza, por último, las causas de inimputabilidad, estudiando las dificultades para una posible apreciación del miedo insuperable, el error de tipo y el de prohibición, citando la Sentencia de la Sala V de 23 de noviembre de 1993. Cierra el estudio con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, los problemas concursales que se pueden plantear entre los arts. 135 bis h) y 135 bis i) y la penalidad, con especial referencia a la inhabilitación absoluta.

La mesa redonda sobre estos temas se cerró con el estudio del delito de «Desobediencia permanente al cumplimiento de las obligaciones militares, del art. 102.3 CPM», desarrollado por el Magistrado y Teniente Coronel excedente D. Eduardo Calderón Susín, que comienza su estudio con una panorámica histórica sobre la escasa imaginación con la que se ha abordado la regulación de la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria, las dudas en el modelo de servicio militar y el aprovechamiento coyuntural de los insumisos para mantener en candelero y en constante revisión el modelo de Ejército. Concreta la razón del art. 102.3 del Código Penal en el intento de encontrar en su tramitación parlamentaria, ya por parte del Senado, «un nuevo tipo penal que contemple la desobediencia reiterada y permanentemente a las órdenes legí-

timas de los superiores». Entiende que se ha hecho pasar por desobediencia algo que no lo es, toda vez que ésta se refiere a mandatos relativos al servicio que un superior da de forma adecuada y dentro de sus atribuciones, mientras que la genérica mención del párrafo 3.º del art. 102 a las obligaciones militares engloba el deber de obediencia pero abarca todos los demás, resultando incoherente esta fórmula de desobediencia impropia «permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares», lo que implica, según el autor, la inoportunidad del precepto y su falta de necesidad, cuando de lo que se trataba es de una simple y llana solución competencial y no sustantiva como la efectuada con ocasión de la Ley Orgánica del Servicio Militar, que ha venido a configurar un paralelismo entre el art. 102 CPM y 135 bis i) CP, con la diferencia de que en aquél ya es militar quien rehúsa el cumplimiento en bloque de sus obligaciones castrenses, situación que conduce a que los insumisos puedan elegir a su voluntad la jurisdicción que vaya a conocer su comportamiento de negarse al cumplimiento del servicio militar. El resto del trabajo, básicamente, está centrado en las cuestiones relativas a la objeción sobrevenida y su régimen penal, tratada con la habitual rigurosidad del autor y que plantea, con cita de la STS de la Sala V núm. 15/1994, de 18 de marzo, que no existe razón alguna para circunscribir la aplicación del párrafo 3.º del art. 102 CPM a los militares profesionales y que, por consiguiente, ha de extenderse, asimismo, a los militares de reemplazo, lo que pone de nuevo sobre la mesa la cuestión subyacente de la prohibición de la objeción de conciencia sobrevenida, que no ha sido, desde luego, cerrada aún en la actualidad y que fue objeto de un tratamiento con distintos enfoques por la existencia de tres votos particulares, uno de ellos con dos adhesiones en la STC de 8 de abril de 1981, surgidas en tanto en cuanto el auténtico problema de conciencia, cuando fuese el problema real, no quedaba realmente abordado en su compatibilidad con la prestación del servicio. La conclusión del autor es que prohibir en todos los casos el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia una vez incorporado a filas es inconstitucional, debiendo buscarse una solución que permita el efectivo ejercicio del derecho en supuestos reales de objeción sobrevenida.

La segunda de las mesas redondas giró en torno a «La prueba en el proceso penal militar». Comienza con la exposición del Magistrado de la Sala V D. Fernando Pérez Esteban, que desarrolla el tema ¿pueden proponerse nuevas pruebas en el acto de la vista en el proceso penal

militar?, partiendo del art. 310 LPM y su consecuente afirmación de que la totalidad de las pruebas propuestas por las partes en sus respectivos escritos de conclusiones «o en el acto de la vista» se practicarán en la forma prevista por la LECrim., salvo las celebradas con anterioridad por no ser posible su práctica en la vista. Del precepto parece deducirse la posibilidad de propuesta de pruebas en el acto de la vista y su práctica. Sin embargo, el autor entiende que dicha posibilidad no cabe, para lo cual estudia los momentos procesales de la propuesta de admisión en las distintas clases de procedimientos militares, para concluir básicamente con el análisis de los artículos 779, 728 y 729 LECrim., paralelos al art. 310 LPM, remontándose a que el proyecto remitido a las Cortes de esta última no incluía la expresión polémica «o en el acto de la vista», considerando que el legislador no quiso introducir una prescripción del procedimiento de urgencia en el procedimiento ordinario para delitos militares, sin que a su juicio pueda esgrimirse en contra del razonamiento el núm. 8 del art. 311 de la propia LPM, invocando criterios sistemáticos y lógicos de interpretación en favor de la expresada postura.

El Catedrático de Derecho Penal y Abogado D. Luis Rodríguez Ramos remitió su conferencia sobre «Las diligencias sumariales como fuentes de prueba en el acto del juicio oral», dedicado a tratar el valor probatorio en el acto del juicio oral de las diligencias de investigación practicadas durante la instrucción de la causa. Señala que las actuaciones, tanto policiales como judiciales, practicadas antes o durante la fase preparatoria o sumarial no son en sí mismas fuentes de prueba, sino meros actos de investigación que sirven para que las partes y el órgano instructor preparen el juicio oral, tal como ha reconocido el TC y el TS, en apoyo de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción. Sin embargo, la reproducción en el acto del juicio oral de las diligencias de investigación policiales y sumariales ya las somete a los citados principios, pasando a formar parte de fuente de convicción del juzgador. Paralelamente existirán las diligencias sumariales irrepetibles y los casos particulares de entre ellas que desarrolla el autor, como el atestado policial, que no es propiamente una diligencia sumarial, siendo lo adecuado que los testigos presenciales comparezcan en el juicio para conferir valor de prueba al atestado, el test de alcoholemia —evidentemente irrepetible—, ha sido objeto de abundante doctrina que abona su legalidad en cuanto a la práctica de la diligencia, con la ratificación en el acto del juicio oral, con comparecencia de los Agnates de la Autoridad como requisito, y la práctica en el propio juicio del aspecto relativo

de la influencia que sobre la conducción pudo tener la ingesta de alcohol. Otros casos particulares son las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y las observaciones e intervenciones telefónicas, en cuyo análisis cita los requisitos establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, basados en la gravedad del delito para que sean acordadas, que no exista otro secreto a proteger, que el sujeto pasivo sea un procesado o imputado, que la medida sea probablemente útil e insustituible y, formalmente, que se acuerde mediante auto motivado, se entregue al Juez la cinta original, se seleccionen los contenidos trascendentes, con intervención de la defensa y se reproduzca en el auto del juicio oral por la vía de la prueba documental. Apunta también la novedad, en las diligencias de entrada y registro en lugar cerrado, del nuevo párrafo cuarto del art. 569 de la LO 22/1995, de 17 de julio, que restringe, aunque no elimina, la posibilidad de que no esté presente el Secretario Judicial en la diligencia. Concluye estableciendo que toda esta normativa es subsidiaria para el proceso militar, existiendo equivalencia en lo relativo al atestado, así como a las diligencias de investigación de la Fiscalía y a las pruebas aportadas, para cerrar su trabajo con un conjunto de cuestiones generales pendientes en el futuro normativo, centradas en la necesidad de una nueva estructura orgánica de la Justicia en general y en la reelaboración de los procedimientos penales, manifestándose partidario de una doble instancia real para todos los delitos, superando la actual apelación, así como de la extensión de la casación a todas las sentencias y de la instauración de la propia casación frente a los autos que resuelvan apelaciones, cuando se refieran al mantenimiento de medidas trascendentales como la cautelar personal de prisión preventiva.

El Magistrado y Jurídico-Militar en excedencia D. Arturo Beltrán Núñez escribe sobre la «Admisión del a prueba y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Necesidad, pertinencia y discrecionalidad». Tras centrar la cuestión en que a la hora de dictar sentencia sólo se tendrán en cuenta las pruebas practicadas en el acto del juicio, se pregunta, sobre la incidencia de la prueba en las restantes formas de terminación del proceso, e incluso en resoluciones relevantes en el mismo, citando el sobreseimiento, la prisión, la libertad provisional, los embargos y las fianzas. En este sentido, entiende que carece de sentido el decir que la validez de la prueba queda circunscrita a la practicada en el juicio oral al margen de los casos en que se llegue a la sentencia. En este orden, apunta la trascendencia de que cuando no hay juicio, de lo que se trata precisamente es de que algo se ha probado o, al menos, se ha mos-

trado la alta improbabilidad de un futuro juicio de certeza, poniendo en relación estos razonamientos con las garantías del justiciable, la presunción de inocencia, el derecho al Juez ordinario y a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a confesarse culpable y al juicio público con garantías y utilización de los medios de prueba pertinentes en él. Desarrolla luego los juicios de pertinencia de la prueba (art. 284 LPM) y los que sirven para la suspensión de la celebración de la vista en razón a la imprescindibilidad de las bases probatorias, conforme al art. 297 LPM y se pregunta sobre la declaración de impertinencia de la prueba y el alcance de la discrecionalidad en relación al mismo, aludiendo a que estos juicios sobre pertinencia y necesidad de la prueba no son discrecionales, requiriendo una solución justa, caso por caso, solución que es discutible en casación porque no se funda en un acto de voluntad sino en juicios de la inteligencia susceptibles de error.

El General Auditor D. Luis Fernández de Henestrosa y Balmaseda trata sobre «El interrogatorio del inculcado», comenzando por un análisis histórico y estableciendo el concepto de inculcado, aclarando el conjunto de preceptos que precisan situaciones, a veces concurrentes y no siempre claramente delimitadas, como las de inculcado o imputado, inculcado, detenido o preso, inculcado-acusado, preimputado o presumiblemente futuro inculcado e imputado sobrevenido, en los casos de los testigos de cuya declaración resultan méritos para su inculpación (art. 142 LPM). Entiende que el momento en que debe considerarse hecha la imputación es antes del inicio del procedimiento judicial, por cuanto las imputaciones extrajudiciales (denuncia, parte militar, querella, la inculpación por parte del Fiscal Jurídico-Militar cuando practique diligencias informativas y el atestado) no constituyen al imputado en parte en el proceso. La inculpación procesal es la realizada por el instructor. En ese momento, el inculcado adquiere la condición de parte, aunque no existe forma para dicha inculpación o imputación que, sin embargo, puede producirse a través del auto de procesamiento, que es el acto formal de inculpación, de la detención o prisión u otra medida cautelar personal o real, de la admisión de denuncia, parte o querella y de cualquier otra actuación judicial de la que resulte la imputación de delito. A partir de ese momento comienzan las garantías en toda su dimensión para el interrogatorio con asistencia letrada, que en la LPM es obligatoria si se acuerda como medida cautelar, en el caso de procesado, en el interrogatorio de un imputado en un sumario y en los casos de imputación sobrevenida del art. 142, no siendo obligatoria cuando la persona a la que

sólo se le ha comunicado la existencia de un procedimiento, supuesto en el que se instruye a la misma de su derecho a la asistencia únicamente, pudiendo hacer o no uso de la misma, manifestando el autor, sin embargo, que eso sólo sería en los casos de que hubiese pedido declarar voluntariamente, pues si ha sido citada para ser oída de acuerdo con el art. 199, eso es medida cautelar que hace obligatoria la presencia del defensor. Tampoco es obligatoria en los casos de preimputado o presumible futuro imputado del art. 142. A continuación se desarrolla la problemática de la información previa al interrogatorio, el derecho a guardar silencio, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y de los demás requisitos formales de la declaración, concluyendo con el estudio de la confesión y sus clases.

La última ponencia, desarrollada por el General Auditor D. Diego Ramos Gancedo tiene el título de «Derechos fundamentales y recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario». Comienza su razonamiento en el estudio del art. 106.1 CE y en su proclamación de control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales de Justicia, que pone en relación con el art. 53.2 CE, que reconoce la fórmula de tutela de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, adentrándose en los fundamentos de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, y de su reconocimiento en el ámbito militar, para desarrollar su proyección en los arts. 518 y 453 LPM. El autor discrepa del rechazo que hace la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo a la impugnación de las medidas cautelares por la vía del art. 518 LPM y al resto de los actos administrativos disciplinarios que pueden afectar al ejercicio de derechos fundamentales. Entiende que tanto para la suspensión de funciones como para el arresto preventivo, que son medidas cautelares que afectan a derechos fundamentales debería abrirse esa tutela judicial, en tanto en cuanto, no se trata de meros actos de trámite y exigirían una impugnabilidad autónoma. Una interpretación restrictiva de tal tutela judicial es, desde su punto de vista, indeseable y el factor disciplina, que pudiera quedar afectado, como valor de superior jerarquía a intereses y derechos particulares de la persona, no lo considera alterado y, en cualquier supuesto, debe subordinarse al contenido de los derechos constitucionales.

A las citadas ponencias y mesas redondas se han presentado las siguientes publicaciones, cuyos títulos y autores relacionamos a continuación:

- *Problemática del sobreseimiento provisional y los derechos de tutela judicial efectiva y presunción de inocencia en la jurisdicción militar*, por Agustín Corrales Elizondo, General Auditor.
- *Derecho a juez ordinario predeterminado por la ley. El artículo 49.3 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*, por Fco. Javier de Mendoza Fernández, Tcol. Auditor.
- *Naturaleza sustantiva de las dilaciones indebidas en el procedimiento penal*, por Rafael Díaz Roca, Capitán Auditor.
- *Problemática penológica de los militares de reemplazo: otra solución*, por Lázaro Montero López, Col. Auditor y Antonio López Urgoiti, Cte. Auditor.
- *El tercer grado de cumplimiento de la pena impuesta al militar de reemplazo*, por Carlos María Alaíz Villafáfila, Cte. Auditor.
- *Problemas penológicos del militar de reemplazo*, por Francisco Javier Granados Peñacoba, Capitán Auditor.
- *Concurrencia de los disciplinario militar y lo disciplinario judicial*, por Ricardo Cuesta del Castillo, Tcol. Auditor.
- *Tratamiento del rechazo permanente al cumplimiento de las obligaciones militares en el Código Penal Militar*, por Miguel Angel Bazaco Ruigómez, Col. Auditor.
- *Modificación de las conclusiones provisionales y derecho de defensa*, por José Rojas Caro, Col. Auditor.
- *Aspectos de jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la defensa*, por Dámaso Calvo Prieto, Col. Auditor.
- *El nacimiento del derecho a la defensa en la fase de instrucción*, por David Suárez Leoz, Capitán Auditor.
- *La prueba en el proceso penal militar*, por Antonio Gutiérrez de la Peña, Tcol. Auditor
- *Pruebas para la detección de consumo de alcohol y drogas ordenadas por el mando militar: posibilidad y su valor en el procedimiento penal militar*, por Marcelo Roldán Navarra, Cte. Auditor.
- *Breve referencia a la prueba de reconocimiento en rueda en la jurisdicción militar*, por Francisco Luis Pascual Sarría, Capitán Auditor.
- *El Ministerio fiscal en el recurso contencioso-disciplinario militar*, por Carlos E. Pozuelo Soler, Tcol. Auditor.

— *Problema de constitucionalidad: la atribución a la jurisdicción militar de la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito disciplinario militar*, por M.^a del Pilar Gómez Serrano, Tte. Auditor.

Agustín Corrales Elizondo

IV. INFORMACION

PRIMERAS JORNADAS DEL GRUPO ESPAÑOL DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA

El Grupo Español de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra fue, desde los inicios de las actividades de la entidad, uno de los más significados grupos nacionales, y miembros españoles jugaron un importante papel en las que se desarrollaron por la Sociedad; el Grupo Español organizó, en 1967 y en Madrid, uno de los congresos internacionales de la Sociedad, y en dos ocasiones reunió en España a su Consejo Directivo, en Granada y Barcelona. Cuando en 1988 la Sociedad Internacional fue reestructurada, el General Consejero Togado D. Francisco Jiménez Jiménez fue uno de los firmantes del Acta de Refundación, manteniendo el Grupo su importante peso en las funciones y actividades de la Sociedad, llegando a ostentar el General Jiménez Jiménez, una Vicepresidencia y siendo, hasta su reciente fallecimiento, Presidente de Honor de la entidad.

Durante algún tiempo el Grupo Español perdió parte de su pujanza, aun cuando miembros del mismo continuaron asistiendo a los congresos internacionales organizados por la Sociedad, aportando documentación e interviniendo en los debates que con motivo de tales acontecimientos tenían lugar. Recientemente se nombró Presidente del Grupo español al General Consejero Togado y Magistrado de la Sala V del Tribunal Supremo, D. Javier Aparicio, y el Grupo, reorganizado con una Vicepresidencia y unas Jefaturas de Áreas Científicas, ha iniciado una etapa de reactivación, cuya primera manifestación fue la celebración en Madrid, los días 19 y 20 de noviembre del pasado año, de sus Primeras Jornadas. Para la celebración de dichas Jornadas se contó con el apoyo de la Subsecretaría de Defensa y de la Dirección General de Enseñanza del Órgano Central del Ministerio de Defensa, así como con la del Cuartel General del Ejército del Aire, que cedió el salón principal de la Escuela Superior del Aire para las reuniones, y de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Los Jefes de los Estados Mayores de los tres Ejércitos permi-

tieron que se designaran comisiones de servicio desde los diferentes Mandos de sus respectivas estructuras, a fin de que pudieran asistir a las Jornadas quienes estuvieran interesados en ello.

Los temas tratados despertaron el interés tanto de personal militar como de profesores de Universidad, Magistrados de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, miembros de la Cruz Roja Española, abogados e, incluso, de miembros del Cuerpo Nacional de Policía, que prácticamente llenaron el salón de actos de la Escuela Superior del Aire.

La primera ponencia, «Posición española ante el Derecho Internacional Humanitario», fue brillantemente desarrollada por Ilmo. Sr. Coronel Auditor D. Fernando Pignatelli Meca, de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa y experto en temas internacionales, aportando interesantes comunicaciones el Profesor Dr. D. Santiago Urios, el Comandante Auditor Izquierdo Grimá, los Capitanes Auditores D. Alfredo Blanco Montero y D. Lorenzo Marroig Pol y el Teniente Auditor D. José Antonio González Velasco. La segunda ponencia, «Asesoramiento al Mando en las Organizaciones y Misiones Internacionales», fue desarrollada por el Tte. Coronel Auditor D. Gonzalo Zarranz Domenech, con profunda experiencia como asesor en Operaciones de Mantenimiento de la Paz, presentándose comunicaciones por los Tenientes Coroneles Auditores D. Carlos Eymar Alonso, D. Ignacio de las Rivas Aramburu y D. José Luis Poyato Ariza, el Comandante Auditor D. Salvador Torres Ballesteros, el Capitán Auditor D. Juan Carlos González Barral y el Teniente Auditor D. Miguel Alía Plana. Por último, la tercera ponencia que trató el tema «El Comandante de aeronave Militar», fue desarrollada por el Capitán Auditor D. Florencio Segura Piñeiro, de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Aire, y enriquecida con comunicaciones del Coronel D. Javier Guisández Gómez, Tte. Coronel Auditor D. Salvador Calderón Madrigal, el Comandante Auditor D. Carlos María Aláiz Villafáfila, los Capitanes Auditores D. Francisco Pascual Sarría y D. José Luis Herrero García, y el Teniente Auditor D. Victoriano Perruca Albaladejo. Al final de las exposiciones de cada uno de los ponentes y de los comunicantes correspondientes, se abrió, en cada caso, un animado debate en el que se examinaron y discutieron las conclusiones propuestas por cada uno de los ponentes.

Hemos de destacar que para la Sociedad Internacional de Derecho Militar y derecho de la Guerra, las Jornadas organizadas despertaron un extraordinario interés, asistiendo a todas las reuniones el Presidente de la Sociedad, Brigadier General Dr. Krüger-Sprengel, quien expresó su satisfacción por la iniciativa adoptada, haciendo constar que se había

comunicado dicha iniciativa al Consejo Directivo de la sociedad y que la actividad del Grupo Español se había propuesto como ejemplo a los restantes grupos nacionales a fin de motivar posibles actividades análogas, animando a los miembros del Grupo español a que mantuvieran la vía iniciada y a participar en las reuniones y congresos que se promovieran con carácter general por la Sociedad.

El acto de clausura de las Primeras Jornadas del Grupo Español fue presidido por el Excmo. Sr. Tte. General Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, D. Ignacio Quintana Arévalo, participando en dicho acto, así mismo, el Presidente de la Sociedad. Ambas autoridades animaron a los miembros del Grupo a continuar convocando jornadas análogas a las celebradas, cerrándose el acto con un vino de honor ofrecido por el ejército del Aire a todos los asistentes.

Por su interés y sin perjuicio de que, si ello es posible, se publiquen en su día las ponencias y comunicaciones que fueron objeto de debate en estas Primeras Jornadas, se recogen a continuación las conclusiones adoptadas en relación con cada una de las ponencias debatidas.

Conclusiones a la Ponencia «Posición española ante el Derecho Internacional Humanitario»

1. Se estima necesario que España observe con la mayor plenitud posible las obligaciones establecidas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales, y en la Convención de La Haya de 14 de mayo de 1954.

2. A dicho fin, podría constituirse una comisión interministerial o grupo de trabajo que, con participación de representantes de los Ministerios afectados e interesados, estudiara la situación de la legislación española ante los tratados citados, señalando las posibles disparidades existentes y las reformas convenientes de nuestro ordenamiento jurídico para garantizar una mejor adaptación de aquella a estos, proponiendo para ello las medidas normativas que estimara convenientes. En la comisión o grupo de trabajo, se podrían integrar, en razón a la especialidad de sus actividades, representantes de la Sociedad nacional de la Cruz Roja Española y del Grupo español de la sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra.

3. La comisión o grupo de trabajo también podría atender e impulsar la difusión del Derecho Humanitario, promoviendo los estudios, pro-

puestas y enseñanzas con él relacionadas, tanto en el ámbito de las Fuerzas Armadas, como a la población civil en general.

4. El Código Penal Militar y el Código Penal Común deberían sancionar las mismas conductas contrarias al Derecho Internacional Humanitario, con la diferencia de que en aquel se haría siempre alusión a autores militares, y ello sin perjuicio de la existencia de determinadas especificidades propias del ámbito castrense; para ello podrían introducirse en el Código Castrense con las adaptaciones necesarias, conductas hoy no previstas en él como el genocidio. Igualmente, podrían incluirse en el Código Penal Militar las sanciones correspondientes, como delitos de lesa humanidad, a los asesinatos, torturas y atentados contra la libertad sexual, cometidos por un militar en el mando o con ocasión de un conflicto armado, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, no sólo por razones nacionales, étnicas, raciales o religiosas, sino también políticas.

Conclusiones a la Ponencia «Asesoramiento al mando en las organizaciones y misiones internacionales»

1. Cada vez es mayor la importancia de la función asesora en las Fuerzas Armadas.

2. La creciente participación de nuestras Fuerzas Armadas asistidas por sus Asesores Jurídicos en misiones y Organizaciones de carácter internacional, hace conveniente la organización de cursos o jornadas a través de las cuales los miembros del Cuerpo Jurídico Militar puedan especializarse y adquirir conocimientos de las materias sobre las que han de asesorar. Ello sería, sin duda, de gran utilidad para los que luego tomaran parte en dichas misiones y organizaciones.

En dichos cursos o Jornadas podrían intervenir, como alumnos y profesores, asesores jurídicos de Ejércitos extranjeros con experiencia en misiones u organizaciones de este tipo.

3. Parece conveniente crear un área especializada en cuestiones internacionales en la Asesoría Jurídica General a fin de coordinar este tipo de asesoramiento y servir de apoyo y referencia a todos los asesores jurídicos empeñados en este cometido.

4. Es igualmente conveniente la modificación de las Leyes Disciplinarias de las Fuerzas Armadas y Guardia civil, adaptando los procedimientos y sanciones a imponer a la realidad de las misiones y organi-

zaciones internacionales, así como al hecho físico del alejamiento del territorio nacional.

5. También se considera conveniente una mayor integración de los Asesores jurídicos en las estructuras militares, con participación habitual en ejercicios y maniobras, en los que deberían producirse incidencias jurídicas, y en la elaboración de órdenes de operaciones, reglas de enfrentamiento, etc., con el fin de facilitar el entendimiento entre los asesores jurídicos y el mando militar y habitar a este último desde tiempos de paz y normalidad a contar con asesoramiento jurídico en muchas cuestiones que, en la actualidad no se plantean, o son resueltas en muchas ocasiones, sin dicho asesoramiento.

Conclusiones a la Ponencia titulada «El comandante de aeronave militar»

1. Dado que las FAS además de aplicarse a la defensa nacional, han de cumplir otras funciones ajenas a dicho elevado fin, parece conveniente que el concepto de aeronave militar se establezca con un criterio doble: A) objetivamente, aquella que cumple misión relacionada con la defensa nacional, y B) con un criterio subjetivo, la que cumpliendo una misión ajena a la defensa nacional, está mandada por un militar comisionado al efecto.

2. Puesto que la aeronave que cumple misiones relacionadas con la defensa nacional, estará mandada por un militar, y que en los demás casos la aeronave se calificará de militar por serlo su Comandante, consideramos más correcto hablar del Comandante militar de aeronave, que de Comandante de aeronave militar.

3. De acuerdo con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico español podemos definir el Comandante militar de aeronave como «el militar que ejerce el mando en una aeronave y, habiendo sido designado para ello por quien legalmente puede hacerlo, desempeña su función en orden al cumplimiento de misiones propias de las FAS».

4. El concepto de Comandante deducible de los art. 110 y 111 de las Reales Ordenanzas para el Ejército del Aire, señala, a nuestro parecer, todos los requisitos necesarios para legitimar a quien desempeñe el cargo y merece en consecuencia un juicio favorable.

5. Parece oportuno el planteamiento de una cobertura legal, suficiente y expresa, de las hipotéticas responsabilidades pecuniarias en que por la operatividad de la aeronave pudiera incurrir su Comandante, es-

tableciendo frente al principio de responsabilidad objetiva del Comandante, la responsabilidad directa o subsidiaria del Estado con amplitud suficientemente para cubrir los daños que de aquella operatividad pudieran derivarse.

6. Parece necesario un tratamiento internacional de la figura, a semejanza del «status» internacionalmente reconocido al Comandante de aeronave comercial.

J. A. G.

NOTA SOBRE EL FALLECIMIENTO DEL EXCMO.
SR. D. FRANCISCO JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ,
GENERAL CONSEJERO TOGADO

El pasado 23 de enero, a la edad de 81 años, falleció, en Palma de Mallorca, el General Consejero Togado Francisco Jiménez y Jiménez, uno de los más destacados juristas militares de este siglo.

Yo le conocí en San Remo, en septiembre de 1976, con motivo del VII Congreso de la *Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*. Desde entonces fui su colaborador, pero, sobre todo, su amigo. Es en tal condición en la que escribo estas líneas de reconocimiento póstumo a lo que fue su vida profesional y su obra.

Licenciado y Doctor en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad de Zaragoza, el General Jiménez ingresó tanto en la Carrera Fiscal como en el Cuerpo Jurídico Militar, siendo en éste en el que desarrollaría su más intensa actividad en el marco de una brillante trayectoria profesional.

Destacan, en esa trayectoria de cuarenta y cinco años de servicio activo, sus logros como Director de la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, como Director de la *Revista Española de Derecho Militar*, como impulsor de la reforma de la legislación penal militar y, en el ámbito foráneo, como Vicepresidente de la *Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*.

Como Director de la Escuela de Estudios Jurídicos, reorganizó el centro: lo dotó de profesorado con dedicación exclusiva por áreas de conocimiento, estableció sistemas de acceso a cursos no basados exclusivamente en la antigüedad, reordenó los archivos y actualizó la biblioteca, intentando, en suma, una docencia mejor y un nivel aceptable en las tareas investigadoras.

En la *Revista Española de Derecho Militar*, el General Jiménez había colaborado activamente, desde su fundación, y conocía bien su problemática, sus carencias y sus necesidades. Ello le permitió, como Director, afrontar, con nuevos planteamientos, la publicación, que conocería en los años 1978 a 1982 una de sus etapas más prestigiosas.

Especial referencia merece el protagonismo del General Jiménez en la reforma de la legislación penal militar española. A él se deben los planteamientos generales y, en especial, de técnica legislativa con los que se afrontaron los trabajos prelegislativos. Él fue, además de autor material de parte del articulado, el coordinador del Anteproyecto de 1982, que, con escasos retoques, se promulgaría como Código Penal Militar de 1985. Suyo fue, asimismo, el extenso preámbulo del Anteproyecto que, aun suprimido por el Senado, sigue constituyendo una detallada e ilustrativa exposición de los motivos conducentes a las distintas conformaciones normativas.

Por último, el General Jiménez fue miembro destacado de la *Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, participando, de forma brillante y eficaz, en sus Congresos de Bruselas, Florencia, Estrasburgo, Madrid, Dublín, La Haya, San Remo, Ankara, Laussanne, Edimburgo, Estocolmo y Londres. En 1976 fue designado Vicepresidente de la *Société* y, como tal, tomó parte activa en las reuniones más trascendentales del órgano de dirección: Virginia, Caracas, Lyon, Munich, Roma... Su labor obtuvo definitivo reconocimiento en 1989, cuando fue nombrado, con carácter vitalicio y definitivo, Presidente de Honor de la asociación.

Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Zaragoza y de Derecho Penal en la Universidad balear, el Dr. Jiménez impartió diversos cursos y pronunció numerosas conferencias en centros españoles y extranjeros. Fue autor de diversas publicaciones, de entre las cuales merece ser destacada, además de su tesis doctoral (*El delito de sedición militar*, tres volúmenes, Zaragoza, 1969), impresa solo en parte, una *Introducción al Derecho penal militar* (Civitas, Madrid, 1987), que es de imprescindible consulta y de referencia obligada dentro de nuestra disciplina. Su última colaboración («Con motivo del primer centenario del Código de Juristia Militar de 1890») vio la luz en 1991, tanto en la *Revista Española de Derecho Militar* (núm. 55, t. I, pp. 13-17), como en mi Sección de Derecho Penal Militar de la *Revista General de Derecho* (núm. 561, pp. 5099-5104).

Tras su pase a la reserva, el General Jiménez se retiró a Palma de Mallorca. Allí le esperaban, tanto en el orden personal como en el ámbito familiar, momentos difíciles, que, sin embargo, afrontó con encomiable valor y dignidad ejemplar.

A la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, el General Jiménez le deja, como valioso legado, su biblioteca. A sus amigos y compañeros

nos queda el recuerdo de quien, sin duda, con infrecuente entusiasmo, dedicó lo mejor de su vida al Cuerpo Jurídico Militar.

Descanse en paz.

Antonio Millán Garrido

NOTA SOBRE EL FALLECIMIENTO DEL EXCMO.
SR. D. JOSÉ SUAY MILIO

En el pasado noviembre, falleció repentinamente Don José Suay Milio. Su nombre quizás no diga nada para la mayoría de los hoy miembros del Cuerpo Jurídico Militar; para algunos, será familiar por haberlo visto incluido en la escalilla durante muchos años, como Comandante Auditor en situación de excedencia voluntaria. Para quienes le conocieron, quedará siempre que fue un magnífico jurista.

Pepe Suay, como era conocido por todos, fue un destacado jurista siempre dedicado a la cosa pública. Pertenecía al Cuerpo Jurídico Militar y al Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, donde, al momento de su óbito, prestaba sus servicios como Letrado Mayor; fue profesor adjunto de Derecho Internacional en la Universidad de Valencia y ocupó cargos relevantes en múltiples instituciones públicas y privadas: miembro de la Comisión Nacional de Saneamiento del Ministerio de la Gobernación; Secretario General Técnico del Ministerio de Obras Públicas; Consejero del Consejo Nacional de Estadística; Delegado del Gobierno en COPLACO, Jefe de la Asesoría del Círculo de Empresarios, Secretario General y Jefe de Estudios de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid... Estaba en posesión de diversas condecoraciones...

Como jurista, José Suay era enciclopédico. Lector impenitente de todo lo divino y lo humano hacía realidad la vieja definición romana de jurisprudencia; conocía los más recónditos recodos del ordenamiento jurídico, ya público, ya privado: sus ya lejanos trabajos de derecho internacional; sus estudios sobre los reglamentos heterónomos, sobre la constitución económica, sobre la institución del arbitraje son referencia obligada para todo estudioso de estos temas. Mas, por ser enciclopédico, no era jurista ni abstruso ni artificioso. Antes al contrario, en sus escritos no hay palabras de más; a veces, era irritantemente conciso. Tenía una capacidad de discernir, con inusitada rapidez, el fondo de cualquier intrincado asunto, resolviéndolo con asombrosa claridad. Lo hacía siempre —lo recuerdo bien pues coincidí con él en el cotidiano

despacho de la Sección Tercera del Consejo de Estado—, apelando a los principios e instituciones del derecho civil; cualquier problema o cuestión encontraba su explicación en los conceptos jurídicos más simples. Y, es que Pepe Suay, al igual que el Marqués de Pombal, rechazaba el derecho como sofisticada inteligencia, excogitada metafísica y sutil argucia; para él, el derecho era solución justa, a la vista de la realidad, del interés y de la verdad. ¡Cuántas veces decía que para resolver un asunto había que mirar antes a la conciencia íntima de lo justo y lo equitativo existente en nuestro ser que a las normas del ordenamiento!

Descanse en paz.

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz

MINISTERIO DE DEFENSA
SECRETARIA GENERAL TECNICA
CENTRO DE PUBLICACIONES

