

**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

89 *ENERO
JUNIO
2007*

MADRID

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES
<http://www.060.es>

Edita:



NIPO: 076-07-273-7 (edición en papel)
ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: junio 2007

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad del autor de la misma.

NIPO: 076-07-272-1 (edición en línea)



ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 89 ENERO-JUNIO 2007

DOCTRINA

ESTUDIOS

— Resumen de contenidos. Table of contents	11
— Santiago Ripoll Corulla, «La Justicia Militar española ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos»	15
— Francisco José Sospedra Navas, «Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional: Tendencias (y algunas propuestas) expansivas»	49
— Antón Pigrau Solé, «La persecución de los criminales de guerra en Canadá: De Rauca a Munganeza»	89
— Francisco Luis Pascual Sarriá, «El control judicial a la interceptación de las comunicaciones: especial referencia al control judicial previo a las intervenciones del Centro Nacional de Inteligencia	163

NOTAS. COMENTARIOS

— Luis Lafont Nicuesa, «El delito de «mobbing» en el ámbito de las Fuerzas Armadas»	221
— José Luis Martín Delpón, «La detención del militar profesional: algunas cuestiones de procedimiento»	245
— Miguel Alía Plana, «Los Tribunales tribales para la represión del genocidio Ruandés»	275
— Javier Rodríguez Ten y Esmeralda Carnicer Escusol, «La aplicación <i>ratione materiae</i> de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, a partir de la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas»	295

TEXTOS

LEGISLACIÓN

— Por María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera	315
--	-----

JURISPRUDENCIA

- «Constitucional». Por Luis Bernardo Álvarez Roldán 321
- «Contencioso-administrativa». Por Eva Brú Peral 353

DOCUMENTACIÓN

- Doctrina Legal del Consejo de Estado. Por Leandro Martínez-Cardós Ruiz 371
- Estados Partes en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. Por el Centro de Estudios de DIH de la Cruz Roja 405

BIBLIOGRAFIA

NOTICIA DE LIBROS

- Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández 421

RECENSIÓN DE REVISTAS

- Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz 425

INFORMACIÓN

- Premios: «José F. de Querol y Lombardero» 2007 429
- Curso: «La Jurisdicción Militar: Ámbito y competencia», organizado por la Fiscalía General del Estado 431
- Información de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos 435

NOTA DE LA REDACCIÓN. Por Acuerdo del Consejo de Redacción de la Revista se comunica que quienes presenten trabajos (Estudios o Notas) para su publicación en la REDEM deberán acompañar a los mismos un resumen en idioma español y un *abstract* (en idioma inglés), con una extensión máxima de diez líneas.

DOCTRINA

ESTUDIOS

**RESUMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 89
(ENERO-JUNIO, 2007)**

Santiago Ripoll Corulla: «La justicia militar española ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos»

La consideración de las demandas interpuestas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por militares españoles y miembros de la Guardia Civil relativas a la organización y funcionamiento de la Jurisdicción militar y al régimen disciplinario que les es aplicable permite identificar las cuestiones problemáticas que suscita la justicia militar española. El examen de esta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y previamente también de la Comisión) es, por otra parte, un instrumento válido para valorar el nivel de adecuación de la justicia militar española a las exigencias del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Por último, el estudio de éstos asuntos o, mejor dicho, de la recepción por España de la doctrina formulada por los órganos de control del Convenio de Roma hace posible advertir que bien por vía legislativa bien por vía judicial se corrigen las deficiencias del ordenamiento español señaladas por estos órganos internacionales.

SANTIAGO RIPOLL CORULLA: «Spanish Military Justice before the European Court of Human Rights»

The consideration of the complaints brought before the European Court of Human Rights by Spanish military personnel and Guardia Civil members related to organization and functioning of Military Jurisdiction

and disciplinary regime applicable to them allows the identification of problematic questions raised by the Spanish military justice. The study of the European Court of Human Rights jurisprudence (and, previously, of the Commission as well) is, on the other hand, a valid instrument to value the adaptation level of Spanish military justice to International Law of Human Rights requirements. At the end, the study of the Spanish reception of the doctrine elaborated by the control organs of the Rome Statute makes possible to notice that, either by legislative channels or by judicial means, Spanish law deficiencies identified by these international organisms are solved.

Francisco J. Sospedra Navas: «Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional: tendencias (y algunas propuestas) expansivas»

El estudio analiza las tendencias expansivas más relevantes en materia, de garantías del procedimiento disciplinario militar y en el control jurisdiccional de la potestad sancionadora, incorporando la sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2006, por su incidencia en la cuestión. En cuanto a garantías, se analizan concretamente las relativas al derecho de defensa, imparcialidad y seguridad jurídica. Desde el punto de vista del control judicial, se examina, en primer lugar, la debatida cuestión de la fiscalización de las faltas leves, donde se patentiza la fuerza expansiva de los derechos fundamentales; en segundo lugar, se abordan el derecho a la prueba y el control de la proporcionalidad de la sanción; y por último el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración por la anulación de resoluciones sancionadoras. Como conclusión, se formulan algunas propuestas al hilo del estudio.

FRANCISCO J. SOSPEDRA NAVAS: «Military disciplinary procedure guarantees and jurisdictional control: expansives trends and other proposals»

The study analyzes the most relevant expansive trends on the field of military disciplinary procedure guarantees and of the jurisdictional control of disciplinary authority, incorporating the European Court of Human Rights sentence of 2 November 2006, because of its impact on this issue. In relation to guarantees, it analyzes specifically the one related to the right

to legal aid, impartiality and legal certainty. Under the point of view of judicial control, it examines, at the first moment, the debated question of minor offences control, in which the expansive strength of fundamental rights makes itself evident. In second place, it is studied the right to evidence and sanction proportionality control and, at the end, it is analyzed the question of economic responsibility of the Administration generated because of the overruling of disciplinary penalties. In conclusion, some proposals are raised in a row of the study.

Antoni Pigrau Solé: «La persecución de los criminales de guerra en Canadá: De Rauca a Riunyaneza»

El objeto de este trabajo es el análisis de la evolución que ha *experimentado* la acción de las autoridades canadienses contra las personas sospechosas de haber participado en la comisión de crímenes de guerra desde la segunda guerra mundial, atendiendo a los instrumentos legales de que dicho país se ha dotado y a la interpretación que los distintos órganos judiciales les han dado. En este sentido, los casos Rauca, Finta, Mugesera y Munyaneza pueden considerarse representativos de las cuatro etapas. La etapa de inactividad (1949-1985), la etapa de la Comisión Deschênes, las reformas legislativas de 1987 y el bloqueo de la represión penal (1985-1994), la etapa de la opción preferencial por las sanciones administrativas (1995-2000) y, por último, la que cabe denominar como etapa de la complementariedad con la Corte Penal Internacional, a partir del año 2000.

ANTONI PIGRAU SOLÉ: «The prosecution of war criminals in Canada: from Rauca to Riunyaneza»

The aim of this study is to analyze the evolution experimented by the Canadian authorities activity against people suspicious of taking part in the commission of war crimes from the second world war, bearing in mind the legal instruments adopted by this country and the interpretation given to them by different courts. Related to that, cases Rauca, Finta, Mugesera and Munyaneza can be considered representatives of the four periods. Inactivity period (1949-1985), Deschênes Commission period, legislative reform of 1987 and the blocking of penal repression (1985-1994), preferential option of disciplinary penalties period (1995-2000) and, at the end, the period of the complementarity with the International Criminal Court, from 2000.

Francisco Luís Pascual Sarría: «El control judicial a la interceptación de las comunicaciones: especial referencia al control judicial previo a las intervenciones del Centro Nacional de Inteligencia»

El trabajo, partiendo del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución, su configuración legal, y las garantías y requisitos para la intervención de las comunicaciones; analiza la excepción que al control judicial sobre la intervención de las comunicaciones, «*ex ante*» y «*ex post*» supone el sistema que ha sido articulado por la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, y por la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladoras del control judicial previo y del Centro Nacional de Inteligencia. Control jurisdiccional que con carácter previo, y a solicitud del Director del Centro, se realiza por un magistrado del Tribunal Supremo especialmente nombrado por el Consejo General del Poder Judicial, no por un órgano judicial, sin que se ejercite un verdadero control jurisdiccional, al no recibir el resultado de la intervención.

FRANCISCO LUÍS PASCUAL SARRÍA: «Judicial control to communications interception: special reference to judicial control previous to Intelligence National Center interventions»

The study, starting from the right to communication privacy provides in article 18.3 of the Spanish Constitution, its legal shape and the guarantees and requirements for communications interception, analyzes the exception that the system created by the Organic Law 2/2002, 6 may, and the Law 11/2002, 6 may, regulating previous judicial control and the Intelligence National Centre, makes to the judicial control over communications interception, *ex ante* and *ex post*. This jurisdictional control is made, previously and on request of the Centre Director, by a Judge of the Supreme Court, specially nominated by the Governing Body of the Spanish Judiciary, not by a Court, without exercising a really jurisdictional control so long that the intervention result is not given.

LA JUSTICIA MILITAR ESPAÑOLA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*

Santiago Ripoll Corulla
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Letrado del Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

El artículo 117.5 CE, tras afirmar que «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales», se refiere a la Jurisdicción militar:

«la Ley regulará el ejercicio de la Jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución»¹.

* Premio «José Francisco de Querol y Lombardero» 2007.

¹ Con carácter general no se cuestiona hoy en día la necesidad de la Jurisdicción militar. Frente a quienes han sostenido que su mantenimiento supone reconocer un fuero privilegiado a los militares –un argumento que se acompaña de referencias al derecho comparado y, en particular, al derecho francés– cabe decir que la necesidad de la Jurisdicción militar nunca ha sido puesta en entredicho ni siquiera durante el proceso de aprobación de la Constitución de 1978. Sin embargo, la mera formulación de la posición anterior ha comportado la aportación de argumentos para justificar la existencia de la jurisdicción militar. Estos argumentos son principalmente cuatro: 1) la especialidad del Derecho militar; 2) la necesidad de jueces militares en un ámbito militar; 3) el mantenimiento de la disciplina castrense; y 4) el cumplimiento de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas por la Constitución. Ver, Y. DOIG DÍAZ, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Alicante: Universidad, 2003, pág. 104 y ss; G. SUÁREZ PERTIERRA, «Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas», en

A través de la aprobación de sucesivas leyes se ha dado cumplimiento a este mandato constitucional. En términos generales se ha interpretado que el art. 117.5 CE, al exigir la sujeción de la Jurisdicción militar a los principios de la Constitución, imponía operar en cuatro direcciones distintas: 1) reducir la competencia de esta Jurisdicción de tal modo que conozca única y exclusivamente sobre asuntos relacionados con el ámbito castrense; 2) integrar la Jurisdicción militar en el Poder Judicial único del Estado; 3) proceder a la profesionalización jurídica de la Jurisdicción militar mediante la tecnificación de sus órganos; 4) consagrar el principio constitucional de la independencia de los órganos judiciales militares, garantizando su inamovilidad, responsabilidad, sumisión exclusiva al imperio de la Ley y predeterminación.

Como se ha indicado la implantación de estos principios ha sido un proceso gradual. Este proceso se inició en 1980 con la aprobación de la LO 6/1980, de 1 de julio, sobre Criterios básicos de la Defensa Nacional, y de la LO 9/1980, de 6 de noviembre, de Reforma del Código de Justicia Militar, y tuvo su pleno desarrollo durante la segunda mitad de los años ochenta con la aprobación de tres leyes: LO 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, LO 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Justicia Militar, y LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar².

Este proceso legislativo se ha visto influido por la doctrina judicial del Tribunal Constitucional que, en diversas sentencias, ha modulado –aun antes de la aprobación de las referidas leyes– las características de la Jurisdicción militar y su adecuación a los principios constitucionales. Así, en ocasiones, el TC ha ratificado la singular organización de la Jurisdicción militar y las peculiaridades del Derecho penal y procesal militar en razón 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 artículo 8 de la Constitución» (SSTC 97/1985, de 29 de julio, FJ 4; 180/1985, de 19 de diciembre, FJ 2). En otras sentencias, en cambio, el TC se ha referido al sometimiento de la

Jornadas de Estudio sobre el Título preliminar de la Constitución, Madrid: Ministerio de Justicia, 1988, pp. 2359-2414. Como recuerda R. Canosa, ni en los Pactos de la Moncloa de 1977 ni durante el transcurso del debate constituyente se planteó esta cuestión R. CANOSA USERA, «Configuración constitucional de la Jurisdicción militar», *Revista del Poder Judicial*, núm. 34, junio de 2004, pp. 9-37.

² Ver, E. MONTULL LAVILLA, «La justicia penal y disciplinaria en el seno de las Fuerzas Armadas», en *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Madrid: Trotta, 1995, pp. 97-159, donde realiza un riguroso estudio del panorama legislativo en la materia.

Jurisdicción militar a los principios del debido proceso reconocidos en el art. 24.2 CE, recordando que

«el artículo 117.5 CE ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la Ley reguladora de la jurisdicción militar. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa...» (STC 60/1991, de 14 de marzo, FJ 3).

En términos generales, como señala el preámbulo de la LO 9/2003, de 15 de julio, de Reforma de la LOCOJM, «el actual modelo jurisdiccional militar está plenamente consolidado y satisface de modo adecuado las garantías propias de una Administración de Justicia organizada conforme a los principios del Estado de Derecho, tal y como se recogen en el Título VI de nuestro texto constitucional». Así lo ha afirmado también el TC en sus sentencias 204/1994, de 11 de julio, y 113/1995, de 6 de julio, sobre las que se ha de volver más adelante.

Esta valoración en general positiva de la organización y funcionamiento de la Jurisdicción militar no puede hacer olvidar que han surgido ciertas cuestiones problemáticas –que por otra parte han sido oportunamente puestas de relieve por la doctrina³–, de tal modo que en ocasiones los particulares han considerado que la aplicación de una determinada disposición de derecho español relativa a la organización y funcionamiento de la Jurisdicción militar y del régimen disciplinar de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ha supuesto una vulneración de uno de sus derechos y libertades fundamentales.

El análisis de los asuntos planteados por miembros de las Fuerzas armadas y de la Guardia Civil ante el TEDH permite identificar estos aspectos conflictivos. Ciertamente el TEDH desarrolla una función de control del cumplimiento por parte de España de los derechos y libertades recogidos en la Parte I del CEDH. Es obligación del Estado incorporar estos derechos y libertades en su ordenamiento jurídico (art. 1 CEDH) y asegurar su garantía por los tribunales nacionales, estableciendo vías de recurso para el particular (art. 13 CEDH).

³ Ver, J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, «Estatuto de los miembros de la Jurisdicción militar e independencia de los órganos judiciales militares», en *Constitución y Jurisdicción militar*, Cuadernos Lucas Mallada núm. 2, Zaragoza: Libros Pórtico, 1997, pp. 17-58, en particular, pp. 35-41, donde expone estas posiciones doctrinales.

Para que este acceso de los particulares al Tribunal de Estrasburgo resulte posible es preciso que el Estado parte haya aceptado la competencia del TEDH. Así lo hizo España que, no obstante, en el ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 57 del CEDH, formuló ciertas declaraciones y reservas, una de las cuales incide en determinados aspectos del régimen disciplinario aplicable a las Fuerzas Armadas y a las garantías y derechos para el particular que éste debe ofrecer.

La actuación del TEDH con respecto al Estado parte ha de entenderse como una garantía adicional ofrecida por las autoridades del Estado a las personas residentes en su territorio. Como es sabido el TEDH sólo conocerá de un determinado asunto una vez el particular haya agotado los recursos judiciales que le ofrece el derecho interno. Desde este punto de vista el TEDH actúa como garante último de los derechos y libertades de los particulares para el caso de que el ordenamiento jurídico nacional no haya permitido una correcta tutela de los mismos⁴.

El TEDH ha conocido en 19 ocasiones de demandas interpuestas por miembros de los Ejércitos y de la Guardia Civil relativas a la organización y funcionamiento de la Jurisdicción militar y a la tutela de las garantías y derechos personales en el régimen disciplinar⁵. El conocimiento de estos asuntos le ha llevado a dictar 27 resoluciones, de las cuales 23 son decisiones de inadmisibilidad de la demanda y las 4 restantes sentencias en las

⁴ En S. RIPOLL CARULLA, *Las relaciones entre el sistema europeo de derechos humanos y el derecho español*, Barcelona: Atelier, 2007, pp. 139 y ss. desarrollé con detalle los principios de articulación entre ambos órdenes normativos.

⁵ No son éstas, sin embargo, las únicas demandas interpuestas por militares o miembros de la Guardia Civil. En efecto, en el *case-law* de los órganos del CEDH es posible identificar un grupo de demandas formuladas por militares que se han visto afectados en el disfrute de determinados derechos como consecuencia de la aprobación de una determinada normativa (Decisiones de inadmisibilidad *J.L.S. c. España*, de 27 de abril de 1999, *Arévalo Fernández c. España*, de 26 de octubre de 2000, relativas ambas al uso de viviendas militares, Decisión *Acebal Lahera*, de 19 de noviembre de 2001, relativa al cobro por el demandante de una determinada pensión, ó en este mismo orden de cosas *Asociación de aviadores de la República, Mata y otros c. España*, Decisión de inadmisibilidad de 11 de marzo de 1985). Asimismo *Talavera Iniesta*, militar español que acudió al TEDH alegando una dilación indebida en el procedimiento de amparo ante el TC, decisión de 5 de noviembre de 2001, y las decisiones de inadmisibilidad *Luis Abad Bausela y otros 708 militares*, de 28 de febrero de 1996, y *Tejero Gimeno*, de 15 de enero de 1997, ambas relativas a militares afectados por el RD 1637/1990 que creó la escala media del Ejército, a la que fueron integrados en su condición de miembros de la anterior escala especial. También ha de señalarse las demandas interpuestas por familiares de militares españoles en reclamación de una pensión de viudedad (Decisiones *Ihasniouan c. España*, de 28 de junio de 2001, *Boudraham c. España*, de 13 de septiembre de 2001, *Hammouali c. España*, de 19 de febrero de 2002). Estos asuntos no serán objeto de consideración en el presente trabajo por cuanto trascienden su ámbito material.

que el TEDH constata que se ha producido en efecto la vulneración del CEDH alegada por el denunciante.

La consideración de estas resoluciones del TEDH, en la medida que han sido aprobadas por el órgano que se halla en el vértice de la pirámide de los órganos de garantía de los derechos y libertades reconocidos por España, permite: 1) hacerse una idea cabal de las cuestiones problemáticas que perviven en la Jurisdicción militar española y en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, 2) determinar la adecuación –o la falta de adecuación– de ambos aspectos a los estándares de protección establecidos por el TEDH, y 3) considerar la forma en que, merced a la influencia de la jurisprudencia de este órgano, se han venido corrigiendo tales disfunciones.

Desde el punto de vista de su contenido ha de señalarse que la jurisprudencia del TEDH relativa a la Jurisdicción militar española se ha centrado fundamentalmente en cuatro ámbitos de cuestiones, a saber: 1) la consideración de los tribunales militares españoles como tribunales ordinarios establecidos por la ley, 2) la independencia de los tribunales militares españoles, 3) su imparcialidad, y 4) el respeto de las garantías del debido proceso tanto en los procedimientos penales como en los sancionadores. Estos ámbitos de cuestiones se refieren al artículo 6 CEDH, según el cual:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

El último grupo señalado –respeto de las garantías del debido proceso tanto en los procedimientos penales como en los sancionadores– ha incidido también en el respeto del derecho a la libertad personal (art. 5

Hay, por otra parte, otros asuntos que presentan un punto de conexión con lo militar, cuyo contenido es, sin embargo, completamente ajeno a este trabajo. Tal punto de conexión con lo militar radica en que el suceso que está en el origen del procedimiento tuvo lugar en unas instalaciones militares (*Alvarez Ramón c. España*, Decisión de 3 de julio de 2001, relativa a la vulneración del art. 2 CEDH), en el cargo ocupado por el demandante (*Roldán Ibáñez c. España*, de 16 de octubre de 1996), ó en el tipo penal que se ha aplicado a los recurrentes (Decisiones *Crespo-Azorín* y *Olcina Portilla*, de 17 de mayo de 1990 y 14 de octubre de 1996, respectivamente).

CEDH), planteando especiales dificultades cuando el recurrente es un miembro de la Guardia Civil. Estas dificultades obedecen a las modificaciones legislativas habidas en relación con el régimen disciplinar de la Guardia Civil. Se trata de una cuestión transversal que no se plantea lógicamente de manera autónoma ante los órganos de Estrasburgo sino como causa u origen de la alegada vulneración de unos de los derechos contemplados por la CEDH. Es por ello que se estudiará, en su caso, en el apartado correspondiente.

I. LOS TRIBUNALES MILITARES ESPAÑOLES COMO TRIBUNALES ORDINARIOS ESTABLECIDOS POR LA LEY

Los órganos de Estrasburgo han sido requeridos en tres ocasiones a valorar la vulneración por España del derecho de los demandantes a ser juzgados por un tribunal establecido por la ley, recogido en el art. 6.1 CEDH⁶. Esta queja nunca ha sido formulada por militares de carrera, respecto de los cuales la competencia de la Jurisdicción militar es clara; por el contrario, las dudas sobre la legalidad de los tribunales militares han provenido, por una parte, de dos soldados de reemplazo (asunto *Escalada Fernández y Blázquez Solís*) y, por otra, de dos Guardias Civiles (asuntos *Rosa Recuerda y Cervero Carrillo*). Puede decirse que la naturaleza de la queja es distinta en uno y otro caso. Así, mientras el cuestionamiento de la legalidad de los tribunales militares por los Sres. Escalada y Blázquez se formula con carácter abstracto, cuestionándose prácticamente el contenido de la norma legal, la queja realizada por los Guardias Civiles es resultado de lo que, en su opinión, resulta ser una respuesta inadecuada de los tribunales españoles al conflicto de jurisdicciones que plantearon en el curso del procedimiento.

El asunto *Rosa Recuerda* (Decisión CEDH, de 2 de diciembre de 1991) plantea por vez primera esta cuestión. El demandante fue procesado por haber realizado actos de propaganda a favor de la creación de un sindicato ilegal de la Guardia Civil. Considerando que la Guardia Civil no es parte integrante de las Fuerzas Armadas solicitó del Capitán General de la Región Militar Sur el desestimiento de la Jurisdicción militar y ser juzgado por los tribunales penales ordinarios. Ante la negativa de la Jurisdic-

⁶ Ver, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «El derecho fundamental al juez ordinario», *REDC*, núm. 3, 1991, pp. 75-123; J. GARBERÍ LLOBREGAT, «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pp. 14-58.

ción militar a esta petición se dirigió al Tribunal Supremo para que éste determinara la jurisdicción competente para conocer su caso. Por otra parte el demandante formalizó ante el Capitán General de la Región Militar Sur escrito de preparación para la interposición de recurso de casación, que fue desestimado. Con posterioridad interpuso recurso de queja ante el Tribunal Supremo. Paralelamente el Capitán General de la Región Militar Sur tramitó el señalado recurso al Consejo Supremo de Justicia Militar para su examen.

El recurrente interpuso recurso de amparo ante el TC alegando violación del derecho a un tribunal establecido por la ley (art. 24 CE). Por Sentencia de 18 de enero de 1990 el TC anuló la decisión del Capitán General de la Región Militar Sur y declaró el derecho del recurrente a que su recurso fuera conocido por el Tribunal Supremo. De todos modos, la Sentencia añadía que se habían aprobado las Leyes Orgánicas 4/1987 y 2/1989, cuya aplicación otorgaba la competencia respecto de este asunto a la recién creada Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

Ante la Comisión Europea de Derechos Humanos el Sr. Rosa Recuerda cuestiona esta decisión. La Comisión entiende que cuando el TC decide que ha de ser la Sala de lo militar del Tribunal Supremo la competente para conocer del asunto, el TC no está decidiendo, contrariamente a lo indicado por el demandante, sobre el fundamento de una decisión penal; tampoco éste era el objeto de las resoluciones del Capitán General de la Región Militar Sur. Tanto en uno como en otro caso la cuestión debatida fue la determinación del órgano competente. Así las cosas –concluye la Comisión– no ha habido violación del art. 6.1 CEDH.

Con posterioridad la Decisión del TEDH (Sección 4.^a) de 17 de mayo de 2001, dictada con motivo del asunto *Cervero Carrillo*, formulará de modo más desarrollado esta doctrina: la interpretación de la legislación interna corresponde en principio a las autoridades nacionales; no es función del Tribunal sustituir su apreciación a menos que tal decisión pueda ser calificada como arbitraria o irrazonable, lo que no ocurre en este caso.

Por fin, la Decisión de la Comisión de 6 de junio de 1995 da respuesta a la demanda interpuesta por los Sres. Escalada Fernández y Blázquez Solís, dos soldados de reemplazo acusados de desertión. Esta Decisión, sobre la que habrá de volverse con detalle más adelante, responde en un determinado pasaje a la queja de los demandantes de que el juez militar no es un juez establecido por la ley. La Comisión responde a esta queja a partir de la STC 204/1994, de 11 de julio, y recogiendo palabras del Alto Tribunal español indica que el ejercicio de la Jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense está en el derecho español reglamentado por la

ley conforme a los principios de la Constitución (art. 117.5 CE), de modo que los órganos militares son, en el ámbito de su competencia, considerados como jueces ordinarios previstos por la ley⁷.

Como ha podido advertirse los órganos de Estrasburgo han dado una respuesta similar en los tres casos: los Estados, cuya obligación consiste en garantizar a los particulares los derechos reconocidos por la CEDH, no tienen que actuar de un modo determinado y único a estos efectos, pudiendo reglamentar los aspectos organizativos de la jurisdicción nacional según sus propios criterios. La labor del TEDH no consiste en examinar la legislación o las decisiones judiciales de los tribunales estatales que se refieren a la organización judicial pues los Estados gozan en este sentido de un amplio margen de acción. La interpretación de estas normas corresponde a los tribunales internos. El TEDH sólo podrá realizar el señalado examen para responder a las quejas que se refieran a concretas violaciones de los derechos subjetivos de los particulares.

II. TRIBUNALES MILITARES ESPAÑOLES Y DERECHO A UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE

A) LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y SU APLICACIÓN A LA JURISDICCIÓN MILITAR ESPAÑOLA

El TEDH se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la noción de tribunal independiente⁸. En el asunto *Campbell y Fell c. Reino Unido* (Sentencia de 28 de junio de 1984, párrafo 78) precisó determinados criterios para considerar si un tribunal cumple esta condición. Estos criterios son: designación y duración del mandato de sus miembros, existencia de garantías contra las presiones externas, y apariencia de independencia del órgano judicial.

⁷ Ver, A. MILLÁN GARRIDO, «La Jurisdicción Militar en el actual ordenamiento constitucional (Análisis específico de la tutela jurisdiccional en el ámbito disciplinario militar)», en *Constitución y ... Op. cit.*, pp. 59-103.

⁸ Ha de señalarse que existe en este punto una falta de concordancia entre el art. 6 CEDH y el art. 24 CE: mientras que el primero incluye el derecho a una audiencia por un tribunal independiente e imparcial como parte del derecho a un juicio justo, el art. 24 CE no recoge expresamente este derecho. De todos modos el TC ha considerado que el derecho a un tribunal independiente e imparcial queda comprendido en el proceso con todas las garantías y está íntimamente ligado al derecho a un juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE). Ver STC 145/1988, de 12 de julio.

Desde esta perspectiva el TEDH ha tomado posición sobre la presencia de funcionarios en el seno de los tribunales considerando que en sí misma esta presencia no supone una vulneración del art. 6.1 CEDH (STEDH *Ringeisen c. Austria*, Sentencia de 16 de julio de 1971, párrafos 95-97); para que ésta se produzca ha de darse una relación de subordinación de funciones y de servicios con relación a una de las partes, esto es, ha de existir una subordinación jerárquica de estos funcionarios con respecto a quien les nombró. Si así ocurriera «los justiciables pueden legítimamente dudar de la independencia de esta persona». Esta situación «quiebra gravemente también la confianza que los tribunales han de inspirar en una sociedad democrática» (asunto *Sramek*, Sentencia de 22 de octubre de 1984, párrafos 41-42). Pero este juicio no puede realizarse en abstracto⁹.

La Comisión Europea de Derechos Humanos tuvo ocasión de aplicar estos criterios a la Jurisdicción militar española. La queja sobre la falta de independencia de los tribunales militares fue formulada por J.A. Escalada Fernández y M. Blázquez Solís, quienes, tras abandonar las unidades donde realizaban su servicio militar aprovechando un permiso, fueron condenados por un delito de desertión por el Tribunal Militar Territorial de Cartagena. En el curso del procedimiento interpusieron diversos recursos alegando en todos ellos que los tribunales militares no reúnen las condiciones de independencia e imparcialidad suficientes¹⁰.

Los recurrentes alegaron ante la Comisión EDH que los tribunales militares españoles carecen de independencia porque los miembros militares de estos tribunales son funcionarios del Ministerio de Defensa y están sujetos a la influencia de sus superiores¹¹. La Comisión recuerda los criterios establecidos por el TEDH en su Sentencia *Campbell y Fell*, que pasa

⁹ Ver, SSTEDH *Incal* (9 de septiembre de 1998, párrafo 65), *Çiraklar* (28 de octubre de 1998, párrafos 61 y ss.), *Gerger* (8 de julio de 1999, párrafo 61) y *Altay*, (21 de mayo de 2001, párrafos 72-75), todas ellas contra Turquía, en las que examina el estatuto de los jueces militares que componen los Tribunales de Seguridad del Estado. Tras indicar que estos Tribunales ofrecen ciertas notas a favor de la afirmación de su independencia e imparcialidad, el TEDH señala que, pese a todo, hay elementos en el estatuto de los jueces que las limitan, como el hecho que estos jueces pertenezcan al ejército, que depende en todo del poder ejecutivo, y que estén sujetos a la disciplina militar y que su designación y nominación requieran la intervención de la Administración y del Ejército.

¹⁰ Ver, L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, «Algunas reflexiones sobre la situación jurídica del soldado», en *La función...* *Op.cit.*, pp. 201-233 (en particular, pp. 213-214).

¹¹ Una posición que coincide con ciertas posiciones doctrinales. Ver, J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, Madrid: Colex, 1991, pp. 60-61; J.M. SERRANO ALBERCA, «Art. 117», en F. GARRIDO FALLA *et al.*, *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas, 1985, pág. 1630.

a examinar para este asunto en concreto. En primer lugar, señala que la exigencia de independencia no supone necesariamente que el juez deba ser nombrado indefinidamente (*qu'il soit nommé à vie*) o que sea inamovible según la ley, es decir, que no pueda recibir un nuevo destino sin su consentimiento. Lo que resulta esencial desde el punto de vista del respeto al principio de independencia es que el juez no esté sometido, en el ejercicio de sus funciones judiciales, a ninguna autoridad.

Para la Comisión los miembros militares de los tribunales españoles están sujetos a un régimen estricto de incompatibilidades y la responsabilidad derivada del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales no puede exigirse más que ante el Tribunal Militar Central y el Consejo General de la Magistratura. De este modo, aunque los jueces militares están sujetos a la autoridad de su superior jerárquico en sus destinos, cuando actúan como miembros de un tribunal militar no tienen obligación de informar sobre el modo en que administran justicia a autoridad alguna. En atención a todo lo dicho la Comisión desestima la demanda (Decisión de la CEDH de 6 de septiembre de 1995)¹².

C) EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Debe indicarse que esta misma queja –falta de independencia de los tribunales militares españoles– había sido desestimada previamente por el Tribunal Constitucional mediante su Sentencia 204/1994, de 11 de julio¹³. En la misma el TC rechaza el argumento ofrecido por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado para inadmitir el recurso de amparo que interpusieron J.A.Escalada Fernández y M. Blázquez Solís. Tal argumento con-

¹² La queja sobre la falta de independencia de los tribunales militares españoles también fue formulada por M.A. Gómez Mariño. Pero la Comisión inadmitió esta queja por falta de agotamiento de los recursos internos (arts. 26 y 27.3 CEDH) puesto que el recurrente no la había formulado ante el Tribunal Constitucional con motivo de la interposición del recurso de amparo (Decisión CEDH de 27 de noviembre de 1996).

¹³ Un examen de la sentencia, en R. CANOSA USERA, «A propósito de la independencia del juez militar (Comentario a la STC 204/1994 de 11 de julio)», *Poder Judicial*, núm. 34, 1994. Con carácter algo más general, ver, P.A. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLAN, «Reflexiones sobre el estatuto jurídico del Juez togado. Independencia, autogobierno y presencia del ejecutivo en la jurisdicción militar», *Justicia*, núm. 1, 1997, pp. 211-224. Previamente a la publicación de esta sentencia, J.M. RAMÍREZ SINEIRO, «La estructura orgánica de la Jurisdicción militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, pp. 151-167.

siste en afirmar que los recurrentes han formulado «una impugnación «abstracta» de la legislación relativa a la jurisdicción militar, sin traducción o consecuencia concreta alguna en la actuación del Juez Togado», de tal modo que «no habría, así, una violación del derecho fundamental imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial». Frente a este argumento el Tribunal sostiene que

«los derechos al Juez ordinario y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E), en la medida en que se proyectan sobre un determinado status de los Jueces y Tribunales, y sin prejuzgar en este momento cuál sea éste desde la perspectiva del art. 24 C.E., confieren un derecho fundamental a que la propia causa, por emplear la dicción del art. 6.1 C.E.D.H., sea oída por un tribunal independiente e imparcial, independencia e imparcialidad que no requieren, para entenderse vulneradas, la producción de una resolución positivamente parcial o positivamente carente de independencia. Es suficiente, por el contrario, que el status jurídico del juzgador no reúna las condiciones que, en sí mismo y como tal status, vienen exigidas por el art. 24.2 C.E., para que pueda entenderse producida una vulneración actual, inmediata y directa del derecho fundamental, sin que sea en absoluto preciso, insistimos, que las señaladas deficiencias se hayan efectivamente traducido en una resolución judicial no independiente» (FJ 2)¹⁴.

Acto seguido el TC pasa a analizar el estatuto del Juez Togado Militar, su independencia e inamovilidad. Parte para ello del examen de la L.O. 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, examinando en concreto los artículos 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9 y 118, para concluir que «la L.O. 4/1987, (...) proclama inequívocamente el carácter independiente e inamovible de los Jueces Togados Militares, como parte que son de la jurisdicción militar, incorporando, como se ha visto, específicas

¹⁴ Y añade «este planteamiento viene a coincidir con las apreciaciones del T.E.D.H. en las que subraya la importancia del régimen normativo, más allá de su aplicación en los supuestos concretos, incluso cuando dicha aplicación es más respetuosa del derecho de la persona que la propia norma: «A pesar de que es frecuente apoyarse más en la realidad que en las apariencias y en la literalidad de los preceptos a la hora de pronunciarse sobre las violaciones de los derechos protegidos por el Convenio..., sin embargo, las exigencias establecidas «por la ley» revelan una especial importancia cuando se trata de definir la autoridad judicial, teniendo en cuenta la confianza que ésta ha de inspirar a los encausados en una sociedad democrática» (Sentencia del T.E.D.H. de 22 de mayo de 1984, caso Duinhof y Duijf, fundamente 34)».

garantías al respecto» (FJ 7). A través de la consideración de estos artículos legales el TC da respuesta a la lógica de la demanda de amparo que, según se ha expuesto, contiene afirmaciones de principio acerca de la falta de independencia del Juez Togado.

De todos modos el TC responde con detalle a las alegaciones de los recurrentes. Así, se detiene en examinar la procedencia del Juez Togado Militar del Cuerpo Jurídico Militar, es decir, su no pertenencia al «Cuerpo único» de Jueces y Magistrados de carrera previsto en el art. 122.1 C.E. Considera el TC que esta circunstancia no vulnera el art. 24.2 C.E:

«El principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el status que les otorgue la ley en el desempeño de las mismas» (FJ 8).

También examina el sometimiento del Juez Togado Militar a una específica disciplina militar, en tanto que militares y cuando no actúen en el ejercicio de sus cargos (art. 122 L.O. 4/1987 y 32 L.O. 12/1985, reguladora del régimen disciplinario de las fuerzas armadas). Así lo hace porque los recurrentes alegan «que el sometimiento a esta disciplina militar, aun cuando queden excluidos de la misma los supuestos en que se actúe en ejercicio de la función jurisdiccional, es incompatible con el principio de independencia judicial, señalando la variedad de los casos en los que se puede incurrir en infracción de la disciplina militar».

El Tribunal rechaza este argumento. Tras reconocer que «ciertamente, los Jueces y Vocales Togados integrantes de la jurisdicción militar se encuentran sometidos a las normas de conducta de la organización militar», señala que tal sometimiento se limita a «los supuestos en los que no actúen en el ejercicio de sus funciones judiciales». En tanto que miembros del cuerpo jurídico militar que desempeñan funciones judiciales los Jueces Togados Militares están sujetos a un régimen de responsabilidad disciplinaria que «solamente puede ser exigida por la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, cuando se trate de faltas leves o graves, y por el Consejo General del Poder Judicial si la sanción a imponer comporta el apartamiento temporal o definitivo del destino o de la propia función judicial (art. 138 L.O. 4/1987)». Lo anterior lleva al TC a sostener que

«el Juez Togado Militar es, con arreglo a su configuración estatutaria, independiente en el ejercicio de sus funciones, no estando sometido a instrucciones del poder ejecutivo, y sin que esta afirmación,

siempre desde la perspectiva del art. 24 C.E., deba verse desvirtuada por la existencia de un específico régimen disciplinario que pueda serle aplicable, con específicas garantías, en su condición de militar» (FJ 9).

Por fin, se refiere a la inamovilidad del Juez Togado Militar (FJ 10). Los demandantes de amparo alegaban que éstos «tampoco tienen inamovilidad comparable (a la de los jueces pertenecientes a la Jurisdicción ordinaria), pues el Ministerio de Defensa conserva dispositivos a su alcance para hacerla ineficaz que si se pusiesen en manos del Ministerio de Justicia respecto de los jueces civiles nadie dudaría que representaría un ataque a la independencia judicial del poder ejecutivo».

Para el TC «tampoco esta alegación puede ser aceptada. Al igual que en el supuesto anterior, el argumento parte de una premisa errónea, cual es la de que el art. 24 C.E. no tolera otro estatuto jurídico relativo a la inamovilidad que no sea el que corresponde («comparable») a los Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria». Según el TC «inamovilidad significa, con arreglo a su acepción general, que, nombrado o designado un Juez o Magistrado conforme a su estatuto legal no puede ser removido del cargo sino en virtud de causas razonables tasadas o limitadas y previamente determinadas» (art. 117.2 C.E).

Estas causas están tasadas por la L.O. 4/1987, siendo una de ellas un ascenso en el empleo militar que pueda implicar un cambio de destino. A la alegación de que «la discrecionalidad de los ascensos es mayor en el caso de los militares» que en el de los jueces ordinarios, el TC responde que «la eventualidad de un ascenso motivado o con el propósito de apartar a un Juez Togado de la instrucción de una determinada causa sería (...) consecuencia únicamente de una aplicación desviada de la norma, que sin embargo no se ha denunciado como producida en el presente caso».

Por medio de estas sentencias –la analizada STC 204/1994 y la STC 113/1995, de 6 de julio, cuyo FJ 7 ratifica la anterior¹⁵– queda refrendada en todos sus aspectos la independencia de los Tribunales militares y su acomodación en este punto a las exigencias del art. 24.2 CE. Por lo demás, como se ha examinado, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha ratificado que esta composición de los tribunales militares españoles se

¹⁵ STC 113/1995, de 6 de julio, dictada por el Pleno en respuesta a las cuestiones de constitucionalidad acumuladas núm. 1650/1989, 2049/1989, 2117/1989 y 2224/1989 que plantean la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 518 y 453, apartado tercero, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en relación con el artículo 53.2 de la Constitución.

adecua también a los criterios exigidos por el TEDH en su determinación del principio de independencia de los jueces y tribunales (art. 6.1 CEDH). Para hacerlo la Comisión ha valorado la adecuación del derecho español a la CEDH, tomando en cuenta para ello de forma muy importante la jurisprudencia del TC. Esta postura se corresponde con el principio de autonomía de los Estados parte para dar cumplimiento a las obligaciones del CEDH que, como se ha estudiado, se concretan en la doble afirmación de que la organización jurisdiccional corresponde a las autoridades nacionales y de que la aplicación e interpretación de las normas que reglamentan tal organización corresponde a los jueces del Estado, de tal modo que el TEDH no procederá en principio a valorarlas.

III. TRIBUNALES MILITARES ESPAÑÓLES Y DERECHO A UN TRIBUNAL IMPARCIAL

A) LA DOCTRINA DEL TEDH SOBRE EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DE JUECES Y TRIBUNALES Y SU RECEPCIÓN POR EL TC

Ya se ha dicho que el TC ha afirmado que el principio de imparcialidad está implícito en los principios de independencia y sumisión exclusiva a la Ley.

«Entre las garantías que impone la Constitución «figura la prevista en el art. 24.2 que reconoce a todos el derecho a «un juicio público... con todas las garantías», garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución» (STC 145/1988, 12 de julio, FJ 5)¹⁶.

¹⁶ Más recientemente la STC 39/2004, de 22 de marzo, FJ 3, reafirma esta posición, con un reconocimiento expreso de la influencia del CEDH y la jurisprudencia dictada por el TEDH al efecto: «Este Tribunal ha reiterado que la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (en adelante CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3), con una especial trascendencia en el ámbito penal (STC 52/2001, de 26 de febrero, FJ 3). El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al

Esta afirmación del TC es reflejo de la aceptación de la doctrina del TEDH sobre este derecho, pues también han sido recogidos en la jurisprudencia del TC los elementos principales del principio de imparcialidad de jueces y tribunales señalados por el Tribunal de Estrasburgo, a saber: 1) la imparcialidad judicial tiene dos dimensiones: una subjetiva, que está vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal respecto de un caso concreto, debiéndose presumir esta imparcialidad mientras no se demuestre lo contrario; otra objetiva, referida a las garantías –orgánicas y funcionales– que debe ofrecer el órgano encargado de juzgar; 2) las apariencias son importantes para valorar si el juez es imparcial; 3) la respuesta judicial sobre la quiebra de la imparcialidad del juez no puede darse mediante un juicio abstracto sino que requiere de un enjuiciamiento concreto cuyos resultados variarán según las circunstancias de la causa¹⁷. Estas ideas, como se ha adelantado, han sido atendidas por el TC desde su Sentencia 145/1988, de 12 de julio¹⁸.

En lógica con la anterior recepción de las ideas fuerza que según la doctrina del TEDH conforman el principio de imparcialidad del juez, el TC ha tomado en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo para valorar si se produce la quiebra de imparcialidad (y, por tanto, una violación del art. 24.2 CE) en relación a diversas actividades procesa-

acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquéllas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi* (por todas, SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 14.a; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2; y 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3; así como SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso *Piersack c. Bélgica*, § 30; de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber c. Bélgica*, § 24; y, entre las más recientes, de 25 de julio de 2002, caso *Perote Pellón c. España*, § 43; y de 17 de junio de 2003, caso *Pescador Valero c. España*, § 21)». En la STC 320/1993, de 8 de noviembre (ponente: V. Gimeno), sin embargo, se omite toda referencia al CEDH (FJ 2).

¹⁷ Ver, R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad judicial y derecho al Juez imparcial*, Pamplona: Aranzadi / Thomson, 2003, pp. 186 y ss. Del mismo autor, «El derecho al juez imparcial: luces y sombras en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (A propósito de los recursos de amparo contra la STS núm. 2/1998, causa especial núm. 2530/1995, recaída en el “Caso Marey”». Especial tratamiento de la STC 96/2001, de 17 de marzo, “*Vera c. Sala Segunda del TS*”», *RATC*, T. I, 2001, pp. 1987-2024. Ver, también, J. GARCÍA ROCA; J.M. VIDAL ZAPATERO, «El derecho a un tribunal independiente e imparcial», en J. GARCÍA ROCA; P. SANTOLAYA (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 327-365.

¹⁸ Para un comentario a este Sentencia, ver, V. GIMENO SENDRA, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 1, 1989, pp. 47-64; F. LORENTE HURTADO, «Apuntes críticos sobre la sentencia constitucional número 145/1988, de 12 de julio (De la abstención del Juez Instructor)», *Poder Judicial*, n.º 11, 1988, pp. 89-94.

les. Las concretas actuaciones procesales en las que ha existido dudas sobre su constitucionalidad han sido recordadas por el Tribunal Constitucional en su ATC 232/2003, de 7 de julio, FJ 2, y con posterioridad, en la STC 39/2004, de 22 de marzo, FJ 4. Estas son: 1) incompatibilidad entre las funciones de fallo y las de previa acusación o de auxilio a la acusación; 2) incompatibilidad entre las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento; y 3) incompatibilidad para revisar el fallo en segunda instancia el Juez que lo ha dictado en la primera cuando, en un pleito anterior, el Tribunal se ha pronunciado sobre los hechos debatidos.

B) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DE JUECES Y TRIBUNALES A LA JURISDICCIÓN MILITAR

Estas circunstancias pueden darse con frecuencia en la Jurisdicción militar debido a la movilidad del cuerpo jurídico militar y a su reducida plantilla. En efecto este hecho es causa de la falta de permanencia en sus puestos de los Jueces militares y de que en el curso de su carrera profesional desempeñen durante períodos distintos o consecutivos el cargo de asesor, de fiscal o de juez. En consecuencia, puede ocurrir que una infracción sea valorada en más de una oportunidad por un mismo funcionario e incluso que la primera valoración sea realizada en un procedimiento administrativo sancionador, previo al proceso penal militar o al procedimiento judicial militar no penal; puede darse el caso, por lo tanto, de que un juez resuelva un pleito que ya ha conocido en otra condición con anterioridad¹⁹. De ser así, ¿se produce la merma de la imparcialidad del juez?

Ante el TEDH se han planteado diversas demandas individuales sobre esta cuestión. Dos de ellas han dado origen a sendas sentencias condenatorias de España: *Castillo Algar* (Sentencia de 28 de agosto de 1998) y *Perote Pellón* (25 de julio de 2002)²⁰.

¹⁹ J.M. RAMÍREZ SINEIRO, *La estructura...* *Op.cit.*, pp. 151-167.

²⁰ El TEDH ha dictado una tercera sentencia condenando a España por vulneración del principio de imparcialidad de los tribunales y jueces. Se trata de la Sentencia de 17 de julio de 2003 (asunto *Pescador Valero*) en la que el TEDH consideró que formaba parte del Tribunal juzgador un Magistrado con intereses ligados a una de las partes en litigio. En concreto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo que debía resolver un recurso contra una decisión de la Universidad de Castilla La Mancha por despido improcedente se componía, entre otros, de un Magistrado que era, a su vez, profesor asociado de la citada Universidad. Existe pues una diferencia importante respecto de los asuntos *Castillo Algar* y *Perote Pellón* relativos a la quiebra de la imparcialidad del juez por haber realizado éste determi-

En el primer caso, dos de los Magistrados que componían la Sala del Tribunal Militar Central que dictó la Sentencia condenatoria del Sr. Castillo Algar habían formado parte de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo que previamente había confirmado el auto de procesamiento. El TEDH consideró que los términos empleados por la Sala —«hay indicios suficientes para concluir que se ha cometido un delito (económico) militar»— «podían fácilmente llevar a pensar que harían finalmente suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo en su resolución de 20 de enero de 1992» (párrafo 48)²¹.

En el segundo asunto, dos de los miembros del Tribunal que condenó al Sr. Perote Pellón por un delito militar de apropiación de secretos o de informaciones relativas a la seguridad o a la defensa nacional habían intervenido en numerosos actos de instrucción y, sobre todo, en la prórroga de la prisión preventiva y el rechazo del subsiguiente recurso de súplica en atención a «la gravedad de los hechos cometidos» y a los «sólidos» y razonables indicios de culpabilidad del demandante (que fue condenado) (párrafo 50).

En ambas sentencias el elemento determinante para entender que se ha producido la merma del principio de imparcialidad no es tanto que el juez haya participado en actos procesales anteriores cuanto que con ocasión de los mismos haya expresado alguna apreciación sobre la culpabilidad del ahora demandante.

Esta lectura de las sentencias *Castillo Algar* y *Perote Pellón* queda confirmada por las decisiones de admisibilidad dictadas en respuesta a la demanda formulada por don Andrés Cabezas Rectoret, coronel de ingenieros, condenado por delito contra la Hacienda militar (art. 191 CPM) quien, tras ser informado de la composición del tribunal militar que debía conocer sobre el fondo del asunto, solicitó la recusación de dos jueces que habían formado parte de la Sala que rechazó la declinatoria que él mismo había formulado en favor de la Jurisdicción penal.

En su Decisión de 5 de abril de 2005 (4.^a Sección) el TEDH recuerda su distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva, considera que esta última no ha sido puesta en entredicho por el recurrente y examina la eventual quiebra de la imparcialidad objetiva. Según su parecer el juez objeto de recusa-

nadas actividades procesales. Un estudio doctrinal de esta jurisprudencia en; L. RODRÍGUEZ RAMOS, «La imparcialidad judicial objetiva. Comentario a la STEDH de 28 de octubre de 1998 “Caso Castillo Algar contra España”», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 376, 1999, pp. 1-6; L. RODRÍGUEZ SOL, «La imparcialidad objetiva de los tribunales antes y después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 28 de octubre de 1998 (Caso Castillo Algar vs. España)», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2000, pp. 95-124.

²¹ Aplicando su doctrina fijada en el asunto *Obershlick c. Austria* (23 de mayo de 1991).

ción decidió sobre la competencia militar del asunto sin entrometerse en absoluto en el conocimiento del fondo del mismo. Es decir, la decisión del Tribunal Militar Central, a diferencia de cuanto ocurrió en los asuntos *Castillo Algar* y *Perote Pellón*, no incluye ninguna apreciación sobre la culpabilidad del demandante, de ahí que el TEDH considerara que no se produjo la alegada vulneración del art. 6.1 CEDH. También fue este el razonamiento seguido por el TEDH para desestimar la demanda interpuesta por Gabriel Hernández Cairós, subteniente acusado de abuso de autoridad sobre la persona de un soldado (Decisión de 17 de febrero de 2004 (Sección 4.^a). Según el Sr. Hernández dos magistrados miembros del Tribunal Militar Territorial núm. 2, que se pronunció sobre el fondo del asunto y le condenó, fueron parte de la Sala que rechazó la apelación que interpuso contra la orden de acusación. El TEDH señala que el simple hecho de que un juez haya adoptado decisiones anteriores durante el proceso no puede justificar dudas sobre su imparcialidad. Y añade que, a diferencia del asunto *Castillo Algar*, el Tribunal Militar Territorial que confirmó la orden de acusación no efectuó ninguna apreciación sobre la culpabilidad del demandante, limitándose a adoptar una decisión muy sumaria tendente a constatar que se reunían las condiciones formales para proceder a su inculpación²².

Con motivo de la demanda interpuesta por Gonzalo Méndez Gutiérrez y José Ramón Pindado Martínez, sargento y comandante, respectivamente, de la Guardia Civil destinados en la Unidad Central de Investigación Anti-droga (UCIFA), que fueron condenados por un delito de atentado contra la salud pública (Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de octu-

²² La decisión *Garrido Guerrero*, de la Sección Cuarta del TEDH, de 2 de marzo de 2000, que hubo de analizar una situación fáctica idéntica a la que presenta el asunto *Cabezas Rectoret* –frustrada recusación de dos magistrados de la Sala del TMT que habían previamente sido miembros de la Sala que desestimó el recurso de apelación contra la orden de acusación– introdujo estos argumentos por primera vez: «La Cour constate que, dans sa décision du 21 mars 1994, la chambre du Tribunal militaire central dans laquelle siègeait, comme simple juge, D.R.G., certes fit siens les termes de l’ordonnance d’inculpation entreprise du 17 novembre 1993. Toutefois, et à la différence de l’affaire *Castillo Algar* précitée, où «les termes employés par la chambre du tribunal militaire central qui statua sur l’appel de l’auto de procesamiento (...) pouvaient facilement donner à penser qu’elle faisait finalement sien le point de vue adopté par le Tribunal suprême (...), selon lequel il existait des indices suffisants permettant de conclure qu’un délit militaire avait été commis» (§ 48), dans la présente affaire, la juridiction d’appel prit bien soin de préciser les limites de l’acte d’inculpation, son caractère de décision formelle et provisoire, ne préjugant en rien l’issue du litige ni quant à la qualification des faits reprochés ni quant à la culpabilité de l’inculpé». En este caso el TEDH señala otro elemento diferenciador con respecto al asunto *Castillo Algar*: los dos magistrados cuya imparcialidad se ha puesto en entredicho han actuado en la Sala que determinó la culpabilidad del recurrente como simples magistrados, cuando en el asunto *Castillo Algar* fueron presidente y juez ponente.

bre de 1997, confirmada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 11 de enero de 1999), el TEDH se planteó una cuestión distinta. Pero la consideración de la decisión de inadmisibilidad del TEDH (Cuarta Sección), de fecha 5 de marzo de 2002, es de interés porque confirma, a partir de otros hechos y desde una perspectiva distinta, la doctrina expuesta.

Los demandantes alegaron, entre otros motivos, vulneración del principio de imparcialidad del juez. En concreto esta queja obedece a que el Juez titular del Juzgado de instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional había sido superior de uno de los encausados, de forma que éstos mantuvieron durante una época un contacto profesional frecuente. Esta alegación había sido rechazada por el Tribunal Supremo con el argumento de que tales contactos profesionales se refirieron a hechos y operaciones distintas a la que es objeto del presente proceso. El TEDH se muestra sensible a este argumento y considera que la mera existencia de una anterior relación profesional, que no guarda relación en los hechos con la actual, no ha de suponer que el juez pierda su imparcialidad, máxime cuando el recurrente no trata de demostrar la existencia de un vínculo entre una y otra operaciones policiales y cuando la queja se refiere únicamente al Juez de instrucción, sin predicarse de los miembros de los tribunales que decidieron sobre el fondo del asunto y que decidieron su condena²³.

C) IDENTIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CUESTIÓN PROBLEMÁTICA. LA SOLUCIÓN LEGISLATIVA

Pues bien, el TC comparte con el TEDH que lo determinante en los casos de eventual quiebra del principio de imparcialidad del juez es verificar si se ha producido «la emisión anticipada de un veredicto de culpa-

²³ Ver, también, la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 6 de septiembre de 1995, as to *Escalada Fernández y Blázquez Solís*, ya estudiada. Para examinar la queja sobre la falta de imparcialidad de los tribunales militares españoles la Comisión parte una vez más de la distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva, que examina por separado. Con relación a la subjetiva indica que los demandantes no han señalado en qué modo los tribunales militares vulneran esta obligación de imparcialidad, recordando que esta imparcialidad ha de presumirse en tanto no exista prueba en contrario, lo que no se aporta en este caso. Por lo que se refiere a la imparcialidad objetiva la Comisión constata que la queja de los demandantes se refiere al hecho de que las sanciones que les han sido impuestas fueron relativamente severas. Así las cosas la Comisión señala que este extremo fue objeto de análisis por el Tribunal Supremo, de cuya imparcialidad no se ha dudado. Los asuntos *Gómez Mariño*, *Cervero Carrillo* y *Plazuelo Caballero* –decisiones de 27 de noviembre de 1996, 17 de mayo de 2001, 17 de julio de 2001, respectivamente, que planteaban idéntica alegación– fueron inadmitidos por falta de agotamiento de los recursos internos (art. 35. 4 CEDH).

bilidad, o de un juicio de imputación»; sólo esta circunstancia convertiría en fundada la duda acerca de la imparcialidad del Juzgador. En el ATC 81/2003, de 10 de marzo, el TC aplica esta doctrina a una queja sobre la quiebra del derecho al juez imparcial formulada en el ámbito de la Jurisdicción militar. El recurrente aducía que el mero contacto con el material instructorio de quien luego había de pronunciarse sobre la inocencia o culpabilidad del acusado suponía la parcialidad del juzgador. A lo anterior el TC responde, con cita de su STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 14.a):

«Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 145/1988, de 12 de julio; 11/1989, de 24 de enero; 151/1991, de 8 de julio; 113/1992, de 14 de septiembre; 119/1993, de 19 de abril; 299/1994, de 14 de noviembre; 60/1995, de 16 de marzo; 142/1997, de 15 de septiembre; y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; y SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber; de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt; 16 de diciembre de 1992, caso Saint-Marie; de 24 de febrero de 1993, caso Fey; de 26 de febrero de 1993, caso Padovani; de 22 de abril de 1994, caso Saraiva de Carvalho; de 22 de febrero de 1996, caso Bulut; de 20 de mayo de 1998, caso Gaurin y otros; y de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar)».

Es claro, por consiguiente, que no puede entenderse que la imparcialidad del juez penal militar esté comprometida simplemente por el

desempeño de funciones instructoras o de cualquier tipo durante una fase previa del proceso, siendo necesario que en el desempeño de las indicadas funciones haya realizado una valoración o juicio sobre los hechos.

Ahora bien esta doctrina judicial –que circunscribe ciertamente las posibilidades de contaminación del juez– no evita la posibilidad de que se produzca la circunstancia que daría lugar a la quiebra de la imparcialidad del juez. Ya se ha señalado que la organización y funcionamiento de la Jurisdicción militar, caracterizada por la movilidad de los miembros del cuerpo jurídico militar, «condiciona de manera inevitable la necesidad de que al menos uno de los vocales que han intervenido en alguna actuación procesal previa –recursos contra el auto de procesamiento o adopción de medidas cautelares– deba formar sala en la vista oral que ha de conocer el fondo del asunto»²⁴. Y puede ocurrir que en tal circunstancia el juez se pronuncie, como ocurrió en los asuntos *Castillo Algar* y *Perote Pellón*, en unos términos que denoten alguna apreciación sobre la culpabilidad del enjuiciado.

La aprobación de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 julio, de reforma de la Ley 4/1987 sobre Competencia y organización de la jurisdicción militar (*BOE* núm. 169, de 16 de julio de 2003), procede a reformar la estructura orgánica de la Jurisdicción militar con el objetivo de evitar esta posibilidad. Mediante esta Ley, como se expone en su preámbulo, se modifica «la composición numérica de los Tribunales Militares cuando se trate de celebrar juicio oral y dictar sentencia en procedimientos por delito y en los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar, de modo que la correspondiente sala se constituya por el Auditor Presidente o quien le sustituya, un Vocal Togado y un Vocal Militar, es decir, por tres miembros en lugar de los cinco actuales, con el fin de que puedan ser distintos de los componentes de la Sala que, en su caso, haya adoptado resoluciones interlocutorias o previas en el mismo procedimiento, de acuerdo con el turno que al efecto establezca el propio tribunal». De esta manera –añade el preámbulo– el funcionamiento de la jurisdicción militar se adecua plenamente a la doctrina sobre la imparcialidad objetiva de un tribunal establecida por el TEDH en sus Sentencias de 28 de octubre de 1998 (asunto *Castillo Algar*) y 25 de julio de 2002 (asunto *Perote Pellón*); doctrina –añadimos nosotros– que es compartida por el Tribunal Constitucional.

²⁴ J. M. RAMÍREZ SINEIRO, «La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del TEDH», *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, pp. 151-167.

IV. EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS Y DERECHOS PERSONALES EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES: LOS DERECHOS A LA PRUEBA Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el cuarto bloque de asuntos planteados ante el TEDH algunas demandas se refieren al respeto de las garantías del debido proceso. Ha de decirse que al tratar estas quejas el TEDH no ha entrado, con la excepción del asunto *Puig Panella*, a considerar el fondo del asunto y a realizar un examen de la legislación sobre la Jurisdicción militar y de la acción llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales militares españoles. Los motivos, como tendrá ocasión de comprobarse, son diversos.

Conviene mencionar, en primer lugar, los asuntos *Gómez Mariño* (Decisión de la CEDH, de 27 de noviembre de 1996) y *Méndez Gutiérrez* (Decisión de la Sección 4.^a del TEDH, de 5 de marzo de 2002), que contienen una queja relativa al derecho a la prueba. En ambos casos los órganos de Estrasburgo señalaron, sobre la base de su jurisprudencia anterior, que no están llamados a sustituir la valoración de los hechos y de las pruebas realizadas por los tribunales internos, a quienes corresponde en primera instancia esta función. Ello no obstante la Comisión y el TEDH consideraron si los tribunales españoles habían razonado y motivado su decisión de no admitir una determinada prueba, concluyendo en ambos casos que fue así.

En este mismo orden de ideas ha de hacerse referencia, en segundo lugar, a la Decisión de la Sección 4.^a del TEDH, de fecha 17 de febrero de 2004, que inadmitió la demanda interpuesta por G. Hernández Cairós. Entre otros motivos de queja, el recurrente alega violación del derecho a la presunción de inocencia por cuanto, según su parecer, los tribunales militares españoles no realizaron una adecuada valoración de la prueba. El TEDH desestimó esta queja tras constatar que los tribunales internos decidieron con base exclusivamente en los medios de prueba practicados, que fueron debidamente debatidos en el curso del proceso. La condena del recurrente fue resultado de la valoración de un conjunto de elementos probatorios examinados en el respeto de los principios de contradicción y publicidad.

La quiebra del principio de presunción de inocencia también fue objeto de examen en el asunto *Puig Panella*. Tras el asalto al cuartel de Berga, M. Puig Panella fue detenido, junto a otras personas, por la autoridad judicial militar. Con posterioridad se celebró un consejo de guerra que le condenó por robo y uso ilegal de vehículos, y detención ilegal. Tras diversas vicisitudes procesales el TC estableció que el Sr. Puig Panella fue condenado solamente en base a pruebas que no fueron reproducidas ni sometidas a debate

en el curso del proceso y en consecuencia anuló la sentencia del tribunal militar y la del TS, confirmatoria de la anterior, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) (STC 78/1988, de 27 de abril).

Con posterioridad el Sr. Puig Panella solicitó al Ministerio de Justicia una indemnización por daños y perjuicios, que no le fue concedida a pesar de haber sido declarado inocente. El Ministerio de Justicia, en una decisión que fue confirmada por los tribunales de lo Contencioso-Administrativo, desestimó su petición de indemnización razonando que no existía una ausencia de certeza total sobre la inocencia del acusado. Este elemento diferencia en opinión del TEDH el asunto *Puig Panella* de otros en los que ha considerado que el art. 6.2 CEDH no contiene una cláusula que dé al acusado un derecho de reparación. El simple rechazo de una indemnización –señala el Tribunal– no vulnera en sí mismo el derecho a la presunción de inocencia (párrafo 52). Sin embargo, como se ha indicado, concurre en este asunto un elemento singular: el Ministerio de Justicia basó su decisión en la falta de certeza sobre la presunción de inocencia obviando la sentencia en sentido contrario del TC. Por estos motivos el TEDH declara que ha habido una violación del art. 6.2 CEDH.

V. RÉGIMEN DISCIPLINAR Y RESPETO DE LAS GARANTÍAS Y DERECHOS PERSONALES

El régimen sancionador aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil ha sido objeto también de conocimiento por el TEDH. La consideración de las demandas interpuestas sobre el particular permite distinguir aquellas en las que se cuestiona el régimen sancionador aplicable a la Guardia Civil, la mayoría (seis sobre un total de ocho) de aquellas otras en las que la queja se refiere al régimen sancionador aplicable a los militares. El planteamiento de estas cuestiones viene marcada por la posibilidad de arresto, esto es, de la privación de libertad, como medida de sanción²⁵.

A) EL RÉGIMEN SANCIONADOR APLICABLE A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA GUARDIA CIVIL Y LAS GARANTÍAS DEL PROCESO (ART. 6 CEDH)

Procede comenzar el análisis de esta cuestión por las demandas interpuestas por militares. Su consideración resulta más sencilla, dado que en ellas

²⁵ L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, «Algunas consideraciones... *Op. cit.*, pp. 215-219.

no surge la cuestión de cuál es la normativa aplicable (como resultado de la modificación legislativa del régimen disciplinar de la Guardia Civil). Por otra parte en estas demandas se plantea la colisión entre el ejercicio de un determinado derecho y la garantía de la disciplina en las Fuerzas Armadas.

El asunto *Camacho López Escobar* tiene su origen en la sanción impuesta al demandante, Teniente Coronel de Infantería, por las declaraciones realizadas en diversos medios de comunicación sobre el cese de varios agentes del CESID en 1996²⁶. Como afirmó el recurrente en tales declaraciones se trataba de una «depuración o purga que obedecía a los ligámenes (de los afectados) con los escándalos políticos» que en la época afectaban al CESID. El recurrente, que fue objeto de un procedimiento disciplinario que concluyó con la adopción de una medida de arresto de 45 días en una base militar del Ejército, se queja ante el TEDH de vulneración de su derecho a un juicio equitativo y del derecho de acceso al recurso (arts. 6.1 y 13 CEDH).

El Tribunal en su Decisión de 20 de mayo de 2003 recuerda que, de acuerdo con su doctrina, las sanciones disciplinarias persiguen el asegurar el respeto por los miembros de un determinado grupo de las reglas de comportamiento propias del señalado grupo, y afirma que el mantenimiento de la disciplina en los ejércitos es clara expresión de este supuesto. Estas medidas de sanción –añade– no están sujetas al control del TEDH siempre y cuando no causen al afectado un perjuicio tan grande que pueda asimilarse a la «materia penal» en el sentido del art. 6.1 CEDH (párrafo 2.2. *in fine*). Señalado lo anterior el TEDH afirma que no es éste el caso del Sr. Camacho, quien cumplió su arresto en una base militar del Ejército del Aire y no en un establecimiento específico de la misma, pudo desplazarse por el acuartelamiento con entera libertad, vestir el uniforme, recibir visitas, recibir publicaciones, mantener correspondencia, etcétera.²⁷

²⁶ Previamente la Comisión había conocido del asunto *Hernández Sánchez*, Decisión de 4 de septiembre de 1996, que se refiere a la vulneración del derecho a la libertad religiosa del demandante (art. 9 CEDH), soldado del Ejército arrestado por atentado a la dignidad militar e insubordinación por abandonar la formación y no participar en la ceremonia religiosa que formaba parte de los actos de celebración de la festividad de la Virgen de los Desamparados. La Comisión inadmitió la demanda argumentado que no se habían agotado los recursos internos previstos por el derecho español pues el recurso interpuesto por el recurrente ante las autoridades judiciales militares aún no había sido resuelto. Por otra parte desestimó la queja del demandante de que no se habían adoptado por el Tribunal Constitucional las medidas provisionales que había solicitado. La Comisión recuerda que el CEDH no garantiza el derecho de los particulares de beneficiarse de tales medidas.

²⁷ Por lo que se refiere a la queja relativa a la vulneración del derecho a la libertad de expresión el TEDH siguiendo los criterios establecidos por el art. 10.2 CEDH y su propia doctrina, valora si la medida está prevista por la ley, si la medida responde a un objetivo

Esta doctrina también ha sido aplicada por el TEDH cuando ha conocido de asuntos referidos al régimen disciplinario de la Guardia Civil. En efecto, la decisión adoptada con motivo de la demanda formulada por Linde Falero, Guardia Civil que participó en diversos actos sindicales y conferencias de prensa a favor de la democratización de la Guardia Civil y que fue sancionado en aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas que figura en el Código de Justicia Militar, afirma que este asunto no puede comprenderse en el ámbito de la «materia penal» en el sentido del art. 6.1 CEDH (Decisión de 22 de junio de 2000). También este es el caso de la Decisión adoptada en fecha 21 de noviembre de 2000 en el asunto *Cobo Jiménez*, cadete de la Academia de la Guardia Civil destacado como voluntario en Iraq donde adquirió un fusil de asalto que introdujo ilegalmente en España. Con este motivo se abrió un expediente administrativo en el que, según sus afirmaciones, se conculcaron sus derechos a guardar silencio, a no declararse culpable, a solicitar asistencia legal, a la presunción de inocencia,... Tras haber realizado un examen del expediente el TEDH desestimó todas estas quejas, considerando que no se adecuaban a la realidad de los hechos, y concluyó que la demanda estaba mal fundada (art. 35.2 y 4 CEDH).

Ha quedado establecida por lo tanto una doctrina clara respecto de la compatibilidad con el art. 6.1 CEDH de las sanciones de arresto: la importancia de salvaguardar la disciplina permite que los Estados establezcan un régimen sancionador a los miembros de las Fuerzas Armadas especialmente severo, en el que la sanción de arresto pueda adoptarse sin la intervención previa de un tribunal. Esta posibilidad ha de estar prevista por la ley y su aplicación queda sujeta a ciertos límites, siendo uno de ellos que la sanción no cause al afectado un perjuicio tan grande que pueda asimilarse a una sanción penal.

B) LA RESERVA DE ESPAÑA A LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 CEDH

A través de la argumentación anterior los órganos del CEDH han obviado los efectos de la reserva española a los artículos 5 y 6 CEDH. Ello

legítimo y si la medida es necesaria en una sociedad democrática, que plantea el juicio de proporcionalidad. En el presente caso el TEDH recuerda que, según su propia doctrina jurisprudencial, los Estados tienen la posibilidad de limitar el ejercicio de la libertad de expresión de los militares en aras de asegurar la disciplina militar. Y añade que la valoración sobre la proporcionalidad de la medida adoptada en la persona del Sr. Camacho corresponde a los tribunales nacionales, más próximos a la realidad del Estado. Este margen de apreciación no ha sido sobrepasado en este caso dado que tanto el TS como el TC valoraron todas las circunstancias del caso de forma razonada.

es especialmente claro en el asunto *Camacho López Escobar*, en el que, como se recordará, el demandante se dolía de la vulneración de su derecho a un juicio equitativo porque le había sido impuesta, sin intervención judicial, una sanción de 45 días de arresto. Al conocer de este asunto la primera cuestión que se planteó el TEDH fue si el procedimiento sancionador seguido se refiere a una «acusación penal» pues en tal caso no podría ser objeto de consideración por el Tribunal dada la reserva formulada por España en virtud del art. 57 CEDH. El Tribunal considera que la sanción que le ha sido impuesta al recurrente es, según las normas del derecho español, una sanción prevista por la LO 12/1985 sobre el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. En consecuencia la cuestión debatida no está cubierta por el ámbito material de la reserva española, de ahí que el TEDH pueda entrar en su consideración.

Para comprender este razonamiento es importante destacar que el demandante –Linde Falero, pero también Cobo Jiménez y Camacho López Escobar– había solicitado del TEDH que determinara una vulneración del art. 6.1 CEDH. Por lo demás, en todos estos casos el Tribunal de Estrasburgo, tras examinar las circunstancias del asunto, concluye que no se ha producido tal vulneración bien sea porque no se dan las circunstancias de gravedad para que la sanción impuesta pueda asemejarse a una sanción penal, bien porque las quejas formuladas por el recurrente no son ciertas.

Sin embargo, hay dos asuntos en los que el TEDH sí ha tomado en cuenta la reserva española. Así ha ocurrido cuando la queja del recurrente no se refiere al artículo 6 CEDH sino a la privación de libertad como resultado de una medida de sanción disciplinaria (art. 5 CEDH). Se advierte, en fin, un tratamiento distinto entre las quejas que versan sobre una vulneración del derecho a un juicio equitativo (art. 6) y las relativas a la privación de libertad (art. 5). Estas últimas no son consideradas por el TEDH en virtud de la reserva española; las primeras, en cambio, son objeto de examen a pesar de tal reserva. Se entiende que las medidas disciplinarias de sanción –legalmente establecidas, con un grado de severidad que no las hace equiparables a la materia penal– no resultan incompatibles con el régimen establecido en el CEDH, cuyo artículo 6.1 se refiere expresamente a las sanciones penales. Esto determina, por una parte, que no sea precisa la consideración de la reserva y, por otra, que se rechace la queja.

La reserva española a los artículos 5 y 6 CEDH tiene su fundamento en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que estaba regulado por el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, cuando se formuló la misma (1979). Esta legislación planteaba una serie de deficiencias que la hacían incompatible con los derechos a la libertad y a la seguridad per-

sonal y a un proceso equitativo, en concreto, «la duración de las restricciones y privaciones de libertad de la que podían ser objeto los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la práctica ausencia de control judicial sobre tales sanciones, y en relación con la escasez de garantías procesales» en la imposición de las mismas²⁸.

La LO 12/1985, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y la LO 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar modificaron el CJM. La publicación de estas normas tenía como objetivo, además de separar la esfera penal y la disciplinaria «hallar el necesario equilibrio entre la protección de la disciplina, esencial para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, y las garantías individuales recogidas en la Constitución, incorporando a la materia disciplinaria un conjunto de derechos constitucionales de inexcusable observancia, inspirándose para ello en la doctrina que sobre esta materia se contiene en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional» (preámbulo LO 8/1998). Tras realizar esta adaptación España modificó su reserva al CEDH por declaración del Ministerio de Asuntos Exteriores de 24 de septiembre de 1986 (BOE, de 30 de septiembre de 1986, núm. 234). En su redacción actual la reserva española es la siguiente:

España, de conformidad con el artículo 57 del Convenio, se reserva la aplicación de:

1 Los artículos 5 y 6, en la medida en que fueren incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas se contienen en el Título XV del Tratado Segundo y en el Título XXIV del Tratado Tercero del Código de justicia Militar (modificado por la ley orgánica 12/1985).

Breve exposición de las disposiciones citadas:

El Código de justicia Militar prevé que en los casos de faltas leves, el superior jerárquico respectivo, tras la elucidación previa de los hechos, puede infligir directamente sanciones. La sanción de faltas graves se somete a una instrucción de carácter judicial, en la cual el acusado deberá, necesariamente, ser oído. Tales sanciones, así como el poder para imponerlas, están definidas legalmente. En cualquier caso, la persona objeto de una sanción podrá recurrir ante su superior jerárquico inmediato y así sucesivamente hasta el jefe del Estado».

²⁸ M. DÍAZ CREGO, «Anexos», en J. GARCÍA ROCA; P. SANTOLAYA (Coords.), *La Europa... Op.cit.*, pág. 906.

La LO 12/1985 fue modificada por LO 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas²⁹. Entre otros elementos esta ley redujo el límite máximo del período de duración de las sanciones privativas de libertad que pueden ser impuestas a los miembros de las Fuerzas Armadas sin control judicial previo. En materia de procedimientos la Ley regula uno, oral, para sancionar faltas leves, y otro, escrito, para sancionar faltas graves, y, con determinadas especialidades, para imponer sanciones disciplinarias extraordinarias mediante el expediente gubernativo. «En ambos se ha procurado avanzar en el reconocimiento de las garantías y derechos personales, adaptados a las características de cada procedimiento» (preámbulo).

De acuerdo con su art. 3 «están sujetos a lo dispuesto en la presente Ley los militares de carrera y los demás militares que mantienen una relación de servicios profesionales, salvo que, conforme a su legislación específica, pasen a situaciones administrativas en las que dejen de estar sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares»³⁰. En consecuencia, la Comisión y el TEDH examinan el juego de la reserva indicada a los casos en que el demandante es militar, tal como se ha apreciado al considerar la Decisión adoptada en el asunto *Camacho López Escobar*.

C) EL ARRESTO, MEDIDA DE SANCIÓN APLICABLE A LOS MIEMBROS DE LA GUARDIA CIVIL, Y EL DERECHO A LA LIBERTAD (ART. 5 CEDH)

Los supuestos en los que el demandante ante Estrasburgo es Guardia Civil tampoco planteaban inicialmente problema a este respecto. Ciertamente el art. 9 de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que define quienes integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado afirma que «La Guardia Civil, es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden. En

²⁹ Las leyes señaladas son objeto de estudio en S. LÓPEZ VIADERO, «La Guardia Civil en la Ley reguladora del régimen del personal militar profesional, en *La función... Op.cit.*, pp. 485-499. Sobre el tema, J. CHAVARRI ZAPATERO, *Régimen disciplinario militar*, Madrid: Tecnos, D.L. 1986; J. ROJAS CARO, *Derecho disciplinario militar*, Madrid: Tecnos, 1990.

³⁰ Ver, E. MONTULL LAVILLA, «La justicia... *Op.cit.*, pp. 97 y ss.

tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa». Por su parte, el art. 15 de la LO 2/1986 señala que «la Guardia Civil, por su condición de Instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica». En tanto esta normativa no fuera aprobada, la Guardia Civil estaba sujeta al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas³¹.

Pues bien esta es la situación legislativa que estaba vigente cuando el TEDH conoció de los asuntos *Parra Cerezo* (Decisión Comisión EDH de 25 de febrero de 1991) y *Rosa Recuerda* (Decisión Comisión EDH de 2 de diciembre de 1991). En ambos casos los recurrentes expusieron que la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a los miembros de la Guardia Civil carece de todo fundamento jurídico y ha permitido que las autoridades les privaran de libertad sin la decisión previa de un tribunal.

La respuesta de la Comisión consistió en: 1) reconocer que, según la ley española, el régimen disciplinar de las Fuerzas Armadas es de aplicación a la Guardia Civil; 2) constatar que España formuló una reserva de exclusión, según la cual los artículos 5 y 6 CEDH no se aplicarán para España en la medida que sean incompatibles con las disposiciones relativas al régimen disciplinar de las Fuerzas Armadas, 3) concluir que las quejas formuladas en ambos casos se sitúan fuera del ámbito de aplicación del artículo 5 CEDH tal como éste ha sido aceptado por el Gobierno de España. En atención a todo lo dicho, la Comisión EDH inadmitió las dos demandas señaladas por resultar incompatibles *rationae materiae* con las disposiciones de la CEDH (art. 27.2).

La Comisión y el TEDH, en suma, consideraron aplicable la reserva formulada por España y no examinaron las quejas planteadas por miembros de la Guardia Civil por vulneración del art. 5 CEDH como consecuencia de la imposición de una sanción de privación de libertad legalmente prevista en la legislación disciplinaria aplicable.

Sin embargo, el 17 de junio de 1991 se aprobó la LO 11/91, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. La sanción de arresto está contem-

³¹ Ver, J.M. LÓPEZ LIADERO, «La Guardia Civil, cuerpo de naturaleza militar, con un régimen disciplinario específico», en *Constitución y... Op.cit.*, pp. 121-124, donde señala que la falta de desarrollo de esta previsión legislativa ha comportado diversos recursos tanto ante el TS como ante el TC. El autor examina estas sentencias y destaca la STC 194/1989, de 16 de diciembre, en la que el Alto Tribunal afirma que si bien no puede tacharse de inconstitucionalidad la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a los miembros de la Guardia Civil, esta situación resulta transitoria y provoca una indefinición que ha de ser resuelta por el legislador. Asimismo, A. MILLÁN GARRIDO, *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Madrid: Trotta, 1992.

plada en su art. 13³². Ha de decirse que a esta modificación legislativa no siguió la modificación por el Gobierno de los términos de la reserva a los artículos 5 y 6 CEDH³³. En este contexto legal ha de situarse la STEDH *Dacosta Silva*, que declaró la vulneración por España del art. 5 CEDH.

Al Sr. Dacosta Silva, quien se ausentó de su domicilio cuando se hallaba rebajado de servicio por enfermedad, se le impuso en aplicación del referido art. 13, una sanción de 6 días de arresto domiciliario. Entre otros motivos de queja en su demanda ante el TEDH alega vulneración del art. 5 CEDH, según el cual

«Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente».

Según afirma el Sr. Dacosta no se cumplieron en su caso las garantías señaladas en este artículo pues fue privado de su libertad sobre la base de una decisión adoptada por sus superiores jerárquicos en el marco de un procedimiento disciplinario (y no por una sentencia dictada por un tribunal competente).

Tratándose de una eventual vulneración del art. 5 del Convenio el TEDH consideró –como es habitual– si la reserva formulada por España resultaba de aplicación en el presente asunto. El TEDH entiende que no. Para alcanzar esta conclusión examina, en primer lugar, la legislación española y sus modificaciones. Parte para ello de la STC 194/1989, de 6 de enero, que reconoce el carácter provisional de la aplicación a la Guardia Civil del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Esta situación se mantuvo hasta 1991 cuando por LO 11/1991 se establece un régimen disciplinario específico para la Guardia Civil. Es claro, en consecuencia,

³² «1. El arresto de uno a treinta días consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, por el tiempo que dure el mismo, en su domicilio. El sancionado podrá participar en las actividades de la unidad permaneciendo en su domicilio el resto del tiempo. 2. El arresto de un mes y un día a dos meses consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en el correspondiente establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga. El sancionado no participará en las actividades de la unidad durante el tiempo de este arresto. Cuando concurren circunstancias justificadas, y no se causará perjuicio a la disciplina, podrá acordarse el internamiento en otro establecimiento en las mismas condiciones de privación de libertad».

³³ Sobre el tema, ver, J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Potestad disciplinaria...* *Op.cit.*

que los miembros de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil están sujetos a regímenes disciplinarios diferentes.

Realizada esta constatación el TEDH se cuestiona si la reserva formulada por España en 1979 y modificada en 1986 cubre la LO 11/1991, base jurídica del arresto impuesto al Sr. Dacosta. A estos efectos señala que el objeto de la reserva es el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas regido inicialmente por el CJM y luego por la LO 12/1985, que ha sido modificada de nuevo por LO 8/1998. A continuación el TEDH hace constar que España ha notificado al depositario de la CEDH únicamente la aprobación de la LO 12/1985, y no la aprobación de la LO 8/1998 ni de la LO 11/1991. Señalado lo anterior califica como «difícilmente sostenible» la afirmación del Gobierno de que el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas resulte de aplicación a una norma posterior cuyo objeto es precisamente vertebrar un régimen disciplinar distinto al de las Fuerzas Armadas para la Guardia Civil. Por fin, razonando ya sobre la interpretación de la reserva según las reglas de la propia CEDH (art. 57.1) afirma que una reserva sólo puede referirse a una ley en vigor en el Estado parte en cuestión. Y añade que la LO 11/1991 no lo estaba ni en 1979, cuando se formuló la reserva, ni en 1986, cuando se modificó. En este mismo orden de cosas el TEDH señala que el art. 57.2 CEDH exige del Estado reservante que realice una breve exposición de la ley objeto de la reserva. Con ello se pretende –recuerda el Tribunal– «introducir un elemento de prueba y un factor de seguridad jurídica. Se trata de ofrecer a los otros Estados contratantes y a los órganos del Convenio la garantía de que la reserva no va más allá de las disposiciones expresamente descartadas por el Estado en cuestión». En fin, si la reserva se refería al régimen disciplinar de las Fuerzas Armadas y desde 1991 éste ya no es aplicable a la Guardia Civil, no cabe más que concluir que la reserva no puede extenderse a una norma que tiene como finalidad «una segregación del objeto recogido en la reserva» (párrafo 38).

La no aplicación al caso de la reserva conduce al TEDH a examinar si ha habido violación del CEDH. Su respuesta es afirmativa. En efecto, el recurrente fue sancionado a un arresto domiciliario sin intervención previa del juez, lo que resulta en contradicción con el art. 5.1 CEDH. La medida de arresto domiciliario –apostilla el TEDH– ha sido calificada por el Tribunal Constitucional español (STC 14/1999 de 22 de febrero, FJ 2³⁴)

³⁴ J.A. MARTÍNEZ CORRAL, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999 de 22 de febrero (B.O.E. de 17 de marzo de 1999) (Sobre la aplicación al procedimiento disciplinario militar de las garantías procesales previstas en la Constitución)», *Revista General de Derecho*, núm. 675, 2000, pp. 14581-14590.

como auténtica privación de la libertad y no como una mera restricción de la misma.

Apenas dos meses después de la aprobación de la STEDH *Dacosta Silva c. España*, se ha iniciado el proceso de reforma de la LO del Régimen disciplinario de la Guardia Civil. Ciertamente en fecha 15 de enero de 2007 el Consejo de Ministros recibió un Informe del Ministro del Interior sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Uno de los elementos de este texto consiste en la eliminación del arresto como medida de sanción³⁵. Resta señalar que cuando culmine el iter legislativo de esta reforma resultará conveniente que el Gobierno informe al Consejo de Europa de la aprobación y entrada en vigor de la nueva Ley e indique si se modifica o no la reserva a los artículos 5 y 6 CEDH.

CONSIDERACIONES FINALES

El estudio del *case-law* de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativo a la justicia militar española ha permitido advertir cómo muchas de las cuestiones que la doctrina especializada había señalado como problemáticas han revertido en la práctica en conflictos que han llegado a las más altas instancias de protección de los derechos y libertades fundamentales.

En términos generales el TEDH ha desestimado las demandas interpuestas por militares y miembros de la Guardia Civil. Así lo ha hecho cuando la queja venía referida a una decisión judicial adoptada por los tribunales españoles que el demandante entendía causa de la vulneración de su derecho a la prueba (derecho de acceso y a la valoración de la prueba). También cuando la resolución judicial interna ha interpretado las leyes procesales sobre competencia de los tribunales. En tales casos el Tribunal de Estrasburgo ha entendido que los tribunales internos están en mejor disposición para tratar de estas cuestiones. Su análisis ha consistido simplemente en examinar la resolución judicial en cuestión a los efectos de advertir que ésta es una resolución razonada en derecho y que está debidamente motivada. Fue en razón de concurrir esta circunstancia en una resolución adoptada por el Ministerio de Justicia que el TEDH declaró la vulneración por España del derecho a la presunción de inocencia en el asunto *Puig Panella*.

³⁵ En www.iustel.com. De 15 de enero de 2007.

En ocasiones, sin embargo, el TEDH ha debido examinar la adecuación al CEDH de una determinada norma legal. En tales casos el Tribunal ha partido de su doctrina anterior, que ha aplicado en su valoración del asunto. En ocasiones este examen le ha llevado a desestimar la demanda. Son ejemplos de este proceder las afirmaciones siguientes: 1) la CEDH no impone a los Estados una determinada forma de asegurar el cumplimiento de los derechos y libertades recogidas en la misma. Este criterio ha sido utilizado para asentar la adecuación de la existencia en el derecho español de la Jurisdicción militar y, por lo tanto, para considerar los tribunales militares como jueces ordinarios y como tribunales independientes; 2) la garantía de la obediencia y disciplina en el Ejército es causa para que los Estados parte prevean en sus legislaciones medidas disciplinarias especialmente severas, incluido el arresto. Estas medidas –siempre y cuando no resulten especialmente gravosas para el sancionado– no suponen una vulneración del art. 6.1 CEDH, que expresamente se refiere a «acusaciones en materia penal».

Sin embargo, al contrastar la normativa española sobre composición y funcionamiento de los tribunales militares españoles con su asentada doctrina sobre la imparcialidad del juez –la merma del derecho a un juez imparcial no se produce simplemente por el hecho de que éste haya participado en actos procesales anteriores sino porque el juez haya expresado con ocasión de los mismos alguna apreciación sobre la culpabilidad del demandante– el TEDH declaró en los asuntos *Castillo Algar* y *Perote Pellón* la violación por España del art. 6.1 CEDH.

Por fin, la STEDH *Dacosta Silva* expone una contradicción evidente del régimen disciplinar de la Guardia Civil con el art. 5 CEDH: la medida de arresto disciplinario se equipara con la privación de libertad y ésta no puede, según la Convención, adoptarse sin intervención judicial. Es cierto que la reserva formulada por España con relación a este artículo excluía el seguimiento por España de este extremo, así como el conocimiento por los órganos de control del CEDH de las quejas sobre el mismo. Sin embargo, diversas modificaciones legislativas en la configuración legal del régimen disciplinario del Guardia Civil, la falta de notificación de las mismas a los órganos del CEDH y la no actualización de la reserva dieron lugar a que el TEDH declarara la señalada vulneración del Convenio.

Por lo demás, ha de destacarse que España ha procedido de manera casi inmediata a modificar su legislación en los aspectos que le han sido señalados por el TEDH. Del mismo modo el TC se ha hecho eco de la doctrina jurisprudencial del TEDH y la ha aplicado en asuntos similares al que dio origen a las decisiones de Estrasburgo. También se ha producido una

influencia en sentido inverso, es decir, del TC al TEDH. Éste, en efecto, se ha mostrado muy receptivo a los razonamientos de las sentencias del alto tribunal español, como pone de manifiesto la decisión adoptada en el asunto *Escalada Fernández y Blázquez Solís*, que asume prácticamente en su literalidad la doctrina del TC sobre independencia judicial.

GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO MILITAR Y CONTROL JURISDICCIONAL: TENDENCIAS (Y ALGUNAS PROPUESTAS) EXPANSIVAS

Francisco J. Sospedra Navas
*Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
del TSJ de Cataluña*

I. INTRODUCCIÓN: LA LÍNEA EXPANSIVA (CONSTANTE) DE LAS GARANTÍAS EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR

La disciplina es un elemento ontológico del ejercicio de la función pública militar, lo que explica la transcendencia de su régimen disciplinario, en tanto que instrumento esencial para prevenir y reparar las patologías en el mismo funcionamiento de la institución¹. Como consecuencia inmediata de ello, el régimen disciplinario militar presenta una mayor rigi-

¹ FERNANDEZ SEGADO, F. («El nuevo régimen disciplinario militar. Reflexiones en torno a la obra «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas». Revista Española de Derecho Militar. Número 76. 2000, pág. 125) afirma que «la protección y el mantenimiento de la disciplina ha constituido en los Ejércitos un objetivo consustancial a la propia Institución». Asimismo, la doctrina ha subrayado la relevancia de la disciplina castrense como bien jurídico protegido en la mayor parte de tipos disciplinarios: entre otros, NEVADO MORENO, P.T. «La función pública militar: Régimen jurídico del personal militar profesional». Ed. Marcial Pons. Madrid. 1997, págs. 348 y ss.; ROJAS CARO, J. «Derecho Procesal militar». Ed. Bosch. Barcelona. 1991, pág. 78.

dez que el de la función pública civil, donde los principios de prevención y eficacia tienen un protagonismo destacado².

Sobre este marco normativo, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, así como proyección de los valores y principios internacionales³, ha venido dibujando una línea evolutiva del régimen disciplinario militar, en vía legislativa y de interpretación jurisprudencial, que se caracteriza por una progresiva permeabilidad del régimen sustantivo y procedimental a los principios y garantías constitucionales⁴, lo que hace que la

² La prevención general y eficacia informan toda la regulación del régimen disciplinario militar, tanto desde el punto de vista sustantivo, como desde el punto de vista procedimental, con especial intensidad en la regulación de las medidas cautelares (v.gr. arresto preventivo) y en la ejecutividad de la sanción no firme. En este sentido, más ampliamente, RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.C. «Proporcionalidad e individualización de las sanciones disciplinarias» en «Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil». Tomo I. Ministerio del Interior. Madrid. 2002, págs. 84 y ss.

³ La STC 21/1981, de 15 de junio (RTC 1981, 21) fundamentaba la proyección de las garantías básicas de defensa sobre el procedimiento disciplinario militar en base a una especie de «supraprincipios constitucionales» (en expresión de LORENZO DE MEMBIELA, J.B. «Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera». Thomson Aranzadi. Pamplona. 2006, pág. 154) o de «consenso de valores de la comunidad internacional» (en terminología de ALONSO GARCÍA, E. «La interpretación de la Constitución». Madrid, 1984, pág. 403), de forma que aplicaba de hecho las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos al caso del régimen disciplinario español. De esta forma, como señala GARCIA DE ENTERRIA, E. («El valor del Derecho español en la jurisprudencia del TEDH»). Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Número 1. 1987, pág. 12) el TC disminuyó deliberadamente el valor de la reserva formulada por España al Convenio Europeo, aplicando de hecho la doctrina establecida por el Tribunal Europeo en el caso Engel, por la vía de la invocación genérica de los «valores y principios de alcance universal» contenidos en los Tratados Internacionales, aunque se negara la aplicación de esta misma doctrina por la vía del art. 10.2 de la CE en virtud de la previa reserva.

⁴ Con carácter general, cabe indicar que es indudable que el régimen disciplinario militar presenta singularidades en relación a la disciplina de la función pública común, como consecuencia de la naturaleza estructural de la disciplina militar en el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, lo que determina que deba buscarse un equilibrio entre los requerimientos de rigidez y las garantías que han de observarse en el ejercicio de la potestad sancionadora. En línea de principio, creemos que estas especialidades, como indica RODRÍGUEZ-VILLARASANTE (cita 2 supra), deben encuadrarse en su ámbito natural, esto es, la prevención y la eficacia, y no en la merma de garantías del expedientado. Así, las singularidades del régimen disciplinario militar justifican especialidades tales la ampliación del ámbito objetivo de las infracciones, el mayor rigor sancionador y un régimen específico en cuanto a las medidas cautelares y a la inmediatez en la ejecutividad de la sanción. Por el contrario, tales singularidades no tienen que suponer un óbice para que existan zonas oscuras en el campo de las garantías del procedimiento y control jurisdiccional, lo cual presenta una especial problemática en el procedimiento por faltas leves.

En este sentido, en este breve comentario sobre la dicotomía entre disciplina militar y garantías constitucionales y legales, es oportuno traer a colación la exposición de RAMOS GANCEDO, D. («Derechos Fundamentales y recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario», en en AAVV «Cuestiones Penales y Procesales militares». Cuadernos

materia tenga un acentuado dinamismo, como se patentiza en el reciente pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2006⁵. En este contexto, es necesario reflexionar sobre el estado actual de la cuestión, lo cual nos lleva a proponer un estudio sobre las garantías del procedimiento disciplinario militar y el control jurisdiccional de la potestad sancionadora, donde se analizarán, de forma selectiva⁶, los aspectos más destacados.

Para centrar la exposición, debe indicarse que el régimen disciplinario militar se compone de las normas de esta naturaleza dirigidas a tres ámbitos personales distintos como son las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil y las personas que ejercen funciones en la Administración de Justicia Militar⁷. La regulación básica se encuentra en el ámbito de la LORDFA de

de Derecho Judicial. 1996, págs. 424 a 426) que concluye con esta elocuente frase: «... la verificación de que la potestad disciplinaria se ejerce en el marco de las disposiciones legales que regulan esa potestad no sólo no perturba al concepto de Disciplina Militar, sino que supone una reafirmación de dicho concepto, pues, en definitiva, una de las más flagrantes violaciones de la Disciplina es la de aplicarla incumpliendo las normas establecidas por el legislador para su ejercicio».

⁵ Caso *Dacosta Silva* contra España, que declaró que el régimen disciplinario de la Guardia Civil no estaba sustraído al control del Tribunal al no alcanzarle la reserva española a los arts. 5 y 6 del Convenio, y que se había producido violación del art. 5.1 del Convenio al haber sido sancionado un Guardia Civil por la Administración con una sanción de naturaleza privativa de libertad.

⁶ El análisis selectivo resulta necesario por las propias limitaciones de extensión de este trabajo y, además, conveniente, en tanto que existe una literatura científica abundante que analiza detalladamente el régimen disciplinario militar español. Como obras generales de referencia en materia de régimen disciplinario militar, podemos citar dos obras colectivas dirigidas por RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. que analizan de forma exhaustiva el régimen disciplinario militar en el ámbito de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas: «Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998), con jurisprudencia y formularios». Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa. Madrid. 2000; y «Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil». 3.ª Ed., dos tomos. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior. Madrid. 2002. En el ámbito del derecho procesal militar, podemos citar como obra general de referencia la obra colectiva dirigida por SANCHEZ GUZMAN, E. «Comentarios a las Leyes Procesales Militares». Dos tomos. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Madrid. 1995.

⁷ Como es sabido, las normas legales básicas vigentes que conforman el régimen disciplinario militar, objeto de este estudio, son las siguientes: a) en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante, LR DFA); b) en el ámbito de la Guardia Civil, la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (en adelante, LR DGC); y c) en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria judicial, los arts. 122 a 148 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante LJM); los arts. 122 y 128 a 143 han sido redactados por Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio). Por su parte, en el ámbito del control jurisdiccional, la norma básica es la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (en adelante CPM).

1998, sobre la que discurrirá principalmente nuestro estudio, si bien también se entrará en el análisis de los puntos de interés que suscitan en esta materia las normas disciplinarias de la Guardia Civil y las del régimen disciplinario judicial militar.

Sistematizaremos el estudio analizando, de forma introductoria, las claves internas e internacionales desde el punto de vista de las garantías constitucionales, para posteriormente examinar separadamente las garantías del procedimiento y el control jurisdiccional de la potestad sancionadora.

1) LAS CLAVES INTERNAS: TRANSICIONES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y FUERZA EXPANSIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el régimen jurídico de las Fuerzas Armadas, desde la promulgación de la Constitución, se han sucedido dos transiciones normativas de especial calado: a) la primera, con la legislación promulgada en la década de los ochenta, cuya finalidad principal fue la de adecuar el marco normativo preconstitucional a las prescripciones en materia de principios, derechos y garantías establecidos en nuestra Constitución⁸; y b) la segunda transición, concretada en la legislación promulgada a partir del año 1999, tendente a redefinir el modelo de las Fuerzas Armadas, regulando un modelo castrense exclusivamente profesional⁹.

⁸ En esta primera transición normativa se sitúan las normas de derecho orgánico judicial (LJM y CPM), las de derecho penal militar (Código Penal militar L.O. 13/1985, de 9 de diciembre), así como la primera normativa postconstitucional sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que comprendía inicialmente a la Guardia Civil (Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre). En cuanto a la regulación del personal militar profesional, se promulgó la Ley 17/1989, de 19 de julio. Por último, dentro de esta primera transición se ubican cronológicamente las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre) y sus normas de desarrollo (RRDD 2945/1983; 494/1984 y 1024/1984).

⁹ La segunda transición normativa, aún hoy inacabada, se inicia con la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas que modifica el modelo mixto, optando por el modelo profesional. El modelo de la Ley de 1999 se ha visto afectado por algunos condicionantes que no han logrado consolidarlo, especialmente por la nota de la temporalidad en las clases de tropa y marinería, lo cual ha llevado al legislador a avanzar en la plena profesionalización, a cuyo efecto se ha promulgado la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, y actualmente está en trámite parlamentario el Proyecto de Ley de Carrera Militar, donde se intenta renovar el diseño actualmente vigente, adaptando la carrera del militar profesional a las circunstancias y necesidades que se derivan de las exigencias actuales.

La norma básica vigente en materia disciplinaria militar se sitúa en los albores de lo que hemos denominado segunda transición normativa y, precisamente por este motivo, no da una respuesta adecuada al modelo profesional que ha de resultar de la segunda transición normativa, pues las evidentes mejoras legislativas que introdujeron por la vía de la LORDFA de 1998 lo fueron con referencia al modelo mixto, integrado por militares profesionales y de reemplazo, establecido en la primera transición normativa. Ello explica el excesivo protagonismo que se otorga a las sanciones privativas de libertad, cuando el modelo profesional admite un mayor juego de las sanciones privativas de derechos, sin merma de los fines que ha de cumplir el régimen disciplinario militar¹⁰.

Esta opción legislativa no genera problemas sustantivos en clave interna, al no alcanzar la prohibición del art. 25 de la CE a la Administración militar¹¹, pero sí produce desajustes con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, patentizado en la sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2006¹², a la que posteriormente se hará referencia, así como

¹⁰ La sanción disciplinaria privativa de libertad es tradicional y común a todo el Derecho disciplinario militar comparado; incluso, en la órbita de los países anglosajones, el Derecho Penal y el disciplinario se confunden. No obstante, y aún aceptando que las sanciones de esta naturaleza son idóneas en sede de disciplina castrense, la utilidad y necesidad de las mismas está en relación directa con el régimen jurídico del personal de las Fuerzas Armadas, de manera que la profesionalización plena o la extensión del concepto de carrera a todos los estamentos militares, determina un sustrato personal y de circunstancias sociológicas muy diferentes a las del modelo mixto o profesional temporal, expandiéndose el concepto de carrera a todos los estamentos, lo que posibilita el juego aplicativo de otras sanciones no privativas de libertad, incluso con mayor eficacia que las de naturaleza privativa de libertad.

¹¹ El Tribunal Constitucional, desde la sentencia 21/1981, de 15 de junio (RTC 1981, 21), viene declarando que la imposición de sanciones privativas de libertad por la Administración militar queda extramuros del art. 25 de la CE (Vid. más ampliamente, JIMENEZ VILLAREJO, J. «Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional. Ed. Colex. Madrid. 1991, págs. 19 y ss.)

¹² Debe indicarse desde este momento que los desajustes del régimen disciplinario militar español, con abstracción del tema de la vigencia de la reserva al Tratado, pueden plantearse con el art. 5 del CEDH, pero no parece que en principio afecten al art. 6 del CEDH a la luz de la doctrina sostenida por el TEDH en Sentencia de fecha 20 de mayo de 2003 (Asunto López Escobar c. España), que entendió que el arresto militar al que fue sancionado el demandante no puede asimilarse a la «materia penal» en el sentido establecido en el art. 6.1 del CEDH. Esta conclusión resulta reforzada por la reforma operada en 1998, que disminuyó el máximo de la sanción de arresto (dos meses) en relación a la contemplada en la legislación de 1985 (tres meses), siendo que la STEDH de 20 de mayo de 2003 se había pronunciado sobre la normativa disciplinaria de 1985, aunque en relación al caso concreto.

problemas de diseño procedimental, en especial en relación al procedimiento por faltas leves¹³.

En efecto, el procedimiento por faltas leves es el que suscita la mayor parte de conflictos interpretativos, y ello como consecuencia del mimetismo con que se trasladó la arquitectura del procedimiento disciplinario sumario común al ámbito de lo militar, sin tener en cuenta que el diseño procedimental sumario sólo admite la imposición de la sanción de advertencia o apercibimiento en el régimen común¹⁴. El procedimiento sumario por faltas leves se funda en la levedad de la sanción y se caracteriza porque no hay propiamente instrucción del procedimiento, por lo que el trámite queda reducido a la audiencia ante la autoridad sancionadora, sin separarse las funciones de instrucción y resolución, estructura procedimental que se sigue tanto en el art. 49 de la LRDFAS como en el art. 38 LRDGC. Sin embargo, la entidad de las sanciones que pueden imponerse por la comisión de falta leve en el ámbito del régimen disciplinario militar produce insuficiencias desde el punto de vista de las garantías del procedimiento disciplinario, lo que genera una situación conflictual especialmente intensa.

La solución normativa armonizadora entre los principios de celeridad y eficacia y las garantías del expediente se encuentra en la previsión de una doble vía procedimental cuando la falta leve está sancionada más gravemente, al modo que se ha regulado en el régimen de disciplina judicial militar, donde se distingue el cauce procedimental sumario, exclusivo para la sanción de apercibimiento, del expediente contradictorio, que debe seguirse para las restantes sanciones por falta leve¹⁵.

La insuficiencia de la regulación alcanza al ámbito del control jurisdiccional, puesto que los límites establecidos para la impugnación de las

¹³ La cuestión es planteada en términos precisos por JUANES PECES, A. («El proceso penal y procedimientos administrativos sancionadores: Especial referencia al procedimiento disciplinario militar». *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 668. 2005, págs. 3 y 4), quien, con fundamento en la naturaleza privativa de libertad del arresto (vid. *infra* cita 20), entiende que son de aplicación directa las garantías del art. 24.2 de la CE al procedimiento por faltas leves. En este sentido, del análisis de la jurisprudencia del TC y del TS, así como de los demás órganos de la jurisdicción militar, se aprecia una construcción jurisprudencial del procedimiento por faltas leves, por la vía de la comunicabilidad de las garantías constitucionales, necesaria por la sincrética regulación legal de este procedimiento.

¹⁴ El diseño sumarísimo del procedimiento por faltas leves se justifica en que la única sanción que entra en su ámbito es la de apercibimiento. Así, tras la reforma operada por Ley 31/1991, de 30 de diciembre, para los funcionarios de la Administración del Estado las faltas leves se sancionan únicamente con apercibimiento, lo que explica que el trámite de audiencia agote la regulación procedimental.

¹⁵ Cfr. art. 144 de la LJM, redactado por el art. 2 de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio.

resoluciones sancionadoras por falta leve ha llevado a cuestionar la propia constitucionalidad de la regulación legal¹⁶.

Por otra parte, la legislación disciplinaria militar se ha visto superada, en algunos aspectos, por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales¹⁷, lo cual hoy explica la necesidad de adecuar la interpretación de alguna de sus prescripciones, en cuyo ámbito el papel de la jurisprudencia es esencial, por lo que es necesario profundizar en el mismo.

En este contexto, las claves internas parece que deberían discurrir, por una parte, a una revisión del protagonismo de las sanciones privativas de libertad en el marco disciplinario militar y, por otra parte, a reconducir la regulación del régimen disciplinario militar al marco (progresivamente amplio) de las garantías materiales y formales establecidas en la Constitución.

2) LAS CLAVES INTERNACIONALES: EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR (EN ESPECIAL, LA SENTENCIA DEL TEDH DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2006)

La reciente sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2006 tiene una evidente proyección sobre el régimen disciplinario militar español, por lo cual es imprescindible realizar un sucinto examen de las consecuencias que puede tener dicha sentencia en nuestro ordenamiento.

Con carácter previo a dicho examen, debe subrayarse que el Tribunal Europeo deja claro que, fuera del ámbito de la reserva al Tratado, el régimen disciplinario militar español es incompatible con el sistema de garantías del art. 5 del CEDH. La posible compatibilidad se había sostenido con fundamento en la sentencia del TEDH dictada en el caso *Engels contra Países Bajos*¹⁸, sin tener en cuenta una cuestión esencial como es que en el sistema holandés de justicia militar se admite el control jurisdiccional

¹⁶ Ampliamente, infra apartado III.1 de este estudio.

¹⁷ Esta fuerza expansiva de los derechos fundamentales no sólo afecta al derecho disciplinario militar, sino también al derecho disciplinario común, lo cual explica que las modificaciones normativas en este ámbito son constantes, acogiendo, en muchos de los casos, los criterios jurisprudenciales, que amplían progresivamente el campo aplicativo de los derechos y garantías constitucionales.

¹⁸ Sentencia del TEDH de 8 de junio de 1976, dictada en el asunto *Engel y otros contra Países Bajos*. Por el contrario, esta sentencia sí recogía un fundamento sólido para concluir que determinadas modalidades de sanciones privativas de libertad, en el ámbito disciplinario militar, no podían asimilarse a la materia penal establecida en el art. 6 del CEDH.

previo sobre la sanción privativa de libertad, por cuanto el recurso contra la resolución sancionadora tiene efecto suspensivo¹⁹.

En otro plano, el TEDH concluye la sanción de arresto domiciliario es una sanción privativa de libertad conforme a la legislación interna española²⁰, lo cual tiene importancia esencial para declarar la violación del art. 5.1 en el caso concreto²¹.

¹⁹ El propio Tribunal Europeo enfatiza esta diferencia, cualitativa, entre el sistema holandés y el español, con referencia al caso Engel en el apartado 44 de la sentencia de 2 de noviembre de 2006 dictada en el caso Dacosta Silva. En efecto, si analizamos la sentencia Engel, el argumento esencial que esgrimió el Tribunal Europeo para concluir que no se había infringido el art. 5.1 del CEDH en dos de los recurrentes (Dona y Schul) fue que el recurso ante el Tribunal Superior Militar holandés tenía efecto suspensivo, conforme a la Ley holandesa de 1903, por lo que concluía que la privación de libertad consistente en el cumplimiento del arresto en la unidad disciplinaria de los interesados se había producido por orden de un «Tribunal competente» en el sentido del art. 5.1.a) del CEDH (apartado 68, sentencia Engel y otros). En relación al concepto de «Tribunal» conforme al art. 5 del CEDH y su configuración autónoma en el sistema europeo, puede verse, además de la citada sentencia Engel, las SSTEDH 18 de junio de 1971 (caso De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica) y 2 de marzo de 1987 (caso Weeks contra Reino Unido).

²⁰ El fundamento 59 de la sentencia Engel, tras aceptar que pueden haber matices entre la naturaleza de una misma sanción o medida disciplinaria, según sea aplicada a un civil o a un militar, formula el argumento clave para incluir una sanción en la órbita del art. 5 del CEDH, afirmando que hay privación de libertad cuando la medida «se concreta en restricciones que se apartan netamente de las condiciones normales de vida en el seno de las Fuerzas Armadas de los Estados contratantes», de tal manera que el régimen militar de prestación de servicios tiene transcendencia a la hora de dilucidar sobre si una sanción es o no privativa de libertad, por lo cual estamos ante un concepto dinámico en el sentido que se ve influenciado por las modificaciones sustantivas en el régimen de prestación de servicios o «condiciones normales de vida en el seno de las Fuerzas Armadas» de cada Estado. El TEDH ya se había pronunciado sobre la aplicación del art. 5 del CEDH a los supuestos de arresto domiciliario en el ámbito de la legislación italiana por entender que había una privación de libertad en los términos del art. 5.1.c) (v.gr. STEDH 2 de agosto de 2001, caso Vittorio y Luigi Manzini contra Italia); no obstante, tratándose de una cuestión que queda en el ámbito de la legislación interna de cada Estado, en el caso español el TEDH se apoya en la STC 14/1999, de 22 de febrero, que afirmaba que el arresto domiciliario es una verdadera privación de libertad.

En el ámbito interno, sobre la naturaleza privativa de libertad del arresto domiciliario, ya se había pronunciado el TC en la sentencia 31/1985, de 5 de marzo (RTC 1985, 31), entendiendo que era susceptible de ser amparado a través del procedimiento de «habeas corpus», habiéndose pronunciado reiteradamente también en el mismo sentido la Sala 5.^a del Tribunal Supremo (SSTS 30 mayo 2002 y 3 julio 2003, entre otras). Más ampliamente JUANES PECES, A. («El proceso penal y procedimientos administrativos sancionadores: especial referencia al procedimiento disciplinario militar». Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 688, 2005, pág. 3 y ss.).

²¹ Lógicamente este argumento (que el arresto domiciliario es una sanción privativa de libertad) es esencial en este caso concreto, pero queda en un segundo plano en relación a la adecuación del sistema en general, pues perfectamente podría haberse planteado la hipótesis de una sanción por falta grave de arresto en establecimiento penitenciario, cuya naturaleza privativa de libertad no ofrece duda alguna.

Por último, debe indicarse que el TEDH ya se había pronunciado en relación a la posible aplicación del art. 6 del CEDH a las sanciones disciplinarias militares, habiendo descartado, para el caso de la legislación militar española, que tales sanciones pudieran entrar dentro de la garantía establecida en el citado art. 6 para la materia penal²².

Para sistematizar la exposición, debemos diferenciar entre los efectos que la sentencia puede producir en el ámbito del régimen disciplinario de la Guardia Civil y los que pueden derivarse en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

A) Las garantías del Convenio Europeo y el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil

La sentencia comentada concluye que se había producido vulneración del art. 5.1 del CEDH, al imponerse una sanción privativa de libertad a un Guardia Civil, en base a un argumento esencial cual es que el régimen disciplinario de la Guardia Civil está fuera del ámbito de la reserva española.

La sentencia no cuestiona la naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil, lo cual pertenece al ámbito interno²³, pero sí que entiende que el régimen disciplinario de la Guardia Civil no estaba en el ámbito de la reserva formulada en España en el año 1985 en base a la suma de tres fundamentos: a) en primer lugar, la Guardia Civil tiene atribuidos cometidos funcionales no militares en la legislación interna; b) en segundo lugar, y como derivado de esta especialidad funcional, era necesaria la regulación de un régimen disciplinario específico para este colectivo²⁴; y c) en tercer lugar, al momento de la promulgación de la LORDGC no se actualizó la reserva, no pudiendo ampliarse la misma a una normativa que se segregaba de la que constituía el objeto reflejado en la reserva.

²² STEDH 20 mayo 2003 (asunto Camacho López Escobar contra España).

²³ La legislación orgánica española [Ley Orgánica 2/ 1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad] define a la Guardia Civil como un Instituto Armado de naturaleza militar (cfr. art. 9.2.a)], lo cual entra dentro del ámbito de libertad de configuración del legislador, dentro del margen ofrecido por la Constitución: SSTC 194/1989, de 16 de noviembre (RTC 1989, 194) y 1/1995, de 10 de enero (RTC 1995, 1); SSTS 5.ª 8 mayo 1990 (RJ 1990, 5338), 11 febrero 2000 (RJ 2000, 5193) y 18 diciembre 2003 (RJ 2003, 9298), entre otras.

²⁴ El TEDH se apoya en la interpretación realizada por la STC 194/1989, de 6 de noviembre (RTC 1989, 194), la cual había indicado que la aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas a la Guardia Civil era meramente provisional, puesto que el art. 15.2 de la L.O. 2/1986 (y anteriormente el art. 38.2 de la L.O. 6/1983), prescribía que la Guardia Civil debía regirse por su normativa disciplinaria específica.

En consecuencia, al quedar el régimen disciplinario de la Guardia Civil fuera del ámbito de la reserva formulada por España, es indudable que los efectos de la sentencia se sitúan en la órbita del legislador, quien, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución y en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado español, deberá reformar el régimen disciplinario de la Guardia Civil, pudiendo apuntarse, a modo de hipótesis, tres opciones: a) una opción sería la supresión de las sanciones de arresto en el cuadro de sanciones; b) otra alternativa sería la bifurcación funcional del régimen disciplinario, diferenciando los supuestos en que se ejerzan cometidos funcionales asignados a la Guardia Civil en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los supuestos en que se cumplan funciones de naturaleza militar²⁵; y c) la última opción sería la modificación en sede de procedimiento, dotando de efectos suspensivos a los recursos contra la sanción privativa de libertad hasta tanto el correspondiente órgano de la jurisdicción militar se pronuncie sobre su conformidad a derecho.

B) La potencial incidencia de la Sentencia del TEDH en el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas

El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas había sido objeto de reserva por parte de España al momento de ratificarse el Tratado, actualizándose posteriormente con motivo de la modificación normativa del año 1985²⁶.

La sentencia, de forma congruente al caso planteado, no entra a pronunciarse sobre la vigencia de la reserva española en relación a la LORDFA de 1998²⁷, extremo éste que puede suscitar controversia en relación a

²⁵ Esta solución normativa está contemplada en el régimen disciplinario judicial militar, donde se distingue los supuestos de ejercicio de funciones judiciales y fiscales, de los supuestos en que se desarrollen otras misiones militares, donde es de aplicación el régimen disciplinario de la LRDFAS (cfr. art. 122 LJM).

²⁶ La reserva española no es la única en materia de régimen disciplinario militar, pues Francia y Portugal formularon reservas en términos similares a la española al depositar sus respectivos Instrumentos de ratificación. Así, Francia formuló reservas al art. 5 y 6 del CEDH en relación a la aplicación del art. 72 de la Ley 72-662, de 13 de julio, referente al Estatuto General de los Militares sobre el régimen disciplinario en el Ejército y las del art. 375 del Código de Justicia Militar. Por su parte, Portugal formuló reserva respecto de la aplicación del art. 5 del CEDH en relación a los artículos 27 y 28 del Reglamento de disciplina militar, que prevén el arresto para los militares.

²⁷ p. 38 de la sentencia comentada. En otros casos de planteamiento similar, cuando el TEDH ha apreciado que un determinado supuesto queda fuera del ámbito de la reserva, ya no ha entrado a conocer sobre la validez de la reserva por entenderlo innecesario: STEDH 23 abril 1997 (c. Stallinger y Cuso), p. 49.

la incidencia (potencial) de la sentencia en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, por cuanto la misma resolución pone de relieve que la reserva no fue actualizada por España cuando se promulgó la Ley Orgánica de 1998, a la vez que la interpretación del TEDH ha sido restrictiva en esta materia, por la vocación expansiva del Convenio²⁸ y siguiendo las recomendaciones de los órganos del Consejo de Europa²⁹.

En primer lugar, debe señalarse que el caso de la reserva española presenta singularidades en relación a otros sobre los que se ha pronunciado el TEDH en esta materia. Así, por una parte, la Ley Orgánica española de 1998 es una regulación que se subroga con la que fue objeto de reserva en el año 1979, actualizada en el año 1986, y, más concretamente, una de las razones que determinaron esta modificación normativa fue la de adaptar la legislación al CEDH³⁰; y, por otra parte, la reserva española tiene un ámbito muy preciso de delimitación objetiva y subjetiva³¹. En efecto, la reserva español-

²⁸ Aquí debe subrayarse que el CEDH desborda el ámbito de la reciprocidad, para adquirir una dimensión constitucional en el sentido jurídico internacional, creando unas obligaciones de garantía colectiva (CARRILLO SALCEDO, J.A. «El CEDH». Ed. Tecnos. Madrid. 2003, págs. 22 y ss.). Por este motivo, el CEDH tiene una clara vocación expansiva en su ámbito de aplicación, en el sentido de universalidad, no quedando al margen de esta dinámica las reservas «domésticas» como la ahora analizada, aún cuando la normativa objeto de reserva despliegue su eficacia exclusivamente en el ámbito interno de un Estado.

²⁹ En esa línea de vocación expansiva, tanto el Comité de Ministros como la Asamblea Parlamentaria (Cfr. R. 1223/1993) del Consejo de Europa han aconsejado a los Estados que deben procurar la reducción y supresión de las reservas al CEDH.

³⁰ El TEDH, si bien reconoce a los Estados la facultad de trazar la frontera entre el Derecho penal y el disciplinario, se reserva la posibilidad de asegurarse de que la línea divisoria entre uno y otro no infringe la frontera del art. 6 del CEDH (entre otras, Sentencia Engel de 8 de junio de 1976, Sentencia Oztürk de 21 de febrero de 1984 y Sentencia Weber de 22 de mayo de 1990). Ésta fue una de las razones que llevó al legislador español a modificar el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, reduciendo el límite superior de la sanción de arresto a dos meses, equiparando en este punto la legislación española con la de los países de nuestro entorno, y evitando de esta manera el conflicto que podría producirse de aplicarse la garantía penal del art. 6 CEDH a las sanciones disciplinarias militares, e incluso en clave de derecho interno (Vid. más ampliamente sobre esta cuestión FERNANDEZ SEGADO, F. «Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional». Revista de Estudios Políticos. Núm. 64. Abril-junio 1989, págs. 93 y ss.; QUEL LÓPEZ, J. «Las reservas a los tratados internacionales: un examen de la práctica española». Universidad del País Vasco. Bilbao. 1991, págs. 248 y ss.).

³¹ El alcance, precisión y claridad en las reservas al CEDH ha sido un elemento decisivo a la hora de aplicarlas por parte del TEDH. En este sentido, STDEH 29 de abril de 1988 (Caso Belilos contra Austria) de la cual se desprende, en relación al requisito de la exposición de la ley objeto de reserva recogido en el vigente art. 57.2 del CEDH (anterior 64.2), que la rigidez es mayor cuanto mayor sea el alcance de la reserva (p. 58 de la sentencia); en el mismo sentido, SSTEDH 23 abril 1997 (caso Stallinger et Kuso contra Austria) y 3 octubre 2000 (caso Eisenstecken contra Austria), lo cual ha llevado al TEDH a flexibilizar este

la se contrae en este punto al ámbito del «régimen disciplinario de las fuerzas armadas», estando en vigor el Código de Justicia Militar al momento de la ratificación, y la Ley de 1985 cuando la misma fue actualizada, respecto de la cual se ha subrogado la Ley de 1998, pudiendo identificarse con certeza la legislación que sustituye a la anterior, dados los claros términos en que fue actualizada la reserva española en el año 1985³². A diferencia del caso del régimen disciplinario de la Guardia Civil, la Ley de 1998 se subroga en el ámbito material y personal de la reserva española, cumpliéndose en este caso los requisitos de seguridad jurídica que se infieren de la regulación de las reservas. Por lo demás, el Estado español no ha retirado la reserva expresa³³ y la ley actualmente vigente es la que sucede, sin solución de continuidad, a la que fue objeto de reserva, por lo que no estaríamos ante un supuesto de rectificación de la reserva, sino de mera actualización. Por este motivo, podría concluirse que no habría óbice para actualizar la reserva, por no haber sido retirada y por cuanto esta ulterior actualización no infringiría la prohibición de rectificar la reserva formulada en tiempo hábil³⁴.

II. LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO MILITAR

El estudio de las garantías del procedimiento disciplinario militar nos lleva al examen de la posible traslación a este ámbito del conjunto de derechos establecidos en el art. 24.2 de la CE. En este punto, se ha venido

requisito en los casos en que la reserva tiene un campo delimitado (vid. en este sentido STEDH 25 de agosto de 1993 (caso Chorherr contra Austria), p. 19 y 20). En el caso del régimen disciplinario militar español, estamos ante una reserva de dimensiones concretas y de alcance subjetivo reducido, por lo que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la utilidad de incluir una exposición concreta de la nueva Ley de 1998 resulta más matizada que en el caso de reservas de alcance general.

³² De hecho la equivalencia llega al extremo de que la estructura de la Ley de 1998 se corresponde con la de la Ley de 1985, de manera que los Capítulos afectados son correlativos a los que fueron objeto de reserva en la Declaración de 28 de mayo de 1986 (Capítulo II del Título I –sanciones disciplinarias– y Capítulos II a IV del Título II –procedimientos sancionadores–).

³³ En cuanto al retirada de las reservas, debe tenerse en cuenta el art. 22 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

³⁴ Además de la jurisprudencia del TEDH citada en este epígrafe, puede verse más ampliamente sobre los requisitos de control de las reservas en el ámbito europeo, en especial los requisitos para su formulación y la prohibición de rectificación ulterior: SALGADO PESANTES, H. «Las reservas en los tratados de derechos humanos». *Liber Amicorum*. Volumen I. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica. 1998, págs. 6 y 7; SANCHEZ LEGIDO, A. «Algunas consideraciones sobre la validez de las reservas al Convenio Europeo de Derechos Humanos». *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*. Núm. 20. 1994, págs. 207 a 230.

subrayando reiteradamente que los instrumentos procesales y procedimentales para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado tienen una naturaleza homogénea, lo cual significa que las garantías establecidas para el proceso penal son aplicables, con ciertos matices, tanto al procedimiento administrativo sancionador como al disciplinario³⁵. Ello supone que las garantías del art. 24.2 de la Constitución tienen proyección en el ejercicio de la potestad disciplinaria, las cuales tienen un carácter dinámico y unidireccional, imbuido de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, lo que se traduce en una línea evolutiva, tanto a nivel legislativo como a nivel doctrinal y jurisprudencial, donde las garantías marcan los límites del ejercicio de la potestad sancionadora, reconduciéndolo al marco (expansivo) de los derechos fundamentales³⁶.

Para realizar la exposición, sistematizaremos las garantías del art. 24.2 de la CE, en tres puntos de interés destacados: 1) garantía de defensa, cuyo contenido básico comprende, además del principio de audiencia, el derecho a ser informado de la acusación, el de presunción de inocencia y el de utilizar los medios de prueba pertinentes en la defensa, así como el de asistencia técnica; 2) garantía de imparcialidad; y 3) garantía de celeridad y seguridad jurídica, lo que en el ámbito disciplinario se traduce en las disposiciones que regulan los institutos de la prescripción y caducidad.

1. LA GARANTÍA DE DEFENSA

El derecho de defensa se integra, básicamente, por la presunción e inocencia, el derecho a ser informado de la acusación, a no autoinculparse, a

³⁵ Como indicaba el profesor GARCIA DE ENTERRIA, E. («La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración». *Revista Española de Derecho Administrativo*. Núm. 29. 1981, pág. 364), las reglas del art. 24 alcanzan necesariamente a la Administración cuando ejercita su poder represivo, sin que los «matices» en relación al proceso penal puedan afectar al contenido esencial del art. 24 de la CE. En este sentido, la aplicación –matizada– de los principios del proceso penal al ámbito disciplinario ha sido reiterada constantemente por la jurisprudencia: SSTC 2/1987, de 21 de enero (RTC 1987, 2); 31/1988, de 21 de enero (RTC 1988, 31); y 3/1999, de 25 de enero (RTC 1999, 3), entre otras muchas.

³⁶ No obstante, conviene advertir que no se trata de trasvasar de forma mimética las garantías penales al ámbito disciplinario. En este sentido, como señala RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L. («Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas». Ministerio de Defensa. Madrid. 2000, pág. 45), en el sentido que es necesario buscar un equilibrio entre las garantías básicas del infractor y las prerrogativas de la Administración en el ejercicio de la potestad disciplinaria. A este necesario equilibrio responden los «matices» que, en relación al proceso penal, presentan las garantías en el procedimiento administrativo sancionador y a los que se refiere reiteradamente la jurisprudencia.

la audiencia y el derecho a la prueba, así como por el derecho a la asistencia técnica en el procedimiento disciplinario³⁷.

A) Presunción de inocencia y prueba de cargo

En la configuración del derecho a la presunción de inocencia, los matices más importantes entre el proceso penal y el procedimiento disciplinario se producen, a mi juicio, en dos aspectos: en las singularidades en orden a la definición de la prueba de cargo disciplinaria y en los requisitos formales de la misma, en tanto que la rigidez de la prueba de cargo en el proceso penal resulta ampliamente flexibilizada en el marco del procedimiento disciplinario. Por el contrario, el ámbito material de la presunción de inocencia, como verdad interina de inculpabilidad, tiene fundamentos y contenido análogos en lo penal y en lo disciplinario³⁸.

a) La definición de la prueba de cargo

En el primer aspecto de definición de la prueba de cargo, las diferencias fundamentales entre la prueba de cargo penal y la del procedimiento sancionador radican en la utilización en este último campo de medios probatorios presuntivos de naturaleza subjetiva, que tienen eficacia cuasi inversora de la presunción de inocencia, y que encuentran su fundamento último en la misma presunción de legalidad de la actividad administrativa.

³⁷ En el ámbito del procedimiento disciplinario militar es más preciso hablar de «asistencia técnica» que de «asistencia letrada», por cuanto es tradicional el ejercicio de la defensa técnica por un militar designado al efecto por el expedientado. Sobre esta cuestión, más ampliamente MOZO SEOANE, A. «La asistencia letrada en «Expedientes judiciales» del código de justicia militar». La Ley. 1984. Tomo 3, págs. 955 a 957.

³⁸ Puede verse la STS Sala 5.ª de 13 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5330; Ponente Excmo. Sr. Juanes) que indica que el derecho a la presunción de inocencia implica el sujeto pasivo del procedimiento sancionador debe ser tenido por inocente mientras no quede demostrada su culpabilidad, imponiendo a la Administración sancionadora la carga de acreditar los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad del presunto infractor (fundamento tercero). Por tanto, el contenido material de la presunción de inocencia es análogo en sede penal y disciplinaria, por lo que las técnicas utilizadas para discernir los supuestos de suficiencia probatoria son similares, incluso la técnica de la prueba de indicios o indirecta, utilizada reiteradamente en sede penal, la cual se aplica con idénticas exigencias en el ámbito disciplinario (vid. ampliamente sobre esta cuestión CORRALES ELIZONDO, A. «La prueba de indicios y la presunción de inocencia en el derecho disciplinario militar». Actualidad Administrativa. Núm. 13. 1.ª quincena de julio de 2004, págs. 1 a 8).

Como medios presuntivos reglados, puede citarse el caso de los hechos constatados por funcionarios en documento público, que operan como presunciones «iuris tantum» de certeza en el terreno de lo fáctico³⁹; junto a ellos, y como medios no reglados, operan de forma similar en el campo disciplinario los hechos constatados por los órganos de superior jerarquía o por los órganos que realizan labores de inspección o control funcional, que acceden al procedimiento por la vía de la declaración testifical o por vía de informe, y cuya valoración probatoria se acerca materialmente a las presunciones «iuris tantum» de certeza, incluyendo, como supuesto extremo, los casos de percepción directa del mando que ejerce la potestad sancionadora, que también se ha venido admitiendo como prueba hábil para enervar la presunción de inocencia⁴⁰.

Sin embargo, este caso de percepción directa de la autoridad que sanciona entiendo que genera un problema desde la perspectiva de la definición de la prueba de cargo, pero no en términos de suficiencia de la prueba, como se ha venido planteando, sino en términos ontológicos o de delimitación de las diligencias que pueden constituir prueba en un procedimiento disciplinario. En efecto, la percepción del mando sancionador de un acto que sanciona no se introduce en el procedimiento como

³⁹ Hay numerosos preceptos que reglan medios probatorios de cargo privilegiados: con carácter general, el art. 137.3 de la Ley 30/1992, y, en los diferentes ordenamientos sectoriales, también se concede idéntico valor probatorio a los hechos constatados por autoridades o agentes en el ejercicio de sus funciones (tráfico, tributario...). Estos medios reglados no son de aplicación al procedimiento disciplinario, pero lo cierto es que operan de forma similar, en el plano valorativo, los hechos constatados por las autoridades o funcionarios que tienen atribuidas facultades de vigilancia y control sobre el interesado, ya sea por su propia posición jerárquica, ya sea por tener encomendadas funciones específicas de inspección y control sobre el personal, y ello como derivado de la presunción de legalidad en el ejercicio de la función pública, lo cual dota de especial fuerza probatoria a estas pruebas subjetivas.

⁴⁰ En la jurisprudencia del TC (vid. SS 45/1997, de 11 de marzo (RTC 1997, 45) y 74/2004, de 22 de abril (RTC 2004, 74), se viene reiterando que la percepción directa del mando sancionador es prueba que tiene eficacia enervatoria de la presunción de inocencia, con fundamento en que existe una presunción «iuris tantum» de que la potestad disciplinaria se ejercerá sin sombra de irregularidad o desviación de poder. Esta misma línea es seguida por la jurisprudencia de la Sala Quinta, declarando que tiene eficacia probatoria de cargo la observación directa del hecho por parte del mando sancionador (entre otras, STS 15 enero 2003 (RJ 2003, 1591).

Estas consideraciones son trasladables a los supuestos en que la percepción se realiza por un órgano de jerarquía superior a la del expedientado, donde la presunción de legalidad en el ejercicio de la función pública dota de especial fuerza probatoria a la prueba subjetiva. En otro plano se sitúa la necesidad de comprobar y corroborar la información suministrada cuando la misma se realiza por medio de los «partes» regulados en el art. 46 LRD-FAS y en el art. 32 LRDGC, pero lo cierto es que una vez corroborado su contenido, la resultancia fáctica goza, en el plano valorativo, de esta especial fuerza probatoria.

prueba, sino que se plasma, por regla general, en la afirmación fáctica que se recoge en la resolución sancionadora como relato de hechos probados. No hay, por tanto, posibilidad de contradicción con la versión fáctica de cargo, pues la percepción personal del mando, en puridad prueba testimonial, no accede al procedimiento como diligencia probatoria, pudiendo quedar comprometida la garantía de contradicción⁴¹.

El art. 45 de la LORDFAS –y el art. 18.1 de la LRDGC– da cobertura legal a este supuesto de hecho en el procedimiento por faltas leves, ordenando al mando competente la imposición de la respectiva sanción respecto de las infracciones disciplinarias que observe; no obstante, como se ha indicado, la previsión legal puede generar conflictos desde el punto de vista de la garantía constitucional del derecho a la presunción de inocencia cuando el único fundamento en que se sustenta la resolución sancionadora es la afirmación fáctica del mando, sin otro soporte probatorio. En el caso extremo en que el mando sancionador ostenta la cualidad de ofendido o perjudicado por la infracción⁴², a los conflictos en relación a la garantía de contradicción, habrían de añadirse las dudas que se presentan en la órbita de la garantía de imparcialidad⁴³.

Este supuesto concreto planteado abunda en la necesidad de adecuar la regulación del procedimiento por faltas leves a las garantías constitucionales establecidas en el art. 24 de la CE: la facultad de corrección o, incluso, de sancionar moderadamente al subordinado no puede alcanzar a las sanciones de entidad grave, singularmente las privativas de libertad, por cuanto el «iter» procedimental colisiona con las garantías de defensa del interesado. En estos casos, la vigencia del sistema de garantías constitucionales haría conveniente el desarrollo de un procedimiento disciplinario donde se respeten escrupulosamente los principios y derechos del art. 24.2 de la CE, debiendo concluirse que estos supuestos de sanción disciplinaria por el mando-testigo, o eventualmente mando-ofendido, pueden entrar en

⁴¹ Al menos en su vertiente de verosimilitud objetiva, en tanto que la versión del mando sancionador no puede someterse a las preguntas que pueda realizar el interesado o su defensa. La jurisprudencia viene subrayando, en orden a la valoración de la prueba testimonial del perjudicado, cuando es un único testigo, que es relevante tanto la ausencia de incredulidad subjetiva como la verosimilitud objetiva de su testimonio (STS 15 noviembre 2006 (Rec. 44/2006), por lo que la prueba de descargo puede alcanzar a ambos extremos, a la vez que es relevante, desde el punto de vista del derecho de defensa, que el testimonio prestado por el perjudicado pueda ser objeto de contradicción por el expedientado, lo que no se produce cuando el testigo es el mando que sanciona.

⁴² Por ejemplo, podría ser el caso de faltas leves como la falta de respeto o la omisión de saludo al mando sancionador, donde, en hipótesis, la autoridad sancionadora ostenta a la vez la condición de perjudicado u ofendido por la falta.

⁴³ Sobre la garantía de imparcialidad, *infra* II.2.

conflicto –ontológico– con el mismo concepto de prueba de cargo, dando lugar a situaciones equivalentes a las de ausencia de prueba.

Por lo demás, en el ámbito de la organización militar, fuertemente jerarquizada, el juego de los medios probatorios subjetivos puede tener una mayor extensión, lo cual debe verse compensado, a mi juicio, con un reforzamiento de las garantías de contradicción del expedientado, esencialmente con un ensanchamiento de los hechos relevantes, interpretando de forma amplia del derecho a la prueba de descargo que alcance, no sólo al núcleo fáctico objeto del procedimiento disciplinario, sino también a cuestiones periféricas, especialmente a las condiciones objetivas y subjetivas de verosimilitud del testigo de cargo⁴⁴.

Por otra parte, y en cuanto a los requisitos formales de la prueba de cargo, algunos de los rasgos definidores de la prueba de cargo en el proceso penal, tales como la intermediación y la oralidad, no caracterizan a la prueba de cargo disciplinaria, por su propia naturaleza. En estas condiciones, debe adquirir especial relieve el principio de la contradicción como requisito intrínseco de la prueba de cargo en el procedimiento disciplinario, por lo que debe propugnarse una interpretación amplia del derecho de defensa en sus diferentes facetas (v.gr. asistencia técnica, audiencia y derecho a la prueba).

Por último, debe indicarse que la definición de la prueba de cargo encuentra sus límites en los supuestos en que la misma ha sido obtenida de forma ilícita o cuando se ha producido de manera irregular, casos éstos equivalentes a los de ausencia de prueba⁴⁵.

b) La utilizabilidad de las diligencias como prueba de cargo

En un plano distinto a la definición de la prueba de cargo, está el de la utilizabilidad de las diligencias de prueba practicadas en el procedimiento disciplinario como prueba de cargo.

⁴⁴ Esta afirmación encuentra apoyo en la STS 21 junio 2006 (RJ 2006, 3740), donde se observa cierto rigor a la hora de valorar la denegación de la prueba de descargo, cuando la prueba de cargo que fundamenta la sanción no es otra que la propia percepción personal del mando que ejerce la potestad disciplinaria, si bien el Tribunal Supremo justifica que se atribuya la potestad sancionadora al propio ofendido en la presunción «iuris tantum» de que dicha potestad se ejercerá sin sombra de irregularidad o desviación de poder.

⁴⁵ Vid. STS 5.^a de 7 de noviembre de 2006 (Rec. 46/2006, Ponente Excmo. Sr. Calderón Cerezo), cuyo fundamento primero cita la jurisprudencia más reciente de la Sala en la materia.

Aquí entra en juego un derecho instrumental esencial en el ámbito de la garantía de defensa como es el derecho del expedientado a ser informado de la acusación formulada o, más precisamente, el derecho a conocer la imputación⁴⁶.

En efecto, en el ámbito del proceso penal se distinguen dos momentos bien delimitados: la puesta en conocimiento de la imputación, momento a partir del cual se adquiere la condición de imputado en el proceso, y la formalización de la imputación, la cual se realiza con la resolución judicial que delimita objetiva y subjetivamente el proceso, y con la formulación de la acusación por las partes acusadoras⁴⁷.

En el ámbito del procedimiento disciplinario, también pueden diferenciarse estos dos momentos de puesta en conocimiento de la imputación y formalización de la misma, si bien el cauce formal del pliego de cargos sólo está contemplado en la regulación del procedimiento por faltas graves y en el expediente gubernativo.

La puesta en conocimiento de la imputación es un trámite esencial en todos los procedimientos disciplinarios; así, en el marco del procedimiento por faltas leves, es imprescindible la puesta en conocimiento de la imputación para satisfacer el derecho del expedientado a ser informado de la acusación⁴⁸; por otra parte, en los procedimientos por faltas graves y en el expediente gubernativo, la puesta en conocimiento de la imputación es el momento procedimental a partir del cual el expedientado puede desplegar su derecho de defensa, por lo que es el que marca la utilizabilidad de la prueba practicada como prueba de cargo⁴⁹.

Así, por una parte, es indudable que el conocimiento de los hechos objeto de imputación es presupuesto para el ejercicio del derecho de

⁴⁶ La omisión del pliego de cargos, en tanto que impeditiva del principio de audiencia, determina la nulidad de pleno derecho de la resolución sancionadora: STS 20 enero 1987 (RJ 1987,20).

⁴⁷ En el proceso penal militar ordinario, las tres fases se encuentran bien diferenciadas en los arts. 125 y 162 CPM (imputación), y, por otra parte, en el art. 164 CPM (procesamiento) y 276 CPM (conclusiones provisionales o acusación).

⁴⁸ Tal como indican las SSTS 16 julio 2004 (RJ 2004, 1423) y 23 mayo 2006 (RJ 2006,4026), en el ámbito del procedimiento por faltas leves, exige que se ponga de manifiesto al expedientado los hechos imputados, pues en otro caso no podría practicar prueba de descargo y se conculcaría su derecho a no ser sancionado sin haber sido oído previamente.

⁴⁹ Desde el momento en que el expedientado conoce la imputación, puede ejercitar los derechos de defensa y su declaración puede ser prestada ejercitando el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, lo que supone, de una parte y en cuanto a la utilizabilidad de la prueba, que la declaración del expedientado está realizada con todas las garantías y, en consecuencia, es utilizable como prueba, y por otra parte y en la órbita del expedientado, que se elimina cualquier atisbo de antijuridicidad por la no autoinculpación [en este sentido, STS Sala Quinta 1 octubre 2004 (RJ 2004, 7887)].

defensa, lo cual supone que desde el mismo momento de la incoación del procedimiento disciplinario el expedientado debe conocer los hechos que se le imputan, incluso antes del pliego de cargos⁵⁰. Por este motivo, el principio de audiencia, en sus diferentes manifestaciones (v.gr. declaración del expedientado o trámite de alegaciones), debe cumplirse tras una delimitación de los hechos imputados, que son objeto del procedimiento, que sea puesta en conocimiento del presunto infractor. Ello lleva implícito esta delimitación subjetiva o puesta en conocimiento de la cualidad de expedientado o inculpado sea previa a la actuación del interesado en el procedimiento, para que pueda ejercitar los demás derechos y garantías de defensa, como el de no autoinculpación y el de asistencia técnica. Por tanto, la prueba adquiere rango de prueba de cargo desde el momento en que hay posibilidad de contradicción, lo cual se satisface a partir de la puesta en conocimiento de la imputación del expedientado.

Por su parte, el pliego de cargos, de forma análoga al auto de procesamiento en el proceso penal, cumple la función esencial de delimitar objetiva y subjetivamente el procedimiento disciplinario, de manera que los límites en los que debe discurrir el objeto del procedimiento. En consecuencia, el momento procedimental que marca la utilizabilidad de la prueba obtenida como prueba de cargo es la puesta en conocimiento de la imputación, en tanto que el pliego de cargos cumple una función de delimitación de los hechos sancionables.

Ello nos lleva a plantear la cuestión de la utilizabilidad de la prueba de cargo en momentos procedimentales anteriores, y más concretamente en el trámite de información previa recogido en el art. 44.2 LRDFAS⁵¹. En principio, este trámite está dirigido al esclarecimiento de los hechos, mas en muchas de las ocasiones es difícil deslindar lo que son diligencias preprocedimentales de lo que son propiamente diligencias instructoras. En este caso, el derecho a conocer la acusación o los hechos imputados tiene su aplicación en el ámbito de la validez de la prueba de cargo obtenida en este trámite preprocedimental, debiendo entenderse que, en principio, no son utilizables, como prueba de cargo, las diligencias practicadas en la fase de

⁵⁰ Es de especial interés la STS 9 de junio de 2006 (RJ 2006, 4019, Ponente Excmo. Sr. Calvo Cabello), donde se expresa que no puede retardarse arbitrariamente el otorgamiento de la condición de imputado, puesto que se resiente el derecho fundamental a la defensa. Por tanto, se patentiza que la puesta en conocimiento de la imputación es un trámite esencial que debe cumplirse de forma inmediata, lo cual significa que el pliego de cargos se sitúa en un momento procedimental posterior, teniendo una relevancia más matizada.

⁵¹ En los mismos términos, art. 32.2 LRDGC.

información previa⁵². Sin embargo, tal afirmación hay que matizarla en dos extremos: 1) la diligencia de declaración del expedientado obtenida en esta fase de información previa, puede ser utilizable en el caso que se haya producido con todas las garantías, poniendo en su conocimiento la imputación que puede derivarse e instruyéndole de sus derechos constitucionales; y 2) las diligencias no reproducibles pueden adquirir rango de prueba de cargo, aún practicándose en los momentos anteriores al procedimiento, siempre que tengan acceso al expediente en condiciones de contradicción.

Conocidos los hechos, la garantía básica de defensa, reconocida para todo tipo de procedimientos, es el trámite de audiencia, que en un sentido amplio incluye tanto la declaración del expedientado como las sucesivas alegaciones que puede realizar el mismo en el curso del procedimiento.

B) El contenido del derecho de defensa

Una vez definida y delimitada la prueba de cargo en el procedimiento disciplinario, debe hacerse mención al contenido del derecho de defensa, el cual se integra, además por los derechos ya mencionados de ser informado de la acusación y el de no autoinculpación, por el principio de audiencia, el derecho a la prueba y por el derecho a ser asistido técnicamente en el expediente disciplinario.

En relación al principio de audiencia, debe subrayarse que parte de la puesta en conocimiento de la imputación y se satisface con el derecho del expedientado a ser oído y a intervenir en todas las diligencias del procedimiento. El principio de audiencia tiene, como instrumentos esenciales, el de publicidad del procedimiento para el expedientado⁵³ y el derecho a proponer las pruebas que estime pertinentes en su defensa⁵⁴.

El derecho a la prueba, según la doctrina jurisprudencial, rebasa el marco del procedimiento disciplinario, para extenderse también a la vía jurisdiccional. Como se ha indicado, al realizar el juicio de pertinencia y utilidad de la prueba propuesta en el expediente, debe tomarse en consi-

⁵² Así lo viene reiterando el Tribunal Supremo, entre otras, SS, Sala Quinta, 25 de marzo 2002 (RJ 2002, 5555) y 13 septiembre 2002 (RJ 2002, 8557).

⁵³ Cfr. art. 57 LRDFAS.

⁵⁴ Desde el punto de vista temporal, la audiencia debe llevarse a cabo siempre con carácter previo a la resolución (STS 6 mayo 2004 (RJ 2004, 3674), y debe realizarse en el seno del procedimiento disciplinario, no siendo suficiente la declaración en el marco de la información reservada, en tanto que, como indica la STS de 16 de julio de 2004 (RJ 2005, 1423), se trata de un instrumento auxiliar del mando para esclarecer los hechos que no puede sustituir al procedimiento disciplinario en sí, aún en las faltas leves.

deración los hechos relevantes, que no se enmarcan en el núcleo fáctico constitutivo de la infracción, sino que pueden alcanzar a las circunstancias subjetivas del expedientado o, incluso, a aspectos periféricos al hecho imputado, como es el caso de la prueba sobre la verosimilitud de los testigos de cargo. Por otra parte, la garantía de contradicción exige, en ocasiones, que las diligencias practicadas anteriormente, sin intervención del expedientado, puedan ser objeto de reiteración, esta vez en condiciones de contradicción, y ello en tanto que el derecho a la prueba no se agota en la proposición de nuevos medios probatorios, sino que también se extiende al derecho a que la prueba practicada en el procedimiento sea obtenida con pleno respeto al derecho de defensa.

Finalmente, respecto al derecho a ser asistido técnicamente, es decir, por letrado o por otro militar designado al efecto, como modalidad tradicional de defensa específica del ámbito castrense, se reconoce en el art. 53 de la LORDFA para los expedientes por falta grave y, por extensión, en los expedientes gubernativos, sin que exista reconocimiento expreso del derecho para las faltas leves.

De acuerdo al marco legal, se plantean dos cuestiones, a saber, si en el procedimiento por faltas leves puede reconocerse un derecho a la asistencia técnica del expedientado, y cuál es el contenido de dicha asistencia técnica, fuera de lo que cabría considerar los trámites reglados, en el ámbito del procedimiento disciplinario.

La doctrina jurisprudencial nos enseña que ambas cuestiones deben ser examinadas a través del mismo parámetro, que no es otro que el de la proporcionalidad, de manera que ha de ponderarse, por una parte, la garantía de defensa técnica reconocida genéricamente por la traslación de las garantías constitucionales al procedimiento disciplinario, incluyendo al procedimiento por faltas leves, y, por otro lado, la potencial incidencia del ejercicio de dicho derecho en el principio de eficacia que estructura la actuación disciplinaria.

En consecuencia, tanto el derecho a la asistencia técnica en el procedimiento por faltas leves, como el contenido de la defensa técnica, resultan modulables en cada caso, sujetos al pronóstico de relevancia en orden a la eficacia de la potestad disciplinaria, de manera que resultaría ilícito, por desproporcionado, cualquier sacrificio en el ejercicio de esos derechos en los supuestos en que no tengan incidencia relevante en la tramitación y resolución del procedimiento disciplinario. En este juicio de proporcionalidad encuentran respuesta cuestiones tales como el derecho a la defensa en el procedimiento por faltas leves o la intervención presencial del defensor en las pruebas que deben practicarse en el expe-

diente disciplinario⁵⁵, debiendo entenderse que vulneran el derecho de defensa aquellos supuestos en que se deniega la asistencia técnica de forma desproporcionada, es decir, cuando no se da un pronóstico de incidencia negativa que sea relevante en la tramitación del procedimiento disciplinario.

2) LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD

Los matices entre el proceso penal y el disciplinario en materia de garantía de imparcialidad son mucho más acusados que en el caso del derecho de defensa, puesto que el derecho fundamental a ser juzgado por un órgano imparcial no alcanza al ámbito de los procedimientos disciplinarios⁵⁶.

Por este motivo, la garantía de imparcialidad tiene su juego aplicativo en el ámbito de la legalidad ordinaria, si bien hay que indicar que las garantías constitucionales también producen sus efectos en esta esfera, teniendo su traslación al procedimiento disciplinario el derecho al órgano sancionador predeterminado por la Ley⁵⁷.

La garantía de imparcialidad se integra por este derecho a la predeterminación legal del órgano sancionador, así como el derecho al órgano

⁵⁵ En relación a este supuesto, en opinión de FORTÚN ESQUIFINO, R. («Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas». Ministerio de Defensa. Madrid. 2000, pág. 932) y citando la sentencia del TC 229/1993, de 12 de julio (RTC 1993, 229), el art. 53 LORDEFA no garantiza que el defensor esté presente físicamente en todas las actuaciones a que dé lugar el procedimiento. En mi opinión, si bien es cierto que efectivamente existen matices en cuando a la asistencia técnica en el procedimiento disciplinario, lo cierto es que la presencia física del defensor o, lo que es lo mismo, su intervención directa en la práctica probatoria, refuerza la garantía de contradicción, por lo que los supuestos en que se impide esta intervención directa estarían sujetos al juicio de proporcionalidad al que nos hemos venido refiriendo, siendo ilícito, por vulnerar el derecho de defensa, el impedir la presencia del defensor en la práctica de las pruebas cuando ello no incida de forma relevante en la tramitación del procedimiento.

⁵⁶ La no comunicabilidad entre la garantía penal del derecho al juez imparcial con el derecho a ser sancionado por un órgano imparcial en el procedimiento disciplinario se ha venido reiterando en la doctrina del Tribunal Constitucional, reconduciendo el tema al ámbito de la legalidad ordinaria: SS 22/1990, de 15 de febrero (RTC 1990, 22), 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76), 14/1999, de 22 de febrero (RTC 1999, 14) y 74/2004, de 22 de abril (RTC 2004, 74), entre otras). En el mismo sentido, STS 13 marzo 2006 (RJ 2006, 5330).

⁵⁷ BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. «Las garantías constitucionales del procedimiento administrativo sancionador» en Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. 1993, págs. 81-82; GARBERI LLOBREGAT, J. «La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador». Ed. Trivium. Madrid. 1989, pág. 179.

imparcial, en cuyo seno, eventualmente, puede enmarcarse la separación de las funciones de instrucción y resolución en el procedimiento disciplinario.

Este derecho a que el expediente sancionador sea tramitado y resuelto por un órgano imparcial no adquiere el rango de derecho fundamental, lo cual nos lleva al examen de las reglas legales que garantizan este derecho. En este punto, hay que significar que la estratificación de la potestad sancionadora en el ámbito castrense, genera situaciones de cercanía y relación personal entre el órgano sancionador y el sancionado, que pueden generar riesgos desde el punto de vista de la garantía de imparcialidad de la autoridad sancionadora.

En el procedimiento disciplinario militar, tanto el art. 52 de la LRD-FAS como el art. 41 de la LRDGC, regulan el régimen de abstención y recusación del Instructor y del Secretario del expediente disciplinario, remitiéndose a las causas previstas en la legislación procesal militar⁵⁸. Sin embargo, no están reguladas las causas de abstención y recusación de la autoridad sancionadora, cuando la potencial cercanía entre expedientado y órgano sancionador requerirían de una expresa regulación, al igual que en el caso del Instructor y del Secretario. Precisamente, en el marco disciplinario común de los funcionarios públicos, la regulación expresa del régimen de abstención y recusación del Instructor y del Secretario encuentra su justificación en potenciales conflictos por motivos de cercanía o relaciones personales en el ámbito subjetivo, a la vez que se prescinde de la regulación de la abstención y recusación de la autoridad sancionadora, por cuanto la competencia para sancionar se sitúa en los estratos más altos de la jerarquía administrativa, diluyéndose potenciales conflictos con los interesados, lo cual no ocurre en el ámbito disciplinario militar. Por tanto, se produce al ámbito militar una traslación de la regulación disciplinaria común, sin tener en cuenta las singularidades propias concretadas en la dispersión de la potestad sancionadora.

Lógicamente, la ausencia de regulación expresa para la autoridad sancionadora no significa que no esté sujeta a la garantía de imparcialidad,

⁵⁸ El art. 53 del CPM recoge las causas de abstención y recusación. Sin embargo, tal remisión no está contemplada para el caso del régimen disciplinario judicial militar, lo que ha llevado a VACAS GARCÍA-ALÓS, L. («El régimen disciplinario judicial en la jurisdicción militar». La Ley. Número 5866. 8 de octubre de 2003, pág. 8), en relación al régimen disciplinario judicial militar, proponer la aplicación supletoria de las causas establecidas en el art. 28 y 29 de la Ley 30/1992, resaltando la conveniencia, de «lege ferenda», de clarificar el sistema de impugnaciones en materia de abstención y recusación del Instructor Delegado y del Secretario del expediente disciplinario.

por lo que debe entenderse que, ante la falta de previsión expresa, será de aplicación el régimen de abstención y recusación de los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, las cuales son de aplicación supletoria al procedimiento disciplinario en virtud de lo dispuesto en la D.A. octava de la citada Ley 30/1992 y D.F. Primera de la LRDFAS⁵⁹. Por tanto, la garantía de imparcialidad se integra por la predeterminación legal del órgano sancionador, por la separación de los órganos de instrucción y resolución, en su caso, y por la aplicación del régimen de abstención y recusación específicamente contemplado para el órgano instructor y el del procedimiento administrativo común para el órgano sancionador.

3) LA GARANTÍA DE CELERIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

La garantía de seguridad jurídica y de ser sancionado por medio de un procedimiento sin dilaciones indebidas se concreta, a nivel legal, en los institutos de la prescripción y de la caducidad en los procedimientos disciplinarios.

Las tendencias expansivas en esta materia también se aprecian del examen de la construcción jurisprudencial, que ha venido fijando criterios interpretativos, en materia de prescripción y caducidad de las infracciones y sanciones militares, que refuerzan la garantía de seguridad jurídica que ha de regir en esta materia.

Con carácter general, el cómputo de la prescripción se inicia desde que la falta se hubiese cometido⁶⁰ y la interrupción se produce con la inicia-

⁵⁹ Otra solución interpretativa sería la de extender el régimen de los arts. 52 LRDFAS y art. 41 LRGC a la autoridad sancionadora, si bien entiendo que la solución más técnica es la antes expresada de aplicación supletoria de la Ley 30/1992. En todo caso, habría que acudir supletoriamente a la Ley 30/1992 en cuanto al procedimiento y resolución de la abstención y recusación, puesto que los citados preceptos de las Leyes disciplinarias militares contemplan específicamente el procedimiento para la recusación del instructor y secretario, no siendo un cauce trasladable al caso de recusación de la autoridad sancionadora.

⁶⁰ Salvo en el caso de procedimiento iniciado por sentencia judicial condenatoria, que comenzará a computarse desde que la Administración hubiese tenido testimonio de la misma (cfr. arts. 25.1 LRDFAS y 68.4 LRDGC). En relación a este precepto, debe destacarse el criterio interpretativo mantenido en la STS 5.ª de 21 de abril de 2006 (RJ 2006, 2253; Ponente Excmo. Sr. Calvo Cabello), que refuerza la garantía de seguridad jurídica al ponderar la falta de diligencia en la conducta de la Administración para el cómputo del «dies a quo», y que entiende prescrita la infracción por la falta de diligencia de la Administración para conocer la fecha de firmeza de la sentencia, iniciando el expediente disciplinario cuando la falta estaba ya prescrita, aún cuando el juzgado sentenciador incumplió su deber de comunicarla. Por último, tratándose de faltas permanentes continuadas, el «dies a quo» se inicia desde el momento en que cesa la situación ilícita.

ción del procedimiento⁶¹, de manera que quedan al margen las diligencias preprocedimentales⁶².

Ello se exceptúa en el caso de faltas leves, que tiene una regulación absolutamente singular en el ordenamiento disciplinario militar⁶³, pues la iniciación del procedimiento disciplinario no interrumpe la prescripción, lo cual supone que, materialmente, la regulación se aproxime al instituto de caducidad⁶⁴. En este punto, debe significarse que la prescripción de la infracción leve sólo se interrumpe por la tramitación de un proceso penal o en los casos en que se tramita el procedimiento de forma acumulada en un procedimiento por faltas graves.

Desde un punto de vista general, la cuestiones que plantean mayor controversia son, por una parte, la de dilucidar si la prescripción es susceptible de interrupción o de suspensión⁶⁵ y, por otra parte, la de los efectos de la caducidad en los procedimientos disciplinarios militares.

⁶¹ Más precisamente, la prescripción se interrumpe desde el momento en que se notifica al interesado la orden de incoación del expediente, criterio que fue sentado por la STS 14 febrero 2001 (RJ 2001, 9305). En relación a esta cuestión, más ampliamente MARTINEZ MICO, J.G. «La prescripción de las faltas disciplinarias en el ámbito castrense». La Ley. Número 5464. 21 enero 2002, págs. 6 a 8).

⁶² La STS 16 julio 2004 (RJ 2005, 1423) indica que la información reservada no interrumpe la prescripción. Sin embargo, en el ámbito disciplinario judicial militar, al igual que en el régimen disciplinario de Jueces y Magistrados (cfr. art. 416.3 LOPJ), las diligencias informativas sí interrumpen la prescripción siempre que se trate de la investigación de la conducta del expedientado (art. 130 LJM).

⁶³ La no interrupción de la prescripción en las faltas leves por la iniciación del procedimiento es singular del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (cfr. art. 22 LRD-FAS), no estando prevista tal singularidad en los demás ámbitos del régimen disciplinario militar (v.gr. Guardia Civil y régimen disciplinario judicial militar).

⁶⁴ En este sentido, MARTINEZ MICÓ, J.G. «La prescripción de las faltas disciplinarias en el ámbito castrense». La Ley. Número 5464. 21 enero 2002, pág. 2.

⁶⁵ Este tema ha sido muy debatido en la doctrina, por cuanto los efectos son muy diferentes en uno y otro caso. Así, en el caso de la interrupción, el cómputo vuelve a reiniciarse, de manera que el término transcurrido hasta entonces queda eliminado, de acuerdo a la regulación genérica del art. 1973 del Código Civil; sin embargo, en la suspensión, el término vuelve a correr a partir del momento en que se interrumpió, de manera que se computa el plazo de prescripción ya ganado (vid. sobre esta cuestión CARRETERO PÉREZ, A. y CARRETERO SÁNCHEZ, A. «Derecho administrativo sancionador». Edersa. Madrid. 1995, págs. 218 y ss.; JIMÉNEZ IBÁÑEZ, S. «El Derecho administrativo sancionador». Revista jurídica de Castilla la Mancha. Núm. 18. 1993, págs. 362 y ss.).

Esta cuestión suscita mayor controversia en el ámbito disciplinario por los términos en los que se regula la interrupción de la prescripción, previendo expresamente que la prescripción «vuelve a correr» en las interrupciones fallidas. En estos términos se regula en el art. 22 de la LORDFAS, 68.3 LRDGC y 130 LJM. Esta cuestión es ampliamente analizada por RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «La modificación del régimen disciplinario judicial militar por la L.O. 16/1994 de reforma de la LOPJ» en AAVV «Cuestiones Penales y Procesales militares». Cuadernos de Derecho Judicial. 1996, págs. 95 a 98.

Tradicionalmente, la Sala Quinta del Tribunal Supremo viene manteniendo el criterio de la interrupción de la prescripción y de la no aplicación del instituto de la terminación por caducidad al procedimiento disciplinario militar. Por tanto, al rebasarse el plazo de tramitación del procedimiento se vuelve a computar la prescripción, no produciéndose la finalización del expediente caducado. Sobre esta línea tradicional, la importante Sentencia de la Sala 5.^a del TS de 14 de febrero de 2001⁶⁶ vino a innovar el criterio mantenido hasta entonces, interpretando que, en el caso de expedientes caducados, la notificación de la resolución sancionadora ha de producirse dentro del plazo de prescripción de la falta⁶⁷.

Por otra parte, ha venido rechazando de forma reiterada la aplicación del instituto de la caducidad regulado en el art. 44.2 de la Ley 30/92 al procedimiento disciplinario militar, con razón de lo dispuesto en el art. 127.3 y en la D.A. Octava de la misma Ley, si bien entendiendo que la superación del plazo fijado para la conclusión del expediente determina la reanudación del cómputo del plazo de prescripción⁶⁸. Sin embargo, este mismo criterio en relación a la caducidad ha sido modificado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia del Pleno de fecha 27 de febrero de 2006⁶⁹, lo cual hace necesario que reflexionar siquiera sucintamente sobre esta cuestión, la cual ha suscitado una amplia controversia.

En un primer momento, en la redacción inicial de la Ley 30/1992, se vino entendiendo que la finalización por caducidad regulada en la citada Ley no era aplicable a los procedimientos disciplinarios, habiéndose pronunciado reiteradamente en este sentido la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁷⁰. Sin embargo, sobre el inicial marco normativo de la

⁶⁶ RJ 2001,9305.

⁶⁷ Esta línea ha sido seguida reiteradamente en resoluciones posteriores: SSTS 15 noviembre 2001 (RJ 2002, 3713); 18 marzo 2002 (RJ 2002,5308) y 28 junio 2002 (RJ 2002,5884), entre otras muchas.

⁶⁸ Entre otras, SSTS Sala 5.^a 14 febrero 2001 (RJ 2001, 9035); 24 septiembre 2001 (RJ 2001, 8683), 20 mayo 2002 (RJ 2002, 5877).

⁶⁹ RJ 2006, 1757, criterio éste que ha venido siguiendo posteriormente en otras sentencias como las SSTS 14 junio 2006 (RJ 2006, 5956). Ello no obstante, la Sentencia del Pleno de 27 de febrero de 2006 tiene dos votos particulares, suscritos por ocho Magistrados, que pone de manifiesto la controversia jurídica sobre esta cuestión, aún cuando no podamos entrar en ella en este estudio por razones de extensión. En cualquier caso, debemos subrayar que esta sentencia tiene especial interés para la materia objeto de nuestro estudio, al producirse este pronunciamiento en el ámbito de los Jueces y Magistrados, con un régimen disciplinario orgánico propio, como en el caso de los militares, por lo que la interpretación puede trasladarse al ámbito castrense.

⁷⁰ Entre otras, SSTS Sala Tercera 21 mayo 1996 (RJ 1996, 5420); 7 febrero 1997 (RJ 1997, 1354); 11 febrero 2002 (RJ 2002,3156).

Ley 30/1992 se sucedió la reforma de la Ley 22/1993, que dio nueva redacción a la D.A. octava, estableciendo la aplicación supletoria del Título IV de la Ley a los procedimientos disciplinarios⁷¹, y la operada por Ley 4/1999, que dio nueva redacción al art. 44.2 de la Ley 30/92, disponiendo de forma inequívoca la caducidad de los procedimientos sancionadores cuando la Administración no resuelva dentro de plazo⁷². Estas modificaciones en el marco normativo iniciaron una línea interpretativa, concretada en algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, favorable a aplicar la caducidad a los procedimientos disciplinarios⁷³, lo cual se vio reforzado por la ulterior evolución de las normas de procedimiento disciplinario, que vinieron contemplando expresamente la caducidad como forma de terminación del procedimiento en determinados ámbitos de la función pública estatal⁷⁴.

Todos estos elementos determinaron que la Sala Tercera del Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia del Pleno de 27 de febrero de 2006, antes citada, haya modificado su criterio interpretativo y haya entendido que la caducidad es causa de terminación de los procedimientos disciplinarios, habiéndose pronunciado a favor de la aplicación supletoria del art. 92.2 de

⁷¹ En el Título IV es donde se ubica sistemáticamente el art. 44 de la Ley 30/1992, el cual es aplicable supletoriamente a los procedimientos disciplinarios por imperio de la D.A. octava de la Ley 30/1992, redactada por la D.A. tercera de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, disponiendo, en lo que aquí interesa, que «los procedimientos para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración General del Estado se regirán por su normativa específica y, en su defecto, por las normas contenidas en los títulos preliminar, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y IX de la Ley 30/1992».

⁷² En la redacción originaria de la Ley 30/1992 se contemplaba la caducidad para los «procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir efectos favorables», por lo que, al no hacerse referencia expresa a los procedimientos sancionadores, se rechazó de forma generalizada la aplicación de la caducidad en estos procedimientos y, más aún, en el caso de los procedimientos disciplinarios.

⁷³ Entre otros, pueden citarse las SS de la Audiencia Nacional Audiencia Nacional de 3 de octubre de 2002 (JUR 2003, 59929); TSJ Andalucía de 27 de enero de 2003 (JUR 2003, 65939), 10 de marzo de 2003 (Recurso 475/2002) y 19 diciembre 2003 (R. 3668/2003); Cataluña 12 mayo 1999 (RJCA 1999, 2185) y 22 junio 2004 (JUR 2004, 226391); La Rioja 21 mayo 2003 (JUR 2003, 229396), y Galicia de 17 de julio de 2003 (R. 1312/2002).

⁷⁴ Esta línea legislativa se inicia con la Ley 24/2001, cuyo art. 69 establece que, en el procedimiento disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado, el plazo para la notificación y resolución es el de doce meses. Posteriormente, se contempla expresamente la terminación por caducidad del procedimiento disciplinario en el caso del personal al servicio de la Administración de Justicia (art. 38 del RD 796/2005, de 1 de julio) y en el caso de los Secretarios judiciales (art. 185 del RD 1608/2005, de 30 de diciembre).

la Ley 30/1992 a los procedimientos seguidos por faltas disciplinarias contra Jueces y Magistrados. Como ya se ha indicado, no ha sido éste el criterio seguido hasta el momento por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que viene rechazando de forma reiterada la aplicación del art. 44.2 de la Ley 30/92 al procedimiento disciplinario militar⁷⁵, si bien, como ya se ha indicado, entiende, por una parte, que la superación del plazo determina la reanudación del cómputo del plazo y, por otra parte, que si la resolución sancionadora se dicta en un expediente caducado, debe notificarse dentro del plazo de prescripción.

Bajo mi punto de vista, la Ley 30/1992 es aplicable supletoriamente al procedimiento disciplinario militar en materia de normas procedimentales, entre ellas las de terminación por caducidad⁷⁶. Además, entiendo que concurre el supuesto de hecho de supletoriedad, es decir, la regulación específica del art. 22 LRDFAS⁷⁷ en cuanto a los efectos de la falta de conclusión del expediente disciplinario (v.gr. reanudación del cómputo del plazo de prescripción) no excluye la aplicación de la Ley 30/1992 o, lo que es lo mismo, no deroga el régimen de caducidad procedimental en este supuesto de hecho⁷⁸. En mi opinión, la citada regulación específica no deroga el régimen de la Ley 30/1992, puesto que el art. 22 LRDFAS despliega sus efectos en el ámbito material de la prescripción, y no en el procedimental, encontrando éste último su regulación en la Ley 30/1992, de aplicación supletoria. De acuerdo a esta tesis, sería de aplicación la terminación por caducidad en los procedimientos disciplinarios militares, con el efecto de nulidad en la resolución sancionadora dictada en el procedimiento caducado, pues así lo impone la naturaleza del plazo, sin per-

⁷⁵ Vid., entre otras y además de las sentencias ya citadas supra, SSTS Sala 5.ª 11 febrero 2003 (RJ 2003, 1728), 20 mayo 2005 (RJ 2005, 5178), y 10 noviembre 2005 (RJ 2006,845). Puede verse asimismo en la STS 27 marzo 2006 (RJ 2006, 2045; Ponente Excmo. Sr. García Lozano), fundamento primero, una extensa cita de la reiterada doctrina de la Sala 5.ª sobre la caducidad.

⁷⁶ La aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento disciplinario militar tiene su base normativa en la Disposición Final Primera de la LRDFAS, que declara la supletoriedad de la misma en materia de procedimiento y recurso, en concordancia con la D.A. octava de la Ley 30/1992, redactada por Ley 22/1993, en virtud de la cual son de aplicación supletoria, por lo que aquí interesa, tanto el Título IV (art. 44) como el Título VI (art. 92). En los mismos términos es de aplicación supletoria en el ámbito de la Guardia Civil por el reenvío de la D.A. primera de la LRDGC a la legislación disciplinaria de las Fuerzas Armadas como norma supletoria de primer grado.

⁷⁷ En los mismos términos art. 68 LRDGC y art. 130 LJM. Debe subrayarse aquí que la regulación del art. 416.3 de la LOPJ, aplicada en la citada STS 3.ª de 27 de febrero de 2006, lo es en términos similares a los de la legislación disciplinaria militar.

⁷⁸ Este argumento también ha sido utilizado por la Sala Quinta del TS: Vid. SSS 7 y 11 de julio de 2003 (RJ 2003, 6153 y 7049), entre otras.

juicio de que pueda acordarse la incoación de nuevo procedimiento por los mismos hechos⁷⁹.

En esta misma materia de prescripción y caducidad, deben destacarse dos criterios interpretativos especialmente relevantes en la doctrina de la Sala Quinta.

Un primer criterio en el ámbito de la prescripción lo es a propósito del plazo para ejercitar la potestad del art. 63.1 de la LRDFAS (y art. 37.1 LRDGC), en virtud del cual la autoridad disciplinaria puede acordar la incoación de un procedimiento agravado. Esta potestad específica, que deriva de la atomización de la potestad sancionadora, tiene una naturaleza absolutamente excepcional, de manera que la jurisprudencia, de forma acorde con dicha naturaleza, ha venido entendiendo que estamos ante un plazo de caducidad y no de prescripción, entendiendo que la caducidad afecta tanto al plazo en el que debe adoptarse la resolución (v.gr. quince días), como al plazo en que debe realizarse la notificación conforme al art. 58 Ley 30/1992 (v.gr. diez días)⁸⁰.

El segundo criterio apuntado lo es en relación a la aplicación del plazo de instrucción del procedimiento, a efectos del cómputo de la prescripción, cuando se tramita el procedimiento por una falta de mayor entidad y finalmente se sanciona una falta de menor gravedad, singularmente cuando se inicia el procedimiento por falta grave y se acaba sancionando por falta leve. En este caso, la jurisprudencia distingue entre el criterio general –aplicación del plazo de tramitación correspondiente al de la falta tramitada–, del criterio excepcional en que de la levedad de la conducta resulte que debió tramitarse, desde el principio, un procedimiento correspondiente a una infracción de menor entidad. En todo caso, una vez transcurre el plazo de tramitación del expediente, el plazo de prescripción es el de la falta obje-

⁷⁹ Cfr. art. 92.2 Ley 30/1992. No obstante, algunos autores cuestionan la posibilidad de reiniciar un nuevo procedimiento fundamentándolo en razones de seguridad jurídica (CABALLERO SÁNCHEZ, R. «Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo». Ed. Mc Graw-Hill. Madrid. 1999, página 449; LÓPEZ PELLICER, J.A. «La caducidad del procedimiento administrativo sancionador: ¿puede abrirse y tramitarse otro si la infracción ha prescrito? Número 42. 1999, págs. 1195-1996) o, de forma más restringida, en los supuestos en que la Administración actúa con abuso de derecho o desviación de poder (DE DIEGO DÍEZ, L.A. «Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador». Ed. Bosch. Barcelona. 2006, pág. 222).

⁸⁰ Así, en relación al art. 37 de la LRDGC, el Tribunal Supremo ha entendido que el plazo de quince días fijado en el precepto es un plazo de caducidad con fundamento en que es una facultad exorbitante que ha de ser restrictivamente valorada por afectar a un derecho fundamental del sancionado: SSTS Pleno 25 octubre 2002 (RJ 2002, 9832); STS 5.ª 14 marzo 2003 (RJ 2003, 5106); 15 noviembre 2004 (RJ 2004, 8012).

to de sanción⁸¹. Del criterio seguido por la jurisprudencia resulta que, a la postre, lo esencial es el juicio retrospectivo de apariencia que debe realizarse caso por caso, de manera que la aplicación de uno u otro término de prescripción está condicionado a la valoración histórica, ubicada cronológicamente en el momento inmediatamente anterior al inicio del expediente disciplinario, de manera que si el juicio de apariencia concluye que la falta debía ser calificada como de menor entidad, se aplica el término de prescripción derivado de la infracción aparente, en tanto que si existen dudas, por la vigencia del principio de seguridad jurídica, debe estarse a los plazos de tramitación correspondientes al procedimiento seguido.

III. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

El control jurisdiccional de la potestad sancionadora de la Administración Militar se materializa a través del recurso contencioso-disciplinario, contemplándose en la legislación procesal dos cauces como son el ordinario, limitado normativamente a las faltas graves y las impuestas en expediente extraordinario, y el de tutela de derechos fundamentales, que incluye también la impugnación de las faltas leves.

En este ámbito, deben destacarse tres puntos de especial interés, que serán objeto de análisis: 1) la redefinición de la actividad administrativa impugnabile, especialmente en lo que se refiere al control de infracciones de legalidad ordinaria en faltas leves; 2) la extensión del control jurisdiccional, especialmente intenso tratándose del control de la potestad disciplinaria; y 3) la responsabilidad patrimonial de la Administración Militar por la anulación de actos sancionadores, que presenta singular interés por la naturaleza de las sanciones y la regla general de ejecutividad sin esperar a la firmeza de la resolución administrativa.

1. LA IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL DE LAS SANCIONES POR FALTA LEVE

La evolución legislativa de la impugnación jurisdiccional de las sanciones disciplinarias militares por falta leve tiene un primer punto de inflexión en su inclusión en el proceso de tutela de derechos fundamentales, lo

⁸¹ SSTs 5.ª 21 diciembre 2004 (RJ 2005, 76613 marzo 2006 (RJ 2006, 5330). y 19 mayo 2006 (RJ 2006, 3269), entre otras.

cual se produce con la promulgación del Código Procesal Militar. Por tanto, quedaban al margen del control jurisdiccional las infracciones de legalidad ordinaria, por cuanto los art. 453 y 468.b) del Código Procesal Militar restringen el cauce ordinario a la impugnación de las faltas graves. La existencia de este ámbito de inmunidad jurisdiccional se justificó en la misma levedad de la sanción y en la singularidad del régimen disciplinario militar, lo cual llevó a mantener tal exclusión tanto en la LRDGC de 1991 como en la LR DFA de 1998⁸².

Ello fue ampliamente contestado por la doctrina mayoritaria⁸³, que subrayó la incompatibilidad de la existencia de dicha zona de inmunidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y con el control de legalidad de la actuación administrativa que declara el art. 106.1 de la CE, argumentos que resultan expresados en la Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2002, de 28 de octubre, que planteó al Pleno la denominada «autocuestión» de inconstitucionalidad de los arts. 453.2 y 468.b) del Código Procesal Militar, aún hoy pendiente de resolución. No obstante, el planteamiento de la cuestión y la doctrina emanada de la citada sentencia, determinó un cambio de orientación jurisprudencial de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, declarando la admisión del recurso ordinario en el caso de sanciones por falta leve⁸⁴; paralelamente, algunos Tribunales Militares han

⁸² La solución legal del art. 77.3 de la LR DFA de 1998 se justificaba en la relevancia constitucional de la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas y en la venialidad de la punición legalmente prevista, apoyándose en la doctrina del TC contenida en la Sentencia 18/1994, de 20 de enero (RTC 1994, 18) en relación al citado precepto. Más ampliamente, CARCELES NIETO, A. («Principios generales que informan la LR DFA»). Revista Española de Derecho Militar. Núm. 73. 1999, págs. 32-34) quien ya expresaba sus dudas sobre si efectivamente quedaba salvaguarda la tutela judicial efectiva, pese a ser uno de los principales protagonistas de la reforma en la tramitación parlamentaria.

⁸³ MILLAN GARRIDO, A. «Ley Procesal Militar». Ed. Tecnos. Madrid. 1989, pág. 24-25; y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. Prólogo a la obra de ROJAS CARO «Derecho disciplinario militar». Ed. Tecnos. Madrid. 1990, pág. 24. Más recientemente, entre otros, en sentido crítico en relación a la limitación legal de la impugnación de las sanciones por falta leve por motivos de legalidad ordinaria, considerando que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: ALCANTARILLA HIDALGO, F.J. «La naturaleza contencioso-administrativa del procedimiento contencioso-disciplinario militar: incidencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio». Justicia Administrativa. Enero 2002; pág. 43; ESCRIBANO TESTAUT, P. «Los militares ¿sujetos de derechos capitidismos? (en torno al limitado control jurisdiccional de las sanciones leves en el régimen disciplinario militar)» en la obra colectiva «La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario». Ed. Bosch. Barcelona. 2003, págs. 850-851; RODRIGUEZ TEN, J. «Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas». Ed. Aranzadi. Pamplona. 2000, pág. 255.

⁸⁴ En este sentido, SSTS Sala 5.ª 24 septiembre 2004 (RJ 2004, 6639); 25 febrero 2005 (RJ 2005,3172) y 24 febrero 2006 (RJ 2006, 1704), entre otras.

planteado cuestiones de inconstitucionalidad sobre los citados arts. 453 y 468.b), admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional⁸⁵.

Por tanto, en el momento actual, la jurisprudencia ha declarado la admisibilidad del recurso ordinario contra las sanciones por falta leve, con fundamento último en el carácter vinculante de la interpretación del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, aún cuando subsiste la pendencia de la autocuestión de inconstitucionalidad, con un claro pronóstico estimatorio, dados los contundentes términos en que se pronuncia la STC 202/2002.

En este punto, pueden destacarse dos claves que determinarían la inconstitucionalidad de la restricción: una primera, es el nulo margen que tiene el legislador para crear zonas de inmunidad jurisdiccional en la actividad administrativa; y la segunda, es que los fines que justifican la intensidad de la potestad disciplinaria, incluso en el caso de faltas leves, no resultan desvirtuados por el control jurisdiccional de dicha potestad, pues los mismos se cumplen por otros mecanismos legales como son el incremento de la potestad cautelar y la inmediata ejecutividad de la sanción impuesta.

Por último, debe subrayarse que, en la hipótesis de declaración de inconstitucionalidad, el efecto de tal declaración se extendería a los preceptos legales que restringen la tutela cautelar en las faltas leves, singularmente al art. 513 CPM, en tanto que la tutela cautelar integra con carácter fundamental el derecho a la tutela judicial efectiva, del cual es componente inescindible⁸⁶.

2. LA EXTENSIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL

Un segundo punto de interés destacado es la extensión del control jurisdiccional en la impugnación de las resoluciones sancionadoras de

⁸⁵ Son numerosas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas. Entre las primeras que se admitieron, las cuestiones seguidas con el número 42303/2003 y 5219/2003 (BOE 11-10-2003), planteadas por el Tribunal Militar Territorial Cuarto de A Coruña, y entre las más recientes la seguida con el número 11075/2006 (BOE 6-2-2007) planteada por el Tribunal Militar Territorial de Sevilla.

Aparentemente, la solución más técnica es la de plantear la cuestión de inconstitucionalidad dada la vigencia de la norma legal, pero lo cierto es que la admisión directa tiene fundamento en el art. 5.1 de la LOPJ, debiendo ponderarse, por una parte, los claros términos que resultan de la interpretación sostenida en la STC 202/2002 y, por otra parte, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los interesados.

⁸⁶ Lógicamente, el hipotético efecto de una declaración de inconstitucionalidad del art. 453.2 y 468.b) CPM alcanzaría no sólo a las normas que restringen la tutela cautelar en vía jurisdiccional, sino también en vía administrativa, concretamente al art. 81 LRDFAS, que limita la suspensión en esta vía a las faltas graves y extraordinarias.

naturaleza disciplinaria, el cual se caracteriza por el rasgo de la plenitud, de manera que el margen de intangibilidad de discrecionalidad administrativa es muy escaso.

A la hora de delimitar la extensión del control jurisdiccional en el ámbito disciplinario, siempre ha de tenerse en cuenta un límite infranqueable cual es la inmodificabilidad de los hechos probados en la resolución sancionadora, como derivado de la garantía básica de defensa de la inalterabilidad de los hechos imputados⁸⁷.

Fuera de este límite, el control jurisdiccional de fondo se extiende a los hechos, cumplimiento de garantías procedimentales y al ejercicio mismo de la actividad sancionadora, revisando tanto el sustrato fáctico como el juicio de tipicidad de los hechos probados y la individualización de la sanción. Eventualmente, la jurisdicción militar es competente para conocer del pronunciamiento sobre responsabilidad patrimonial si se acumula la pretensión, lo cual es facultativo para el demandante como posteriormente examinaremos.

De forma instrumental a la plena cognición del órgano jurisdiccional, entra en juego el ensanchamiento del derecho a la prueba en el recurso contencioso-disciplinario⁸⁸, de manera que la misma no se encuentra limitada por la propuesta y practicada en el procedimiento disciplinario previo, y ello en tanto que el procedimiento administrativo no es una primera instancia jurisdiccional.

Pero, sin duda, lo que determina la plenitud del control jurisdiccional es el control de la proporcionalidad en el ejercicio de la actividad administrativa sancionadora, lo cual alcanza a los aspectos dosimétricos en la imposición de la sanción⁸⁹. La intensidad de este control se ve incremen-

⁸⁷ Como indica el Tribunal Supremo, el tribunal actúa con plena cognición al decidir el recurso contencioso-disciplinario (STS Sala 5.ª 24 septiembre 2004 (RJ 2004, 7984), si bien ello no le faculta a modificar los hechos probados en la resolución sancionadora (SSTS Sala 5.ª 11 marzo 2002 (RJ 2002., 4675); 9 marzo 2005 (RJ 2005, 3358), entre otras).

⁸⁸ Sobre los caracteres genéricos del derecho a la prueba, puede verse STS 7 abril 2006 (RJ 2006, 4772, Ponente Excmo. Sr. Julián Hernán), fundamento segundo.

⁸⁹ La doctrina subraya que la actividad sancionadora de la Administración no es discrecional, por cuanto el control jurisdiccional se efectúa también por el principio de proporcionalidad. En este sentido, CASTILLO BLANCO, F.A. «Función pública y poder disciplinario del Estado». Ed. Civitas. Madrid. 1992, pág. 321; SUAY RINCON, J. «Potestad disciplinaria». Libro Homenaje a Villar Palasí. Ed. Civitas. 1989, págs. 1379 y ss. En el ámbito del control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar, MARTÍNEZ MICÓ, J.G. («El principio de proporcionalidad y graduación dosimétrica en la sanción de las infracciones disciplinarias militares». Revista Española de Derecho Militar. Nú., 74. 1999, págs. 55 y ss.) indica que la elección de la sanción a imponer no es discrecional, siendo revisable tanto en vía contencioso-administrativa por la jurisdicción militar, conforme al art. 465 CPM, como en vía casacional, cuando es motivo de recurso la correcta aplicación del criterio normado.

tada por la evolución legislativa tendente a limitar la potestad discrecional de la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora, estableciendo criterios para la graduación de las sanciones, que alcanzan también a las circunstancias individuales del sancionado.

Finalmente, debe hacerse una sucinta referencia a la tutela cautelar, la cual se ve muy atenuada por el interés público, especialmente intenso, en la inmediata ejecutividad de la sanción⁹⁰ y por el mismo diseño procedimental del recurso administrativo, que en muchas de las ocasiones determina que la sanción ya se haya cumplido cuando se acude a la vía jurisdiccional⁹¹. Ello explica lo restringido de la tutela cautelar en sede jurisdiccional, aún cuando la regulación del art. 513 CPM, para el proceso ordinario, y art. 518.f) CPM, para el de derechos fundamentales, lo sea en términos que cabe considerar amplios.

La otra cara de la moneda de la restricción en la tutela cautelar es el mayor pronóstico de conflictividad en sede de responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de actos sancionadores, por cuanto, una vez ejecutada la sanción, la reparación de los daños y perjuicios sufridos sólo puede realizarse por esta vía.

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA ANULACIÓN DE RESOLUCIONES DISCIPLINARIAS

Una última cuestión relacionada con el ejercicio –patológico– de la potestad disciplinaria, es la posible responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de actos sancionadores.

El fundamento legal de dicha responsabilidad está en el régimen establecidos en los arts. 139 a 145 de la Ley 30/1992, contemplando específicamente el art. 142.4 el supuesto de hecho de responsabilidad por anulación de actos administrativos.

La cuestión reviste especial interés tratándose de anulación de sanciones disciplinarias impuestas por la Administración militar por dos motivos: a) por una parte, es un ámbito objetivo donde rompe la exclusividad de la jurisdicción contencioso-administrativo en materia de responsabili-

⁹⁰ Esta intensidad del interés público en la ejecutividad inmediata de la sanción se infiere de lo dispuesto en el art. 81 de la LRDFAS, precepto que dispone preceptivamente la denegación de la suspensión en el caso que se cause perjuicio a la disciplina militar.

⁹¹ La inmediatez es tal que está previsto incluso que el cómputo del plazo del recurso administrativo se inicie a partir del cumplimiento cuando se trata de sanciones de arresto (art. 76.4 LRDFAS).

dad patrimonial de las Administraciones Públicas, en el caso que se acumule la pretensión indemnizatoria a la anulatoria en el recurso contencioso-disciplinario ordinario, tal como autoriza expresamente el art. 469 y 495.b) del Código Procesal Militar; y b) por otra parte, las singularidades del régimen disciplinario militar, con un amplio abanico de sanciones de naturaleza no económica, y dada la vigencia del principio de ejecutividad inmediata, determinan un pronóstico conflictual amplio en esta materia.

En relación al primer punto de interés enunciado, debe subrayarse que la acción de responsabilidad patrimonial es acumulable potestativamente a la pretensión anulatoria en el proceso ordinario, tal como se desprende del art. 469 y 495.b) del Código Procesal militar, de manera que estamos ante un supuesto de acumulación de acciones potestativa para el demandante. En caso de acumularse las acciones, el pronunciamiento sobre responsabilidad patrimonial lo realiza el órgano jurisdiccional militar, en tanto que el mismo está dentro del objeto del recurso contencioso-disciplinario, por lo que se rompe la exclusividad jurisdiccional establecida a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa⁹².

Caso de no acumularse acciones y prosperar la pretensión anulatoria, el perjudicado tiene la opción de ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial por la vía de los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, iniciando el correspondiente procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Defensa y, en su caso, interponiendo el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El ejercicio autónomo de la acción de responsabilidad patrimonial está sujeto al plazo de prescripción establecido en el art. 142.4 de la Ley 30/1992, de manera que el derecho prescribe al año de haberse dictado la sentencia –o resolución– definitiva.

En relación a la segunda cuestión enunciada –singularidades de la responsabilidad de la Administración militar en la materia–, debe indicarse que, en el ámbito de la anulación de resoluciones disciplinarias en los funcionarios civiles, los conflictos son muy atenuados, por cuanto en la mayor parte de las ocasiones se trata de sanciones con contenido económico, por lo que, generalmente, no hay propiamente pronunciamiento de responsabilidad patrimonial, sino que la indemnización deriva del efecto mismo de la anulación, lo que se concreta en el abono de las retribuciones dejadas de

⁹² Son numerosos los supuestos en que se ha pronunciado la jurisdicción militar sobre la responsabilidad patrimonial derivada del pronunciamiento anulatorio en el recurso contencioso-disciplinario, incluso difiriendo el «quantum» para el trámite de ejecución de sentencia (vid. por ejemplo SSTS 5.ª 9 mayo 1998 (RJ 1998, 4950) y 17 febrero 2006 (RJ 2006, 1702).

percibir incrementadas con los intereses. Por el contrario, en el ámbito militar, el conflicto en esta materia puede verse incrementado considerablemente en tanto que, en la mayor parte de las ocasiones, estamos ante sanciones de contenido no económico, incluso privativas de libertad, que además, por regla general, ya han sido ejecutadas cuando se dicta la sentencia en el recurso contencioso-disciplinario. Ello puede generar un amplio campo de situaciones conflictuales en el caso de patologías en el ejercicio de la potestad disciplinaria, que pueden derivar en el ejercicio de acciones –acumuladas o autónomas– de responsabilidad patrimonial contra la Administración militar, cuando la actividad administrativa objeto de anulación haya ocasionado un daño antijurídico al funcionario.

En este ámbito, se plantean dos temas de especial interés, que trataremos sucintamente, a modo de apunte.

Por una parte, un primer tema de especial relevancia sería el deslinde genérico de los supuestos en que, en hipótesis, el daño derivado de la anulación puede ser indemnizable⁹³, lo que presenta especial controversia en los casos en que la anulación de la sanción se funda en infracciones formales. En concreto, la cuestión esencial es determinar si, al margen del pronunciamiento anulatorio, la conducta del perjudicado puede tener relevancia para valorar la antijuridicidad del daño, es decir, si la conducta dolosa o culposa del interesado puede romper el nexo causal entre el funcionamiento anormal de la Administración que supone el ejercicio patológico de la potestad sancionadora y el daño sufrido por el sancionado.

Este problema presenta varias facetas de discusión muy interesantes, por lo que sólo apuntaremos, a modo de síntesis, tres cuestiones que podrían dar algún motivo de reflexión sobre esta materia: a) en primer lugar, la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de un acto no está exceptuada del régimen general establecido en el art. 139 de la Ley 30/1992, por lo que la conducta del perjudicado puede romper el nexo causal en los casos en que ha actuado con dolo o negligencia; b) en segundo lugar, habría de distinguirse las anulaciones que dejan imprejuizado el hecho (v.gr. infracción esencial del procedimiento) de aquellas otras en que es posible fijar los hechos probados (v.gr. prescripción o caducidad); en este último caso, la conducta dolosa o culposa del perjudicado podría ser relevante para romper el nexo causal; y c) por último, el pronuncia-

⁹³ Como es sabido, la anulación de un acto administrativo no presupone el derecho a la indemnización, tal como expresa el art. 142.4 de la Ley 30/1992. De ahí que sea necesario que en el caso concreto se cumplan los requisitos establecidos en el art. 139 de la misma Ley, especialmente, la conexión causal entre el funcionamiento de la Administración y el daño sufrido, y la antijuridicidad del daño.

miento de responsabilidad patrimonial es un pronunciamiento de plena jurisdicción, si bien limitado por los efectos de la cosa juzgada si hubo un proceso anterior, por lo que no puede volverse a juzgar el acto anulado cuando la acción se ejercita de forma autónoma.

Un segundo tema que suscita especial controversia es el de la definición del daño indemnizable, especialmente en el caso del daño moral. En relación a esta cuestión, la jurisdicción militar viene manejando criterios más amplios en orden a la apreciación del daño moral, indicando que la prueba del daño moral es innecesaria, fundamentándolo en que el cumplimiento de una sanción a la postre anulada supone una innegable aflicción moral, así como un perjuicio y descrédito profesional para el sancionado⁹⁴. Lógicamente, esta mayor amplitud de criterios también está en relación con las peculiaridades del régimen militar, donde el componente ético tiene un juego aplicativo de especial intensidad, lo cual debe ser valorado a la hora de fijar el daño moral.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS

Del breve examen realizado sobre las garantías formales y el control jurisdiccional del procedimiento disciplinario militar, pueden concluirse, como aspectos destacados, ciertas deficiencias en el diseño del procedimiento por faltas leves, así como una falta de sintonía entre la regulación

⁹⁴ Puede verse ampliamente desarrollada la doctrina jurisprudencial de la Sala 5.^a sobre la indemnizabilidad del daño moral en la STS 3 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 9962, Ponente Excmo. Sr. Ruiz-Jarabo), fundamento tercero, en relación a las sanciones de arresto domiciliario. Esta doctrina de la Sala de lo Militar se ha seguido por la Audiencia Nacional de forma reiterada: vid. SAN 10 de junio de 2005 (JUR 2005, 238586) y las sentencias que en ella se citan.

Por el contrario, la jurisdicción contencioso-administrativa maneja criterios de mayor rigidez en este punto, exigiendo en ocasiones la acreditación del daño moral [vid. STS 3.^a 29 abril 2004 (RJ 2004, 2659)], o utilizando argumentos heterogéneos tales como la reparación derivada de la misma sentencia anulatoria o la causa misma de la anulación, entendiéndose que no existe daño moral cuando la anulación no se produce por inexistencia de hechos o porque los hechos no son constitutivos de falta. Este criterio interpretativo tiene cercanía con los supuestos contemplados en el art. 294.1 de la LOPJ en relación al derecho a indemnización por prisión provisional indebida, si bien la misma Sala Tercera ha puesto de manifiesto la insuficiencia de la regulación legal, extendiendo el derecho a la indemnización a los supuestos de «inexistencia subjetiva» o imposibilidad de participar en los hechos suficientemente probada (vid. STS 3.^a 27 abril 2005 (RJ 2005,4977) o a supuestos de terminación anticipada del proceso por falta de acusación (STS 20 febrero 1999 (RJ 1999, 1089)). En cualquier caso, parece que los distintos fundamentos de la responsabilidad del Estado juez y de la responsabilidad patrimonial de la Administración haría que los supuestos de hecho no fueran equiparables.

legal y el cuadro de sanciones disciplinarias correspondientes a estas infracciones.

En el ámbito del procedimiento por faltas leves, debe subrayarse la insuficiencia de la regulación procedimental, donde falta el reconocimiento de derechos básicos como el de asistencia técnica del expedientado, a la vez que la parca reglamentación del expediente puede generar problemas de inseguridad jurídica. Lo mismo cabe decir del control jurisdiccional, el cual debe ser reconducido a los términos constitucionales, eliminando cualquier zona de inmunidad jurisdiccional en la impugnación de las faltas leves.

Lógicamente, esta ampliación de la tutela jurisdiccional debiera tener, como consecuencia inmediata, una reestructuración de los recursos administrativos por falta leve, puesto que su vigente diseño —exacerbado— toma como base la no impugnabilidad de la resolución administrativa.

Por su parte, la problemática que generan las sanciones privativas de libertad, bien puede evitarse mediante una redefinición del cuadro de sanciones⁹⁵, o con la regulación de mecanismos procedimentales y procesales que permitan un control jurisdiccional ágil, previo a la ejecución, a cuyo efecto la atribución de competencias en sede contencioso-disciplinaria a los Juzgados Togados podría ofrecer ventajas desde el punto de vista de la celeridad y de la eficacia⁹⁶. De esta forma, podría compatibilizarse definitivamente el régimen disciplinario militar con las garantías establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin que ello deba suponer merma en la eficacia de la disciplina militar, en tanto que la eficacia se encuentra en el incremento de la potestad cautelar y en la previsión de mecanismos que permitan la ejecución de la sanción con inmediatez, y no tanto en la naturaleza de las sanciones.

⁹⁵ Como se ha indicado anteriormente (supra I.1), el modelo profesional de Fuerzas Armadas admite un mayor juego de las sanciones no privativas de libertad sin merma de la eficacia del régimen disciplinario.

⁹⁶ Esta cuestión fue apuntada por MILLAN GARRIDO, A. («Sanciones disciplinarias y tutela jurisdiccional en «Comentarios a las leyes procesales militares». Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Madrid. Tomo I. 1995, pág. 278) quien indicaba que sería conveniente implantar un recurso de tramitación simple ante el Juzgado Togado Militar para los sancionados por falta leve.

En cierto modo, tanto el diseño organizativo como el procesal de la jurisdicción militar en la faceta contencioso-disciplinario es un reflejo de la Ley de Jurisdicción de 1956, vigente al tiempo de la promulgación del Código Procesal Militar. Sin embargo, el modelo ha sido modificado en sede de jurisdicción contencioso-administrativa, con la creación de los Juzgados Contencioso-Administrativos, puestos en funcionamiento por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. En este punto, la constatada eficacia del nuevo modelo orgánico de la Ley de 1998, quizás haría conveniente trasladarlo en alguno de sus aspectos al ámbito de lo contencioso-disciplinario militar.

Finalmente, y como retos de futuro en el ámbito procedimental, el derecho disciplinario español debe progresar en la línea del estrechamiento de los matices con el proceso penal, redefiniendo los conceptos de puesta en conocimiento de la imputación y acusación formal, delimitando de forma más precisa el concepto de prueba de cargo y estableciendo un marco normativo que garantice de forma plena la imparcialidad del órgano sancionador, sin perder de vista otras tendencias que pueden observarse en el marco de los ordenamientos comparados, como es el progresivo alejamiento de los órganos de la Administración activa en el ejercicio de la potestad disciplinaria o la regulación del instituto de la conformidad en el marco del procedimiento disciplinario⁹⁷.

Un derecho disciplinario militar moderno requiere de una regulación que minimice las patologías en el ejercicio de la potestad sancionadora, lo cual sólo se puede lograr por el diseño de procedimientos plenamente respetuosos con las garantías constitucionales y por la eliminación de cualquier atisbo de inmunidad jurisdiccional en el ejercicio de esta potestad administrativa.

En esta línea de modernización se ha progresado –y mucho–, tal como se ha sostenido en este estudio. Desde esta perspectiva, la única finalidad de las propuestas y opiniones planteadas en este trabajo es la de que puedan ser de alguna utilidad para seguir progresando.

⁹⁷ Aquí podría apuntarse, de «lege ferenda», la conveniencia de introducir el instituto de la conformidad en el procedimiento disciplinario como mecanismo de pacificación de las relaciones jurídicas alteradas por la comisión de la infracción disciplinaria y por su contenido «resocializador» para con el infractor, tal como se ha venido realizando la legislación disciplinaria de otros países europeos, como es el caso de Italia (cfr. Decreto 29/1993).

LA PERSECUCIÓN DE LOS CRIMINALES DE GUERRA EN CANADÁ: DE RAUCA A MUNYANEZA (*)

Antoni Pigrau Solé
Catedrático de Derecho internacional público
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ETAPA DE LA INACTIVIDAD (1949-1980). 3. EL CASO RAUCA, LA COMISIÓN DESCHÊNES, LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 1987 Y EL BLOQUEO DE LA REPRESIÓN PENAL (1980-1994). 3.1. El informe de la Comisión Deschênes. 3.2. Las reformas legislativas de 1987. 3.3. La vía de la persecución penal: el caso Finta. 3.4. La vía de la desnaturalización y la deportación: el caso Luitjens. 4. LA OPCIÓN PREFERENCIAL POR LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS (1995-2000). 4.1. La consolidación del programa canadiense de crímenes de guerra. 4.2. Los problemas de la vía administrativa de expulsión: el caso Mugesera. 4.3. Deportación de refugiados y *non refoulement*: el caso Suresh. 5. LA LEY SOBRE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y LOS CRÍMENES DE GUERRA DE 2000 Y LA REVITALIZACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL 5.1. El nuevo marco jurídico y, en particular, la Ley sobre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. 5.2. Un balance de las medidas administrativas. 5.3. Problemas de constitucionalidad en relación con los procedimientos de revocación de la ciudadanía: el caso Oberlander. 5.4. La persecución penal en aplicación de la nueva ley: el caso Munyaneza. 6. CONSIDERACIONES FINALES

(*) «El presente trabajo se ha realizado durante dos estancias en Montreal. La primera, en 2006, en la Universidad de Montreal, financiada por el Gobierno de Canadá, en el marco del Programa de Estudios Canadienses (convocatoria 2005). La segunda, en 2007, en la Universidad de Quebec en Montreal (UQAM), financiada por el Ministerio de Educación y Ciencia, en el marco del Programa Nacional de ayudas para la movilidad de profesores de universidad e investigadores españoles y extranjeros (convocatoria 2006, Ref. PR2007-0309).»

1. INTRODUCCIÓN

El ciudadano de origen ruandés Désirée Munyaneza está siendo juzgado en Canadá por genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, en lo que constituye el primer caso de aplicación de la ley canadiense sobre crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra del año 2000.

El objeto de este trabajo es el análisis de la evolución que ha experimentado la acción de las autoridades canadienses contra las personas sospechosas de haber participado en la comisión de crímenes de guerra desde la segunda guerra mundial, atendiendo a los instrumentos legales de que dicho país se ha dotado y a la interpretación que los distintos órganos judiciales les han dado. En este sentido, los casos Rauca, Finta, Mugesera y Munyaneza pueden considerarse representativos de las cuatro etapas que vamos a considerar: la etapa de la inactividad (1949-1980)¹, la etapa de la *Comisión Deschênes*, las reformas legislativas de 1987 y el bloqueo de la represión penal (1980-1994), la etapa de la opción preferencial por las sanciones administrativas (1995-2000), y por último, la que cabe denominar como etapa de la complementariedad con la Corte Penal Internacional, a partir del año 2000.

Como se verá, el proceso refleja una lenta evolución tendente a dar cumplimiento a la política de que el Canadá no sea un refugio seguro para los criminales de guerra y los criminales contra la humanidad² a través de sucesivas reformas legislativas, de la creación de instrumentos institucionales específicos, como el Programa de crímenes de guerra, y de estrategias que han tratado de compatibilizar la acción penal con la acción administrativa. La ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional –un proyecto en que la implicación canadiense ha sido determinante– y su posterior entrada en vigor han ofrecido el contexto adecuado para el impulso a

¹ Alain Joffe la denomina «política de la indiferencia» y la sitúa entre 1946 y 1979; «Les crimes contre l'humanité dans le Code criminel: Une contribution canadienne au droit international», *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 9, 1995-1996, pp. 52-55.

² En palabras de un cualificado experto del Ministerio de Justicia canadiense: «The policy of the Canadian Government is unequivocal that Canada is not and will not become a safe haven for persons who have committed war crimes, crimes against humanity or other reprehensible acts regardless of when or where they were committed.», Rikhof, J., «Canada and War Criminals: The Policy, the Program, and the Results», *18th International Conference of the International Society for the Reform of Criminal Law held at Montreal, Canada from August 8, 12, 2004*. Disponible en <http://www.isrc.org>.

la reapertura de la vía de la represión penal en Canadá de crímenes de guerra cometidos fuera del país.

Por todo ello, y con razón, Canadá ha sido considerado «the most comprehensive post-Nuremberg juridical laboratory for the study of national prosecutorial remedies for the enforcement of international criminal law»³.

2. LA ETAPA DE LA INACTIVIDAD (1949-1980)

Al terminar la segunda guerra mundial Canadá llevó a cabo algunos juicios contra ciudadanos alemanes por crímenes de guerra de acuerdo con las *War Crimes Regulations* de agosto de 1945 y la *War Crimes Act*, de 1946⁴. El más conocido de ellos fue el de Kurt Meyer.

El antiguo Mayor de las *SchutzStaffel* (SS) Kurt Meyer, ampliamente condecorado durante la guerra, fue juzgado por un tribunal canadiense por su responsabilidad directa o indirecta en la ejecución de varias decenas de prisioneros de guerra canadienses. Aunque fue condenado a muerte en diciembre de 1945, su condena fue revisada, fue liberado en 1954 y murió en la República Federal de Alemania en 1961⁵. Canadá tuvo también una discreta participación en el juicio contra los altos responsables japoneses que llevó a cabo el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, entre 1946 y 1948⁶.

No obstante, al final de la segunda guerra mundial y en los años siguientes un gran número de personas con distinto grado de implicación en crímenes de guerra auspiciados por el régimen nazi consiguieron esca-

³ Cotler, I., «Bringing Nazi War Criminals in Canada to Justice: A Case Study», 91 *American Society of International Law Annual Meeting Proceedings* 1997, p.262. Irwin Cotler ha actuado como defensor de derechos humanos en muy diversos lugares del mundo y fue también Presidente (1980-1983) y después asesor jurídico del Congreso Judío Canadiense. En 1999 fue elegido diputado y después nombrado Ministro de Justicia y, por tanto, Fiscal General de Canadá entre 2003 y hasta las elecciones de 2006, en que fue nombrado para ocupar el puesto en el nuevo Gobierno Robert Douglas Nicholson.

⁴ *War Crimes Regulations*, P. C. 5831. *War Crimes Act* – R.S.C. 1946, c. 73.

⁵ Sobre este caso y otros, véanse Fenrick, W.J., «The Prosecution of War Criminals in Canada», 12 *Dalhousie Law Journal (Dalhousie L.J.)* 1989-1990, pp. 289-291; Green, L.C. «Canada's Role in the Development of the Law of Armed Conflict», 18 *The Canadian Yearbook of International Law (Can. Y.B. Int'l L.)*. 1980, pp. 98 ss.; Green, L.C., «Superior Orders and Command Responsibility», 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 1989, pp. 196-198; Rouillard, L-P.F., «Canada's Prevention and Repression of War Crimes», *Miskolc Journal of International Law*, Vol. 2 (2005) No. 1, pp. 43-58.

⁶ Sobre la misma, véase Stanton, J., «Canada and War Crimes. Judgement at Tokyo», 55 *International Journal*, 376 1999-2000.

par al castigo penal. Muchos de ellos, que ni siquiera eran alemanes sino nacionales de otros países ocupados que colaboraron desde posiciones más o menos subalternas con los ocupantes, pasaron relativamente desapercibidos y pudieron emigrar a otros países e incluso obtener en algunos casos el estatuto de refugiado. En ese proceso algunos países cuya población tenía un alto porcentaje de inmigrantes fueron elegidos como lugares preferidos de refugio de los criminales. Canadá era uno de estos países.

Durante el proceso de cambio de alianzas políticas internacionales que acompañó a la denominada guerra fría, desde 1948, los aliados occidentales empezaron a considerar la necesidad de integrar a la parte de la Alemania ocupada por ellos en su nueva alianza, con lo que empezaron a negarse a cooperar con los países de la órbita soviética en la persecución de los crímenes de guerra⁷. Un proceso no exento de dificultades que tendría su concreción en los Acuerdos de París de octubre de 1954 que comportó la enmienda del Tratado de Bruselas de 1948 y en definitiva la incorporación de la República Federal de Alemania a la nueva Unión Europea Occidental.

En este contexto, el gobierno británico se dirigió a los demás gobiernos de la *Commonwealth*, mediante un telegrama de 13 de julio de 1948, desclasificado en los años ochenta, en que el anunciaba su posición de que «la represión de los criminales de guerra se dirige más a disuadir a las generaciones futuras que a imponer sanciones a todos los culpables; es por tanto necesario acabar con el pasado, lo más rápidamente posible» y llamaba a los demás socios a hacer lo mismo. Todo parece indicar que esa fue también la opción adoptada por las autoridades canadienses⁸. De esta manera la percepción de la gravedad de la nueva amenaza soviética contribuyó decididamente a terminar con las persecuciones de criminales de guerra nazis en los países occidentales⁹.

No obstante, desde 1949 Canadá introdujo ciertas prohibiciones a la inmigración de quienes, entre otros, hubieran formado parte del partido nazi, de la policía política (SchutzStaffel, SS y Waffen SS) y del ejército

⁷ Green, L. C., «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», *British Year Book of International Law*, vol. 59, 1988, p. 218.

⁸ Sobre esta etapa Cotler, I., «Bringing Nazi War Criminals in Canada to Justice: A Case Study», op.cit., pp. 263-264.

⁹ «The political motivation of the Western Allied powers was based on their belief that the prosecution of Nazi war criminals might make it harder to keep West Germany onside in the Cold War.» Matas, D., «The Struggle for Justice: Nazi War Criminals in Canada», en *From immigration to integration*, The Canadian Jewish Experience: A Millennium Edition, Edited by Ruth Klein and Frank Dimant; On-line: <http://www.bnaibrith.ca/institute/millennium/millennium00.htmlp.2.>, p.2.

alemán (Wehrmacht). Pero tales prohibiciones fueron suavizadas progresivamente desde 1950 hasta desaparecer por completo en 1962, salvo para las personas que hubieran participado en ejecuciones o en actividades vinculadas al trabajo forzado y a los campos de concentración. Todo ello consolidó en buena medida la inmunidad para los antiguos criminales de guerra nazis, a los que se añadirían después nuevos criminales de guerra de diversas procedencias, proceso favorecido por la realidad plurilingüística y pluricultural del Canadá¹⁰.

Fue la presión social y, en primer lugar, de la comunidad judía en Canadá¹¹ la que acabaría generando un cambio de actitud en las autoridades canadienses.

3. EL CASO RAUCA, LA COMISIÓN DESCHNES, LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 1987 Y EL BLOQUEO DE LA REPRESIÓN PENAL (1980-1994)

En 1978, Robert Kaplan, parlamentario por York, presentó un proyecto de Ley (C-215) que preveía modificar la Ley de Ciudadanía, en el sentido de establecer la pérdida de la ciudadanía canadiense para los condenados por la comisión de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949¹². Posteriormente, en tanto que *Solicitor General* durante el Gobierno de Pierre Elliott Trudeau, entre 1980 y 1984, dio un nuevo impulso a la lucha contra la impunidad de los criminales nazis en Canadá, tratando de que diversos países europeos solicitaran extradiciones a Canadá, lo que se concretaría en un solo caso (Luitjens)¹³. Durante ese período

¹⁰ «Over time, in large measure because of the immunity that Canada gave Nazi mass murderers, Canada became a destination of choice for all mass murderers. Because the Nazis were so successful, each new wave of war crimes brought a new wave of war criminals to Canada.»; Matas, D., «The Struggle for Justice: Nazi War Criminals in Canada», cit. p. 11.

¹¹ Véanse los argumentos de David Matas, en «Prosecution in Canada for Crimes Against Humanity», *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, Vol.11, 1990, pp. 347-355.

¹² Los Convenios de Ginebra que definen las infracciones graves se incorporaron al Derecho canadiense mediante la *Geneva Conventions Act*, 1964-1965, c.44, R.S.C. 1970; c. G-3. La propuesta de modificación no prosperó y fue retirada.

¹³ La extradición, solicitada por los Países Bajos, de Jacob Luitjens, fue rechazada por Canadá en 1983 aduciendo que el crimen de colaboración con el enemigo, por el que se pedía la extradición, no estaba incluido en el tratado bilateral de extradición. En todo caso Luitjens fue deportado a los Países Bajos y se modificó el tratado de extradición; Matas, D. «Remedies for Victims Abroad», *Remarks to the Seminar on the International Criminal Court for Victims of Human Rights Violations in Asia* February 27, 2004, Manila, Philippines; On-line, enero 2007, <http://www.lrwc.org/pub2.php?sid=35>.

se reactivó una anterior solicitud de extradición por parte de la República Federal de Alemania en la persona de Albert Helmut Rauca.

Se volverá sobre este caso inmediatamente, pero antes es oportuno mencionar que también en esa misma etapa se aprobó la Carta canadiense de derechos y libertades¹⁴, que constituye la parte primera de la Ley Constitucional de 1982, adoptada durante el período de gobierno de Trudeau, y viene a dotar de mayor rango legal y por tanto a uniformizar a nivel federal el catálogo de derechos y libertades reconocidos anteriormente por la Declaración canadiense de derechos, contenida en una Ley federal de 1960¹⁵.

Regresemos, pues, al caso Rauca. Canadá había respondido ya en 1964 a una petición de información de la República Federal de Alemania negando que estuviera viviendo en Canadá, a pesar de que residía con su propio nombre en Toronto como ciudadano canadiense. La República Federal de Alemania solicitó a Canadá la extradición de Albert Helmut Rauca, de origen alemán, en el marco del tratado de extradición concluido por ambos países en 1979. Se le atribuía la participación en el asesinato de más de diez mil personas en Kaunas, en la Lituania ocupada por Alemania, en unos pocos días entre 1941 y 1943. Rauca había emigrado a Canadá en 1950 y había obtenido la ciudadanía canadiense. La Ley de extradición vigente en Canadá¹⁶ no impedía la extradición de los ciudadanos canadienses, aunque requería la existencia de un acuerdo bilateral de extradición con el país solicitante. En este caso el acuerdo dejaba un margen de discrecionalidad al gobierno para autorizar o no la extradición de los nacionales.

Rauca fue detenido en junio de 1982¹⁷ y sometido al procedimiento judicial de extradición. Rauca perdió el juicio en primera instancia en la *High Court of Justice* de Ontario¹⁸ y también la apelación ante la *Ontario*

¹⁴ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act*, 1982, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11. Entró en vigor el 17 de abril de 1982. Sobre la misma, veáanse los trabajos publicados en Mitjans, E. (ed.), Castellá, J.M. (coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Atelier, Barcelona, 2005; en particular los de J. Woehrling «Las consecuencias de la aplicación de la Carta de derechos y libertades en la vida política y democrática y en el federalismo en Canadá», pp. 93-121; y Oliveras Jané, N., «La constitucionalización de los derechos y libertades: de la supremacía parlamentaria a la supremacía de la Constitución», pp. 43-68. En relación con el Derecho internacional, véase Green, L.C., «The Canadian Charter of Rights and International Law», 20 *Can. Y.B. Int'l L.* 1982, pp. 3 ss.; y Schabas, W., *International Human Rights Law and the Canadian Charter*, 2.^a ed., Carswell, Toronto, 1996.

¹⁵ *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1960, c. 44).

¹⁶ *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21.

¹⁷ *Her Majesty The Queen and The Federal Republic of Germany v. Albert Helmut Rauca*, 1982, 30 C.R. (3d) 97 (Ont.H.C.J.).

¹⁸ 1983, 38 O.R. (2d) 705 (Ont.H.C.J.).

*Court of Appeal*¹⁹. Los dos principales argumentos de la defensa de Rauca fueron que la Ley de extradición era incompatible con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982, en la medida en que contradecía el derecho reconocido en el artículo 6 de la Carta a todos los ciudadanos a entrar, permanecer y salir de Canadá, y que la República Federal de Alemania carecía de jurisdicción sobre los hechos sucedidos en Lituania durante la segunda guerra mundial y por tanto fuera del territorio alemán²⁰.

En relación con el primer aspecto ambos tribunales apreciaron que efectivamente no se había respetado el derecho de movilidad reconocido, pero entendieron que, de acuerdo con el artículo primero de la Carta cabía someter a los derechos y libertades reconocidos a restricciones razonables, previstas por la ley y que estuvieran justificadas en una sociedad libre y democrática²¹, requisitos que se reunían en el caso concreto.

En relación con el segundo aspecto, ambos tribunales reconocieron como suficiente la jurisdicción que Alemania ejerció *de facto* sobre Lituania durante la segunda guerra mundial, entre junio de 1941 y agosto de 1944, territorio en el que se aplicó plenamente la legislación alemana, sin entrar en detalles sobre la continuidad entre la Alemania nazi y la República Federal de Alemania y sin recurrir en su argumentación al principio de jurisdicción universal²².

Rauca fue pues extraditado el 20 de mayo de 1983 a la República Federal de Alemania, donde falleció en prisión en octubre de ese mismo año, a la espera de juicio. Fue el primer, y único hasta ahora, caso de extradición de un criminal de guerra de la segunda guerra mundial en Canadá.

En los años siguientes y en parte por la polémica pública relativa a la posible implicación de quien fuera Secretario General de la ONU entre 1972 y 1981 y Presidente de Austria entre 1986 y 1992, Kurt Waldheim, hubo cierta revitalización del interés de algunos Estados occidentales, como Estados Unidos, Australia o el Reino Unido, en torno a la persecución de antiguos criminales de guerra²³.

¹⁹ 1983, 4 C.C.C. (3d) 385 (Ont.C.A.).

²⁰ Sobre el caso vid. Laforest, A.W. – Maragh, K., «Her Majesty The Queen and The Federal Republic of German v. Albert Helmut Rauca», 33 *University of New Brunswick Law Journal (U.N.B.L.J.)* 1984, 333-341.

²¹ Según el artículo 1 de la Carta: «Guarantee of Rights and Freedoms. 1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.»; *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

²² A diferencia, por ejemplo, del proceso coetáneo de extradición que tuvo lugar en Estados Unidos en relación con la solicitud de extradición por Israel de John Demjanjuk.

²³ Green, L. C., «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», cit., pp. 218-221. Sobre el Reino Unido, véase Richardson, A.T., «War Crimes Act 1991», *The*

En particular, la denuncia, en 1985, de que Josef Mengele, uno de los médicos asignados al campo de concentración de Auschwitz, habría solicitado la residencia en Canadá en 1962 con el conocimiento de las autoridades canadienses, e incluso de que podía haber estado residiendo efectivamente en Canadá, junto con otras denuncias similares, además del impacto del caso Rauca, generó un clima de preocupación entre la opinión pública que llevó al nuevo gobierno, presidido por Brian Mulroney a anunciar, en febrero de 1985, la creación de una Comisión independiente de investigación, presidida por el juez de la Corte de Apelación de Québec, Jules Deschênes²⁴, con objeto de comprobar si efectivamente Canadá se había convertido en lugar de refugio para un número significativo de criminales de guerra nazis y, en su caso, cuando y cómo habían entrado en el país y de proponer los mecanismos jurídicos necesarios para llevarlos ante la justicia²⁵.

3.1. EL INFORME DE LA COMISIÓN DESCHÊNES

Tras una ardua investigación, no exenta de tensiones en el plano de la opinión pública, la Comisión presentó su informe a finales de 1986 conteniendo dos partes, una con un contenido general y de carácter público²⁶, y otra confidencial, relativa a la investigación de casos concretos. En relación con 29 personas, la Comisión había encontrado pruebas que parecían

Modern Law Review, 55:1 January 1992, pp. 73-87; Torroja, H., «Accountability for Crimes Against International Law in Canada: An overview and a comparison with UK practices», en Ch.P.M. Waters (Ed.), *British and Canadian Perspectives on International Law*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2006, pp. 74-75. Para los Estados Unidos, véase Paust, J.J., «Universality and the Responsibility to Enforce International Criminal Law: No U.S. Sanctuary for Alleged Nazi War Criminals», 11 *Houston Journal of International Law* 337, 1988-1989; Reiss, R.H., «The Extradition of John Demjanjuk: War Crimes, Universality Jurisdiction, and the Political Offense Doctrine», 20 *Cornell International Law Journal*, 1987 (*Cornell Int'l L. J.*), pp. 284-290; Rutledge, K.D., «Giving the Devil is Due: The Pursuit & Capture of Nazi War Criminals – A Call for Retributive Justice in International Criminal Law», 3 *Regent Journal of International Law*, 27, 2005. Para el caso de Australia, Greenwood R., «Our Failure on Nazi War Criminals in Australia», *Australia/Israel Review*, Vol. 20, No. 1, 1-31 January, 1995; Zuroff, E., «Not too late for justice. Nazi war criminals face their accusers» *Australia/Israel Review*, Vol.26, No. 5; May 2001.

²⁴ Más tarde elegido entre los primeros Magistrados del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (1993-1997). Falleció en mayo de 2000.

²⁵ Sobre los límites de la legislación anterior basada en la *War Crimes Act* de 1946, véase Green, L. C., «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», cit., pp. 221 ss.

²⁶ *Commission of Inquiry on War Criminals Report. Part I.Public* (1986).

indicar la comisión de crímenes de guerra y había recomendado las medidas a adoptar en cada caso.²⁷

La Comisión constató la presencia de criminales de guerra en Canadá así como las facilidades que habían tenido para establecerse en el país y recomendó que se encargara a la Real Policía Montada del Canadá y al Ministerio de Justicia la investigación de los casos estudiados y que se actuará combinando distintas respuestas en función de la realidad y las posibilidades de cada caso: acciones de policía de inmigración, persecución penal o extradición.

En relación con la vía penal la Comisión propuso reformar el Código Penal²⁸. Por una parte, para respetar los procedimientos ordinarios así como la aplicabilidad de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, en la medida en que se consideraba la *War Crimes Act* de 1946 como superada e inadecuada a los parámetros de trato exigidos por la Carta²⁹. Por otra parte, ante la constatación de que tampoco la Geneva Conventions Act,³⁰ resolvía el problema, por cuanto no cabía su aplicación retroactiva. En concreto la Comisión propone tratar los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad de la misma manera que si hubieran sido cometidos en Canadá, a través de la modificación del Código Penal.

²⁷ La Comisión trabajó finalmente sobre una relación de 774 nombres, más una lista complementaria de 38 nombres y una lista de 71 científicos y técnicos alemanes. En relación con las 774 personas de la lista principal, la Comisión concluye que 341 no habían sido jamás admitidas ni habían residido en Canadá; que 21 habían sido admitidas pero se habían establecido en otros países; que 86 habían fallecido en Canadá, y que 4 no habían podido ser localizados en Canadá. Por otra parte, la Comisión no había hallado ningún indicio de participación en crímenes de guerra en los expedientes de otras 154. Por tanto consideraba que había que cerrar 606 expedientes. Además, la Comisión no había podido, por razones de tiempo, investigar la lista complementaria ni la de científicos y técnicos. Respecto de las 168 personas restantes, en la mayoría de los casos la Comisión no encontró pruebas de crímenes de guerra pero era de la opinión que dichas pruebas podían encontrarse en sus países de origen. En otros, la Comisión no había recibido respuesta a las solicitudes remitidas a autoridades extranjeras. Con carácter general, la Comisión recomendó la modificación del Código Penal para permitir la persecución penal en Canadá, la modificación de la Ley de extradición y de los tratados de extradición con objeto de facilitar la extradición de los individuos reclamados por crímenes de guerra por parte de otros países, y la modificación de las leyes y reglamentos relativos a la revocación de la ciudadanía y a la expulsión. G.Purves, *War Crimes: The Deschênes Commission*, Parliamentary Research Branch, *Current Issue Review* 87-3E, 16 October 1998.

²⁸ En concreto el Artículo 6 del *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34; Fenrick, W.J., «The Prosecution of War Criminals in Canada», cit., pp. 292-293.

²⁹ *Commission of Inquiry on War Criminals Report*, p. 123: «No prosecution for Nazi war crimes can be successfully launched under the War Crimes Act as it now stands.» Una afirmación que Green discute en «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», cit., pp. 234-235.

³⁰ *Geneva Conventions Act*, 1964-1965, c.44, R.S.C. 1970; c. G-3. Green, L. C., «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», cit., pp. 225.

En relación con la Ley de extradición, la Comisión propuso modificar su Artículo 36 con objeto de hacerla aplicable a los crímenes de guerra cometidos antes de la entrada en vigor de los respectivos tratados de extradición.

En relación con la posibilidad de expulsión, aunque el Derecho canadiense no permite que los ciudadanos de origen puedan ser privados de su ciudadanía ni expulsados, sí permite que los ciudadanos naturalizados puedan ser privados de su ciudadanía y en consecuencia ser susceptibles de expulsión. Para ello hay que probar que obtuvieron su ciudadanía mediante fraude, ocultando hechos relevantes³¹. En relación con esta vía abierta de actuación la Comisión recomendó articular procesos judiciales tanto en lo relativo a la privación de la ciudadanía como a la expulsión y tramitar ambos aspectos conjuntamente, resolviendo primero la cuestión de la desnaturalización y permitiendo una apelación conjunta para ambas decisiones.

Además la Comisión recomendó modificar la Ley de ciudadanía y la Ley de inmigración, así como los procedimientos de tramitación de los expedientes, para obstaculizar la concesión de la ciudadanía a los criminales de guerra y para facilitar su revocación.

Además de las reformas legales que serán tratadas a continuación, el Gobierno anunció, en marzo de 1987, la persecución penal o la revocación de la ciudadanía y la deportación de quienes hubieran estado implicados en la comisión de crímenes de Guerra o crímenes contra la humanidad. En la práctica, sin embargo, dio prioridad a la vía penal. En consecuencia, el Ministerio de Justicia creó la Sección de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra con objeto de afrontar la investigación y la acción judicial en relación con tales casos. Igualmente se mantuvo la Unidad de Investigaciones Especiales, establecida inicialmente en 1985 en el seno de la Real Policía Montada del Canadá (RPMC), para apoyar a la Comisión *Deschênes*. Y también se creó una unidad específica en el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración.

³¹ «10. (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

(a) the person ceases to be a citizen, or

(b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect, as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

Presumption

(2) A person shall be deemed to have obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of that admission, the person subsequently obtained citizenship.» *Citizenship Act* (L.R., 1985, ch. C-29); 1974-75-76, (ch. 108), s. 9.

El Programa de crímenes de guerra, creado en 1988, se centraba inicialmente en los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, aunque en 1998 sería ampliado a otros crímenes. La RPMC, con el apoyo del Ministerio de Justicia asumiría las investigaciones; el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración se ocuparía de prevenir la entrada de personas sospechosas de haber participado en la comisión de tales crímenes y de las sanciones relativas a las infracciones de las normas relativas a la inmigración y al estatuto de los refugiados para quienes ya se encontraran en Canadá y, si fuera el caso, de revocar dicha naturalización³². Por su parte el Ministerio de Justicia intervendría siempre que hubiera que acudir a los tribunales.

3.2. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 1987

El Gobierno presentó, en enero de 1987, un proyecto de Ley con el objeto de modificar el Código Penal³³, la Ley de Inmigración y la Ley de Ciudadanía. El proyecto fue aprobado por el Parlamento en agosto de ese mismo año³⁴.

En relación con el Código Penal, las modificaciones del Artículo 6, que siguen, en general, las recomendaciones de la Comisión Deschênes³⁵, establecen que, para los casos en que una persona cometa fuera de Canadá un acto u omisión que constituya un crimen de guerra o un crimen con-

³² La Comisión de la Inmigración y del Estatuto del Refugiado (CIER) es el tribunal administrativo que adopta las decisiones relativas a las solicitudes de inmigración y refugio. Está estructurada de hecho en tres secciones: Sección de la protección de los refugiados, Sección de la inmigración y Sección de apelación de la inmigración. Aunque en 2001 se creó una Sección de apelación de los refugiados, esta previsión legal no se ha llevado a la práctica. Ello ha dado lugar a numerosas quejas, entre otras instituciones, del Consejo Canadiense para los Refugiados, *Document d'information sur la Section d'appel des réfugiés*, disponible en www.ccrweb.ca. La ausencia de un mecanismo de apelación también ha sido criticada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System», OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., February 28, 2000; y por el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, en el caso Falcón Ríos; Doc. CAT/C/33/D/133/1999, 17 December 2004, Communication No. 133/1999: Canada. 17/12/2004.

³³ Los crímenes internacionales establecidos mediante normas de derecho internacional consuetudinario o convencional no forman parte del Derecho penal canadiense hasta su recepción mediante una enmienda al Código penal u otra disposición legal. Igualmente las excepciones al principio de territorialidad requieren una enmienda al Código Penal que las establezca expresamente; véase Williams, S.A. «The Criminal Law Amendment Act 1985: Implications for International Criminal Law», 23 *Can. Y.B. Intl' L.* 1985, pp. 228-229.

³⁴ *An Act to amend the Criminal Code, the Immigration Act and the Citizenship Act*, S.C. 1987, c. 37 [R.S.C. 1985, c. 30 (3rd Supp.)]. Entró en vigor el 16 de septiembre de 1987.

³⁵ Vid. Olivier, M.-P., «L'obligation de juger ou d'extrader dans la pratique contemporaine du Canada», *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 10,1 (1997), pp. 149-154.

tra la humanidad³⁶ y que, si hubiera sido cometido en Canadá constituiría un delito de acuerdo con las leyes vigentes en ese momento, los tribunales canadiense tendrán jurisdicción para conocer de esos hechos cometidos fuera de Canadá, como si hubieran sido cometidos en territorio canadiense. No obstante se requiere: a) que el autor del crimen sea un ciudadano canadiense o una persona al servicio de Canadá, o un ciudadano de un Estado que esté en guerra con Canadá o una persona al servicio de dicho Estado, o que la víctima posea la ciudadanía canadiense o de un país aliado de Canadá durante un conflicto armado; o b) que Canadá en el momento de los hechos hubiera podido ejercer jurisdicción sobre estos individuos conforme al derecho internacional de haber estado en Canadá y que el autor del crimen se encuentre posteriormente en Canadá. Además la persecución penal necesita del previo consentimiento escrito del Fiscal General (cargo que ocupa el Ministro de Justicia), en cuyo nombre se lleva a cabo³⁷.

³⁶ Sobre la reforma del código penal, véase Torroja Mateu, H., «La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de Derecho internacional: el trayecto hacia un refugio inseguro», 11 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)* (2006); www.reei.org, pp. 6-9. Sobre la caracterización de los crímenes contra la humanidad en la enmienda al Código Penal, véase Joffe, A. «Les crimes contre l'humanité dans le Code criminel: Une contribution canadienne au droit international», op.cit., pp. 59 ss; Jacquart, M., «La notion de crime contre l'Humanité en droit international contemporain et en droit canadien», 21 *Revue générale de droit (R.G.D.)* (1990), pp. 641 ss.

³⁷ Se modifica el que era entonces artículo 6 del Código Penal: «7.(3.71) Notwithstanding anything in this Act or any other Act, every person who, either before or after the coming into force of this subsection, commits an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or a crime against humanity and that, if committed in Canada, would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time if,

(a) at the time of the act or omission,

(i) that person is a Canadian citizen or is employed by Canada in a civilian or military capacity,

(ii) that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada, or

(iii) the victim of the act or omission is a Canadian citizen or a citizen of a state that is allied with Canada in an armed conflict; or

(b) at the time of the act or omission, Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission, the person is present in Canada.[...]

(3.75) Notwithstanding any other provision of this Act, no proceedings may be commenced with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71) without the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General of Canada, and such proceedings may only be conducted by the Attorney General of Canada or counsel acting on his behalf.» *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended by S.C. 1987, c. 37, ss. 1-2. Después denominado como *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s.7.

La reforma define los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, precisando que lo son con independencia de que constituyan delitos de acuerdo con las leyes vigentes en el lugar de su comisión:

«(3.76) ... ‘crime against humanity’ means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, [...] and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations; ‘war crimes’ means an act or omission that is committed during an international armed conflict, [...] and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts»³⁸.

Por otra parte, el hecho de que el presunto autor haya sido juzgado y condenado en otro país por los mismos hechos no podrá ser alegado como defensa, si dicho juicio se celebró en rebeldía y por tanto la condena no ha sido cumplida.

La Ley de Inmigración³⁹ y sus reglamentos fueron sometidos a distintas modificaciones, para incorporar tanto la prohibición de la entrada en Canadá de una persona respecto de la cual hubiera razones suficientes para creer que había cometido un crimen contra la humanidad o un crimen de

Se trata en este caso, de una combinación de los principios de personalidad activa, personalidad pasiva –ampliada a los aliados durante un conflicto armado– y jurisdicción universal, en su versión limitada en la medida en que exige la presencia en Canadá de la persona a la que se pretende procesar. En opinión de Green, esta modificación no comporta el establecimiento de una jurisdicción universal; Green, L. C., «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», cit., pp. 229. En contra, Jacquart, M., «La notion de crime contre l’Humanité en droit international contemporain et en droit canadien», cit. pp. 643-644.

³⁸ «La técnica jurídica consiste en remitir la tipificación de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra al derecho internacional consuetudinario y convencional en ambos casos, así como a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones, únicamente en el caso de los crímenes contra la humanidad. De manera que la norma internacional vigente en el momento de la comisión del acto u omisión era la que tipificaba directamente estos crímenes, con independencia de que ello constituyera o no una violación del derecho en vigor en el momento y lugar de su comisión (así, se excluía la defensa de obediencia a la ley local)»; Torroja Mateu, H., «La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de Derecho internacional: el trayecto hacia un refugio inseguro», cit., p. 9.

³⁹ *Immigration Act*, R.S.C., c. I-2, 1985.

guerra. como la posibilidad de expulsar a una persona en las mismas circunstancias si había entrado en el país después de la entrada en vigor de la Ley⁴⁰. Igualmente se previó la exclusión de la consideración de refugiado de las personas sobre las que hubiera fundamentos razonables para creer que habían sido cómplices en la comisión de crímenes contra la humanidad, lo que facilitaría su expulsión. Más tarde se actualizaron los tipos de criminalidad que impedirían la entrada en Canadá, incluyendo a los altos responsables de ciertos regímenes políticos implicados en actos de terrorismo o en graves violaciones de los derechos humanos, incluidos en una lista establecida por el Ministro de Ciudadanía e Inmigración⁴¹. Igualmente se estableció la posibilidad de que el Ministro deniegue la posibilidad de solicitar la condición de refugiado a las personas consideradas como criminales de guerra o como miembros de los regímenes incluidos en la lista, si considera contrario al interés público la tramitación de dicha solicitud.⁴² Finalmente, en mayo de 1997⁴³, se eliminó la posibilidad de revisión del caso por motivos humanitarios antes de la expulsión, para las

⁴⁰ «... persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 6(1.96) of the Criminal Code or that, if it had been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission.» *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, R.S.C., c. 49, 1992.

⁴¹ *An Act to amend the Immigration Act and the Citizenship Act and to make a consequential amendment to the Customs Act*, R.S.C., c.15, 1995. Hasta el 23 de octubre de 2000, fecha de la entrada en vigor de la Crimes Against Humanity and War Crimes Act, el texto del artículo 19.1 era el siguiente:

«19. (1) (inadmissible persons) – No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:[...]

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the Criminal Code and that, if it had been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission;

(l) persons who are or were senior members of or senior officials in the service of a government that is or was, in the opinion of the Minister, engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations or war crimes or crimes against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the Criminal Code, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.»

⁴² «46.01(1) (Access Criteria) – A person who claims to be a Convention Refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if the person

(e) has been determined by an adjudicator to be [...]

(ii) a person described in paragraph 19(1)(e),(f), (g), (j), (k), or (l) and the Minister is of the opinion that it would be contrary to the public interest to have the claim determined under this Act.»

⁴³ *An Act to amend the Citizenship Act and the Immigration Act*, R.S.C., c. 22, 1997.

personas excluidas de la condición de refugiado de acuerdo con al Artículo 1Fa de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951⁴⁴, cuyo texto dispone:

«Artículo 1.–Definición del término «refugiado»

[...] F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; [...]

Por último, en relación con las modificaciones de la Ley de Ciudadanía⁴⁵, se añade a las circunstancias que impiden la obtención de la ciudadanía canadiense, las de que la persona solicitante sea objeto de una investigación o haya sido acusada o declarada culpable de un crimen contra la humanidad o de un crimen de guerra⁴⁶.

3.3. LA VÍA DE LA PERSECUCIÓN PENAL: EL CASO FINTA

William Fenrick, un militar con responsabilidades durante un largo período en el Ministerio de Defensa canadiense, escribía a finales de los años ochenta que la historia de la política canadiense relativa a los crimi-

⁴⁴ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, Suiza, 28 de julio de 1951; *UNTS*, N.º 2545, Vol. 189, p. 137. *BOE* núm. 252, de 21 de octubre de 1978 y corrección de errores en *BOE* núm. 272, de 14 de noviembre de 1978. Sobre la aplicación de esta disposición en Canadá, véase Weisman, N. «Article 1 F (a) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees in Canadian Law», *International Journal of Refugee Law*, Vol.8, no 1-2, 1996, pp. 111-143.

⁴⁵ *Citizenship Act*, C-29, 1985.

⁴⁶ Hasta el 23 de octubre de 2000, fecha de la entrada en vigor de la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*:

«22. (1) (Prohibition) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship [...] (c) while the person is under investigation by the Minister of Justice, the Royal Canadian Mounted Police or the Canadian Security Intelligence Service, or is charged with, on trial for, subject to or a party to an appeal relating to, an act or omission referred to in subsection 7(3.71) of the Criminal Code;

(d) if the person has been convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection 7(3.71) of the Criminal Code.»

nales de guerra nazis había sido esencialmente la de cuarenta años de apatía⁴⁷. Esa situación cambió tras la aplicación de las recomendaciones de la Comisión Deschênes.

Entre 1987 y 1992 se presentaron cargos contra cuatro personas con arreglo al modificado Código Penal, aunque finalmente ninguna de ellas llegaría a ser condenada: Imre Finta (en 1988), Michael Pawlowski (en 1989), Stephen Reistetter (en 1990) y Radislav Grujicic (en 1992). En los tres últimos casos ni siquiera se llegó a terminar el juicio.

El 15 de diciembre de 1989, Michael Pawlowski fue acusado de la comisión de diversos asesinatos en Bielorrusia durante el verano de 1942. Pero por dos veces, el juez canadiense estimó que permitir el envío de una comisión rogatoria a la URSS con el fin de interrogar a ciertos testigos sería incompatible con el derecho del acusado a un juicio justo⁴⁸. La Corte Suprema rechazó la apelación contra esta decisión el 6 de febrero de 1992 y la fiscalía tuvo que renunciar a proseguir la persecución.

Stephen Reistetter fue acusado, en enero de 1990, de haber participado en la deportación de 3.000 judíos a los campos de exterminio en Eslovaquia, en 1942, mientras era miembro del Partido del Pueblo Eslovaco, fundado por el sacerdote católico Andrej Hlinka. En febrero de 1990, un juez de la Corte Suprema de Ontario ordenó el envío de una comisión rogatoria a Checoslovaquia para interrogar a ciertos testigos. Pero poco antes de la formulación de las conclusiones de las partes previas al juicio, en marzo de 1991, la fiscalía retiró los cargos ante el fallecimiento de dos testigos, por carecer de pruebas suficientes para continuar con el proceso.

En diciembre de 1992 fue procesado Radislav Grujicic, antiguo agente de policía en Belgrado acusado de participación en secuestros y conspiración para cometer diversos asesinatos, desde sus funciones de selección de las personas que debían ser ejecutadas por ser comunistas o simpatizar con dicha ideología⁴⁹. Aunque el juicio llegó a iniciarse en abril de 1994, finalmente el proceso fue sobreseído en septiembre del mismo año⁵⁰, a causa de la mal salud del acusado que tenía entonces 83 años. Grujicic falleció poco después.

⁴⁷ Fenrick, W.J., «The Prosecution of War Criminals in Canada», cit., p. 257.

⁴⁸ R. v. Pawlowski (1992), 13 C.R. (4th) 228, [1992] O.J. No. 562 (Ont. Gen. Div. Mar 20, 1992).

⁴⁹ Según algunas fuentes, posteriormente fue colaborador de la CIA estadounidense y de la RPMC; <http://www.nizkor.org/ftp.cgi/people/ftp.py?people//g/grujicic.radislav/press/grujicic.001>.

⁵⁰ R. v. Grujicic, Ontario Court of Justice (General Division), Donnelly J., Judgment: September 12, 1994.

La primera y a la postre única persona a la que se juzgó en Canadá de acuerdo con la nueva legislación de 1987 fue Imre Finta (1912-2003)⁵¹. De nacionalidad húngara, ejerció como capitán de la Gendarmería Real de Hungría durante la segunda guerra mundial. Al terminar la guerra, Finta fue juzgado en rebeldía en Szeged y condenado a cinco años de cárcel, entre otras penas accesorias. Viajó a Canadá en 1951 y fijó su residencia en Toronto desde 1953. Obtuvo la ciudadanía canadiense en 1956 y vivió plácidamente como empresario de la restauración hasta 1988. El 18 de agosto de ese año fue procesado por los delitos de homicidio, secuestro, detención ilegal y robo, en relación con sus actividades de apoyo a las tropas nazis en la deportación forzada de 8.617 judíos de Szeged, Hungría, hacia los campos de concentración de Auschwitz y de Strasshof, durante los meses de mayo y junio de 1944, en aplicación de la *Baky Order*⁵². Tales delitos eran constitutivos, según la acusación, de crímenes de guerra o de crímenes contra la humanidad de acuerdo con los nuevos incisos 7(3.71 y 3.76) del Código Penal.

Finta confirmó que había participado en dichas actividades, supervisando la confiscación de objetos de valor en el centro de concentración de Szeged, situado en una fábrica de ladrillos, pero que no tenía una posición de autoridad en él, sino que estaba sujeto a las ordenes de las SS alemanas y que creyó que tales ordenes eran legales o, por lo menos, no creyó que fueran manifiestamente ilegales. Según su declaración, no era el responsable de la deportación posterior de las personas concentradas y no era consciente de que tal deportación fuera ilegal. Finalmente consideraba que el internamiento y a deportación de los judíos era una medida de seguridad necesaria en tiempo de guerra.

Finta fue absuelto el 25 de mayo de 1990, tras un juicio con jurado ante la High Court de Ontario, ante el Juez Campbell⁵³. La apelación posterior de la Fiscalía fue rechazada por la Corte de Apelación de Ontario en abril

⁵¹ Sobre el caso Finta, vid. Matas, D., «The Case of Imre Finta», 43 *U.N.B.L.J.* 1994, 281-297; Cotler, I. «Regina v. Finta [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», Vol. 90, n.º 3, *Am.J.Int'l L.* 1996, pp.460-476. Durante el proceso de Finta se produjo el estreno del film del director griego Constantin Costa-Gavras, *Music Box*, (Carollo Pictures, USA, 1989), que narra la historia de un emigrante húngaro, Mike Laszlo, en los Estados Unidos, identificado posteriormente como criminal de guerra. El juez en el caso Finta recomendó a los miembros del jurado que no vieran el film, para no verse influenciados por el mismo.

⁵² Orden 6163/1994 del Ministro del Interior de Hungría, donde se desarrollaba el plan para confinar, confiscar la propiedad y expulsar a los judíos de Hungría, de 7 de abril de 1944.

⁵³ 69 O.R. 2d 557 (Ont.H.C. 1989).

de 1992 por tres votos contra dos⁵⁴. La absolución fue confirmada por la Corte Suprema de Canadá el 24 de marzo de 1994, por cuatro votos contra tres⁵⁵. Igualmente la Corte rechazó por la misma mayoría dos peticiones de revisión, en junio y en diciembre de 1994.⁵⁶ Imre Finta falleció en Canadá a finales de 2003.

En este relevante caso, la estrategia de la defensa basada, entre otros aspectos, en la relativización de la gravedad de los crímenes mediante su comparación con cualesquiera otros delitos ordinarios, cuyo reproche se basaba en el mero hecho de su prohibición coyuntural en un momento histórico y en lugar determinado, en la utilización de prejuicios antisemitas⁵⁷ y en el argumento de que era razonable que Finta creyera que sus actos estaban justificados política y legalmente, consiguió atraer a los miembros del jurado y, en cierto modo, a la mayoría de los jueces hasta el punto que desde unos hechos respecto de los cuales la implicación del acusado estaba probada, hechos que el propio acusado apenas discutió, se llegó a un veredicto de absolución por el jurado en primera instancia, confirmado tanto en apelación como, finalmente, en la Corte Suprema.

Precisamente uno de los puntos de discusión fue el alcance de la función del jurado, lo que tiene una considerable trascendencia práctica, en la medida en que normalmente los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad serán objeto de un juicio con jurado⁵⁸.

⁵⁴ 73 C.C.C. (3d) 65 (Ont.C.A.)(1992). Conformaron la mayoría los jueces Arbour, Osborne y Doherty. Disintieron los jueces Dubin y Tarnopolsky. Louise Arbour sería más tarde Fiscal del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Ruanda y actualmente es Alta Comisaria de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

⁵⁵ [1994] 1 S.C.R. 701 (S.C.C.). Conformaron la mayoría los jueces Lamer (Presidente), Gonthier, Cory y Major. Disintieron los jueces La Forest, L'Heureux-Dubé y McLachlin.

⁵⁶ 1994 S.C.B. 1074 y 1994 S.C.B. 1963.

⁵⁷ El abogado principal de Imre Finta fue Doug Christie, quien había defendido anteriormente en Canadá al conocido revisionista del holocausto, Ernst Zündel, actualmente encarcelado en Alemania, donde cumple una condena de cinco años. Una dura crítica de su estrategia de defensa y también de su escasa contestación por los jueces, puede verse en Matas, D., «The Case of Imre Finta», cit., pp. 2 ss. Véase en relación con este aspecto las consideraciones de la mayoría en la Corte de Apelación (73 Ontario Court of Appeal (1992), pars. 213 ss, y las del Juez Cory en nombre de la mayoría de la Corte Suprema; [1994] 1 S.C.R. 701, pp. 169 ss.

⁵⁸ El juicio con jurado es un derecho reconocido a los acusados por los delitos más graves, mencionados en el artículo 469 del Código Penal, entre los que están los previstos en los artículos 4 a 7 de la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*; R.S.C., 1985, c. C-46, s. 469; R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 62; 2000, c. 24, s. 44. Sin embargo, el artículo 473 dispone que: «(1) Notwithstanding anything in this Act, an accused charged with an offence listed in section 469 may, with the consent of the accused and the Attorney General, be tried without a jury by a judge of a superior court of criminal jurisdiction.»

De acuerdo con la posición del Fiscal, de la redacción del Artículo 7(3.71) del Código Penal debía deducirse que el jurado debía determinar si los hechos eran constitutivos de los delitos de homicidio, secuestro, detención ilegal y robo previstos en el Código Penal. En ese caso correspondería al juez y no al jurado decidir si los hechos atribuidos a Finta constituían además crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, en la medida en que de ese análisis se desprendería un efecto de atribución de la jurisdicción a Canadá. Dicha posición fue rechazada tanto por el Juez como por las mayorías de la Corte de Apelación y de la Corte Suprema.

Según los jueces Arbour, Osborne and Doherty de la Corte de Apelación:

«It is hornbook law that in a trial by a court composed of a judge and jury, the judge decides questions of law and instructs the jury as to the relevant law. The jury weighs the evidence, determines the facts, applies the law to those facts and renders a verdict [...] The designation of the judge as the master of the law and the jury as the master of the facts is fundamental to the institution of trial by jury⁵⁹.

En opinión de la mayoría:

«The language of s. 7(3.71) leaves no doubt as to its purpose. It was designed to give offences created by the Criminal Code extraterritorial scope provided that the relevant act or omission would have constituted an offence against the Criminal Code when it was committed had it occurred in Canada, and provided that the relevant act or omission constituted a war crime or a crime against humanity. Section 7(3.71) defines the conduct which by virtue of that section constitutes a breach of the criminal law of Canada. All of the requirements of that section are essential elements of the offence. As in any criminal trial by jury, it is for the jury to determine on all of the evidence whether the Crown has established each essential element beyond a reasonable doubt. Consequently, it was for the jury to determine whether the acts or omissions which they held to be attributable to Finta constituted a war crime or a crime against humanity»⁶⁰.

⁵⁹ 73 C.C.C. (3d) 65 (Ont.C.A.)(1992), par. 67.

⁶⁰ 73 C.C.C. (3d) 65 (Ont.C.A.)(1992), par. 174. La posición contraria fue defendida por el Juez Tarnopolsky en la Corte de Apelación y por el Juez La Forest en la Corte Suprema, [1994] 1 S.C.R. 701, pp. 58 ss. Véase al respecto el comentario de Amerasinghe, C. A., «The Domestic Tribunals' Universal Jurisdiction for War Crimes and Crimes against Humanity: from Finta to Today», en Dumont, H., Boisvert, A.-M. (Dirs.), *La voie vers la Cour Pénale Internationale: Tous les chemins mènent à Rome*, Institut Canadien d'Administration de la Justice-Université de Montréal-Les Éditions Thémis, Montréal, 2004, pp. 494-495.

Además de ésta, las principales cuestiones, de acuerdo con Cotler⁶¹, que fueron objeto de discusión durante el caso Finta fueron cuatro, las dos primeras planteadas por la defensa y las dos últimas por el fiscal: la constitucionalidad de las nuevas disposiciones del Código Penal que permitían juzgar en Canadá crímenes cometidos fuera del país; el momento que los hechos imputados habían adquirido la condición de crímenes perseguibles; los elementos objetivos (*actus reus*) y subjetivos (*mens rea*) de los crímenes; y las excepciones de error de hecho y de obediencia a las ordenes superiores.

La constitucionalidad de las nuevas disposiciones del código penal fue resuelta como cuestión preliminar por el Juez Callaghan, el 26 de junio de 1989⁶². Aunque por parte de la defensa de Finta se alegó la retroactividad de las disposiciones contempladas como incompatible con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, el Juez estimó que la redacción del artículo 11(g) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que establece el derecho a «not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations» eliminaba cualquier obstáculo constitucional a la persecución de los criminales de guerra y avalaba la legislación adoptada⁶³. Distinguiendo entre retroactividad y retrospectividad⁶⁴, el Juez Callaghan consideró que las disposiciones discutidas otorgaban a los tribunales canadienses una jurisdicción retrospectiva respecto de crímenes cometidos fuera de Canadá. No se había cambiado la consideración legal de los hechos sino los efectos de los mismos.

⁶¹ Cotler, I. «Regina v. Finta [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», cit., p. 462.

⁶² 50 C.C.C. (3d), 236. (Ont. H.C.).

⁶³ *Ibid.* En realidad, para Cotler, «... subsections 7(3.71)-(3.76) of the Criminal Code, Canada's war crimes legislation, constitute a legislative *response* to the incorporation of section 11(g) in the Charter, based notably upon the recommendations contained in the 1986 *Report* of the Commission of Inquiry on War Criminals, and upon the general principles of law «recognized by the community of nations».» «Regina v. Finta [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», cit. p.463.

⁶⁴ «A retroactive statute is one which is proclaimed to have effect as of a time prior to its enactment. The Statute operates backward and changes the law as some date prior to proclamation ... A retrospective statute is one which proclaims that the consequences of an act done prior to proclamation are to be given a different legal effect after proclamation as a result of the enactment of the statute. It operates only in the future, after proclamation, but changes the legal effect of an event which occurred prior to proclamation.» 50 C.C.C. (3d) 236 (Ont. H.C.). La decisión cita a Doherty, D.H., «What's Done Is Done: An Argument in Support of a Purely Prospective Application of the Charter of Rights», 26 *Crim. Rep.* 3d 121, (1982), p.125.

En relación con la segunda cuestión, la defensa de Finta puso en cuestión la existencia de categorías claras de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad en el momento de comisión de los hechos, por lo que la imputación de tales crímenes era retroactiva y resultaba incompatible con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

Puesto que la decisión final de la Corte Suprema, confirmando la posición del Juez Callaghan, se basaría en que la calificación de los crímenes era una cuestión sustancial y no meramente procedimental a los efectos de determinar la jurisdicción y de que corresponde al jurado analizar la existencia de los elementos de tales crímenes y no al juez, la determinación de la existencia o no de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad en el momento de la comisión de los hechos era crucial.

Y en este punto hubo una coincidencia completa en las opiniones del Juez Callaghan y de los magistrados de la Corte de Apelación de Ontario y de de la Corte Suprema. En opinión del Juez:

«A brief review of international conventions, agreements and treaties, clearly demonstrate that, by World War II, war crimes or crimes against humanity were recognized as an offence at international law, or criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations»⁶⁵.

Aunque, según la interpretación que daría después la Corte Suprema de Canadá, la nueva legislación había añadido dos nuevos delitos –los de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad– al Código penal canadiense, tales crímenes no infringían la prohibición de retroactividad por cuanto ya era anteriormente considerados como crímenes por el derecho internacional⁶⁶.

El tercer aspecto, relativo a los elementos objetivos (*actus reus*) y subjetivos (*mens rea*) de los crímenes condicionó de manera determinante la decisión final de la Corte Suprema, como se ha puesto de relieve por dis-

⁶⁵ 69 O.R. 2d 557, 569. Véanse las opiniones del Juez La Forest y del Juez Cory, en la Corte Suprema [1994] 1 S.C.R. 701, pp. 44 ss. y 193-197, respectivamente.

⁶⁶ En la posición común de los jueces de la minoría, formulada por el Juez La Forest se dice que: «On a literal reading of s. 7(3.71), an appreciation of its legislative context along with analogous provisions in the Code and an understanding of its legislative history, I conclude that s. 7(3.71) is unquestionably intended to confer jurisdiction on Canadian courts to prosecute domestically, according to Canadian criminal law in force at the time of their commission, foreign acts amounting to war crimes or crimes against humanity. The provision does not create any new offences.» [1994] 1 S.C.R. p. 49.

tintos autores⁶⁷. En síntesis lo que se critica es que la Corte definió de manera errónea tales elementos, hasta el punto de crear artificialmente un umbral mucho más exigente para la apreciación de los elementos del crimen en Canadá que el existente en el derecho internacional.

De tal manera que la insistencia de los magistrados en calificar a los crímenes contra la humanidad como crímenes que chocan la conciencia o que conllevan un estigma abrumador⁶⁸, la exigencia de un elemento de discriminación, la identificación con actos crueles, terribles o bárbaros⁶⁹, la referencia a la generación de una repulsa pública particularmente grave, los hacía aparentemente distantes de los hechos imputados a Finta, como el robo o la detención ilegal.

No obstante, a este respecto hay que tener en cuenta que la definición en el derecho canadiense carecía de cualquier concepto de umbral similar al que luego se consagraría en derecho internacional, lo que explica el debate sobre la existencia o no de requisitos adicionales en el concepto de crimen contra la humanidad en Derecho internacional⁷⁰.

⁶⁷ Cotler, I., «Regina v. Finta [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», cit. pp. 467-473; Cryers, R., *Prosecuting International Crimes. Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p.121.

⁶⁸ «In the mind of the public those persons indicted for having committed crimes against humanity or war

crimes stand charged with committing offences so grave that they shock the conscience of all right-thinking people. The stigma that must attach to a conviction for such a crime is overwhelming.», Juez Cory; [1994] 1 S.C.R. 701, p.128.

⁶⁹ Según definición dada al jurado por el Juez de instancia y recogida en la opinión del Juez Cory: «What then is the nature of a war crime or inhumane act? In addition to the definition provided by the Code itself, the trial judge in this case gave the following definition of an inhumane act to the jury:

Inhumane. Inhuman, uncivilized. Not humane; destitute of compassion for suffering.

Inhumanity. The quality of being inhuman or inhumane; want of human feeling; brutality; barbarous cruelty.

Inhuman. Not having the qualities proper or natural to a human being; especially destitute of natural kindness or pity; brutal, unfeeling.

Brutal; barbarous; cruel.» [1994] 1 S.C.R. 701, p.134.

⁷⁰ Como se ha señalado, «... it is not surprising that the judges in the Finta case were left to argue among themselves as regards whether something more was required to constitute a crime against humanity than was required under regular Canadian criminal law which already outlawed, in one form or other, all the underlying crimes against humanity in international law. The majority thought there was; but the minority thought generally not. The point has now been clearly confirmed by the international criminal tribunals that there is an additional element that must be shown for a viable case of crime against humanity: ie the crime must have been committed as part of a widespread or systematic attack against a civilian population.»; Chile Eboe-Osuji, «In Sync at Last: Canadian Law and International Law of Crimes Against Humanity», November 2005, disponible en http://www.cciil-ccdi.ca/index.php?option=com_content&task=view&id=124&Itemid=76.

Igualmente, desde el punto de vista de los elementos subjetivos, la mayoría de la Corte Suprema, formuló un umbral elevado al exigir la prueba del conocimiento del autor no respecto de la comisión de un robo o una detención ilegal, sino de la comisión de un crimen contra la humanidad, caracterizado previamente como se ha indicado. En la formulación del Juez Cory:

«The mental element required to be proven to constitute a crime against humanity is that the accused was aware of or wilfully blind to facts or circumstances which would bring his or her act within the definition of a crime against humanity. However it would not be necessary to establish that the accused knew that his or her actions were inhumane. For example, if the jury was satisfied that Finta was aware of the conditions within the boxcars, that would be sufficient to convict him of crimes against humanity even though he did not know that his actions in loading the people into those boxcars were inhumane. Similarly for war crimes the Crown would have to establish that the accused knew or was aware of facts that brought his or her action within the definition of war crimes, or was wilfully blind to those facts. It would not be necessary to prove that the accused actually knew that his or her acts constituted war crimes ...»⁷¹.

Finalmente, la Corte Suprema acepta el juego de la excepción de obediencia a las órdenes superiores, en la medida en que Finta estaba inmerso en un ambiente propagandístico que difundía el mensaje de que los judíos eran desleales con su país y que debían ser expulsados, lo que «gave the defences of mistake of fact and obedience to superior orders an air of reality», en opinión del Juez Cory.⁷² De alguna manera el acusado no esta-

⁷¹ [1994] 1 S.C.R. 701; pp. 137-138. Tales exigencias son consideradas excesivas en su opinión disidente por el Juez La Forest «Most criminal offences require that there be a mens rea in relation to the basic act or omission. At times, but by no means invariably, some form of mens rea, sometimes knowledge, sometimes recklessness or even inadvertence, is required in relation to consequences and circumstances as well. In the present case, however, the trial judge insisted that there be a subjective mental element in relation to all the elements of the act that constitute the war crime or crime against humanity. [...] In my view, this is far too high a standard; a mens rea need only be found in relation to the individually blameworthy elements of a war crime or crime against humanity, not every single circumstance surrounding it.»; [1994] 1 S.C.R. 701; pp. 65-66.

⁷² El juez señala a estos efectos las siguientes circunstancias: (1) Finta's position in a para-military police organization; (2) the existence of a war; (3) an imminent invasion by Soviet forces; (4) the Jewish sentiment in favour of the Allied forces; (5) the general, publicly stated belief in newspapers in Hungary that the Jews were subversive and disloyal

ba en condiciones de desobedecer tales órdenes y, por otra parte, en opinión del Juez, un acusado no debe ser considerado culpable de un acto que no puede moralmente desobedecer⁷³.

Como ha señalado Cotler, de tal consideración puede inferirse serias consecuencias:

«An accused who committed international crimes could seemingly rely upon the existence of a pervasive racist and persecutorial attitude and policy as a defense. Under this rationale, defendants at Nuremberg could have argued that they did not possess the necessary *mens rea*; that they were killing Jews in the heat of battle and in defense of country; that Jews were hostile to the needs of the Nazi state; and that there was an ‘air of reality’ to these beliefs»⁷⁴.

A pesar de que la Corte confirmó la validez de las disposiciones del Código Penal que establecen la jurisdicción de Canadá sobre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, su razonamiento hacía muy difíciles las condenas, puesto que la Corte Suprema aceptó las alegaciones

to the war efforts of Hungary; (6) the universal public expression in the newspapers cited by one of the witnesses of approval of the deportation of Hungarian Jews; (7) the organizational activity involving the whole Hungarian state together with their ally, Germany, in the internment and deportation; (8) the open and public manner of the confiscations under an official, hierarchical sanction; (9) the deposit of seized property with the National Treasury or in the Szeged synagogue.» [1994] 1 S.C.R. 701, pp. 167-168. Al respecto, McManus, J., «A New era of accountability through domestic enforcement of International Law», Dumont, H., Boisvert, A.-M. (Dirs.), *La voie vers la Cour Pénale Internationale: Tous les chemins mènent à Rome*, Institut Canadien d'Administration de la Justice-Université de Montréal-Les Éditions Thémis, Montréal, 2004, p. 525.

⁷³ «Even where the orders are manifestly unlawful, the defence of obedience to superior orders and the peace-officer defence will be available in those circumstances where the accused had no moral choice as to whether to follow the order.» p.165. A pesar de que el coetáneo Artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia aprobado mediante la Resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993, que aprobaba a su vez el Informe del Secretario General (UN, Doc. S/25704, de 3 de mayo de 1993), establece, en su párrafo 4 que «El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia». Idéntico texto recoge el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal internacional para Ruanda, en su párrafo 4, aprobado mediante la Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994. Pueden verse otras referencias en Pigrau Solé, A., «Elementos de Derecho Internacional Penal», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1997*, Universidad del País Vasco, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 172-143.

⁷⁴ Cotler, I., «Regina v. Finta [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», cit. 474.

de la defensa de actuación en calidad de agente del orden y de obediencia a las ordenes militares, congruentes con una realidad basada en la propaganda. Para la Corte toda organización policial o militar comporta un componente de obediencia que debe ser tenido en cuenta en relación con el comportamiento de sus miembros y, por otra parte, la obediencia a las órdenes de las superiores es una defensa válida salvo que el acto ordenado sea manifiestamente ilegal. La condición de agente del orden invocada solamente no puede ser aceptada como eximente si cualquier persona razonable situada en el lugar del acusado hubiera debido saber que los actos de referencia eran constitutivos de un crimen de guerra o de un crimen contra la humanidad. Si, en cambio, el acusado ha actuado de buena fe y podía creer razonablemente que sus actos estaban justificados, entonces podrían beneficiarse de la citada condición.

Por otra parte, el caso Finta puso de relieve las dificultades para jueces y fiscales para afrontar juicios sobre hechos sucedidos muchos años antes en un lugar alejado a aquel en el que se celebraba el juicio. Igualmente ofreció indicios de la escasa motivación o del desinterés de los miembros del jurado respecto de hechos sucedidos tanto tiempo atrás por más que se tratara de crímenes graves, unos hechos respecto de los cuales tal vez no se sentían directamente concernidos⁷⁵.

Lo cierto es que tras la decisión de la Corte Suprema de Canadá en el caso Finta se generalizó la percepción de que no sería posible proseguir con éxito una persecución penal en Canadá por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad cometidos durante la segunda guerra mundial.

Desde el punto de vista de la política criminal, en 1992, la unidad especial de persecución de los crímenes de guerra del Ministerio de Justicia no había conseguido ninguna condena en los tres casos presentados y las investigaciones sobre otros casos no progresaban de manera significativa, con lo que, entre algunos sectores de la opinión pública se extendieron serias dudas sobre la voluntad política de llevar a buen puerto dicha persecución. En particular la comunidad judía, liderada por el *B'nai Brith Canada Institute for International Affairs* fue muy crítica con el gobierno

⁷⁵ Matas, D., «The Case of Imre Finta», cit., pp. 13 ss. A propósito del desinterés, Matas recuerda en «The Struggle for Justice: Nazi War Criminals in Canada», cit., la conocida cita del pastor protestante alemán Martin Niemöller: «First they came for the Jews. And I did not speak out, because I was not a Jew. Then they came for the Communists. And I did not speak out, because I was not a Communist. Then they came for the trade unionists. And I did not speak out, because I was not a trade unionist. Then they came for me. And there was no one left to speak out for me.» Una referencia que su autor utilizó en repetidas ocasiones y sobre la que, por tanto, hay múltiples versiones donde se modifican tanto los grupos citados como el orden en que aparecen.

canadiense, pero también con los fiscales y los jueces implicados. A la vista de las dificultades el Instituto recomendó concentrarse en la vía de la desnaturalización y la expulsión.

Los fiscales se defendieron aduciendo las dificultades de investigar crímenes acaecidos tantos años atrás, con sospechosos y testigos fallecidos y con documentos ilocalizables o simplemente desaparecidos. Y efectivamente, la anulación coetánea de la condena a muerte de John Demjanjuk, en julio de 1993 por la Corte Suprema de Israel, por no haber sido suficientemente probada la identidad del condenado⁷⁶, así parecía corroborarlo.

Pero, probablemente, 1987 era ya una fecha demasiado tardía para afrontar con eficacia un proceso de identificación sistemática y de recolección de pruebas sobre la presencia de criminales de guerra de la segunda guerra mundial en Canadá.

En suma, las posibilidades cada vez más reducidas de obtener condenas penales por crímenes de guerra cometidos durante la segunda guerra mundial, a causa de la edad de los presuntos responsables, fueron decisivamente limitadas por la decisión de la Corte Suprema de Canadá en 1994, en el caso Finta.

3.4. LA VÍA DE LA DESNATURALIZACIÓN Y LA DEPORTACIÓN: EL CASO LUITJENS

Entre 1987 y 1992 se llevó a cabo un proceso de revocación de la ciudadanía y de expulsión, de acuerdo con las modificaciones introducidas en la Ley de Inmigración. Es el caso de Jacob Luitjens, respecto del cual en 1983 se había rechazado una solicitud de extradición de los Países Bajos⁷⁷.

Jacob Luitjens (1919), de nacionalidad neerlandesa, fue colaborador de los nazis durante la segunda guerra mundial y actuó en la zona de Roden, una población cercana a Groningen. Tras la guerra fue condenado en rebeldía a cadena perpetua. Pero con el apoyo de la red Odessa (*Organización de antiguos miembros de las SS*) consiguió huir con una falsa

⁷⁶ John Demjanjuk fue extraditado desde los Estados Unidos a Israel en 1986, acusado de ser *Iván el Terrible*, un significado guardián en el campo de concentración nazi de Treblinka. Allí fue juzgado y condenado a muerte. Pero tras una apelación de cinco años, la Corte Suprema israelí anuló el fallo en 1993 al considerar que no estaba probado que Demjanjuk fuera realmente la persona conocida como *Iván el Terrible*. Demjanjuk regresó a Estados Unidos, que le devolvió su nacionalidad antes de arrebatarla nuevamente en el 2002, en el contexto de un nuevo proceso de deportación.

⁷⁷ Véase nota 11, *supra*.

identidad a Paraguay y de allí a Canadá a donde llegó en 1961. Se estableció en Vancouver donde llegó a ser un reputado profesor de botánica en la Universidad de British Columbia.

Mediante un procedimiento iniciado en 1988, Luitjens fue privado de la ciudadanía canadiense y deportado a los Países Bajos en noviembre de 1992⁷⁸. Allí su condena fue reducida a 28 meses de prisión, que terminó de cumplir en marzo de 1995. Canadá prohibió su regreso⁷⁹.

El caso Luitjens fue el detonante para la modificación del Artículo 27(2)(i) de la Ley de Inmigración en 1993, en el sentido de agilizar los procedimientos de expulsión. La acreditación de que se había privado de la ciudadanía a una persona por haberla obtenido mediante fraude o ocultación de circunstancias relevantes sería suficiente para generar una orden de expulsión⁸⁰.

4. LA OPCIÓN PREFERENCIAL POR LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS (1995-2000)

La decisión de la Corte Suprema en el caso *Finta* determina el fin de la estrategia de persecución penal de los presuntos criminales de guerra por parte de las autoridades canadienses⁸¹. A partir de enero de 1995, des-

⁷⁸ *Secretary of State v. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267; *Secretary of State v. Luitjens*, (1992), 54 F.T.R. 237; *Luitjens v. Secretary of State*, (1992) 9 C.R.R. (2d) 149 (F.C.A.); leave to appeal refused (S.C.C., September 10, 1992).

⁷⁹ Antes del 1 de febrero de 1993, el estatuto de residencia permanente no contenía ninguna mención a la pérdida de la ciudadanía. La Corte Federal de Apelación interpretó que las personas que habían tenido la residencia permanente y habían sido posteriormente privadas de la ciudadanía, no recuperaban la residencia permanente. Y la Sección de Apelación de la Inmigración adoptó este criterio en relación con Luitjens; *Luitjens v. Canada (Solicitor General)*, 23 Imm. L.R. 2d 133 (Imm.& Ref. Bd. (App. Div.) 1994). El 1 de febrero de 1993, la Ley fue modificada para incluir en el apartado de la residencia permanente [S.C. 1992, c.49, subsection 1(6)] la referencia a las personas cuya ciudadanía se hubiera revocado, de tal manera que una persona que haya dejado ser nacional de acuerdo con el artículo 10(1) de la Ley de Ciudadanía es un residente permanente, excepto que tal revocación se haya producido con arreglo al Artículo 10(2) de la misma Ley, es decir que también hubiera obtenido la residencia permanente mediante fraude; véase el texto en nota 29, *supra*. En este caso, la persona es susceptible de deportación de acuerdo con el Artículo 27(2) de la Ley de Inmigración al no ser ni ciudadano ni residente permanente.

⁸⁰ Matas, D., «The Struggle for Justice: Nazi War Criminals in Canada», cit.

⁸¹ Según el *Background Paper* del Ministerio de Justicia, *The Investigation of War Crimes in Canada (Jan.31, 1995)* citado por Cotler: «The decision of the Supreme Court of Canada in *R.v. Finta* is particularly relevant here. In that case, the Court established a higher standard of proof for the prosecution of war crimes and crimes against humanity than is recognized at international law, For the World War II cases, this decision has made prosecution of these crimes much more difficult and less likely.»; citado por Cotler, I. «*Regina v. Finta* [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», cit. p. 461.

cartada *de facto* la vía de la persecución penal, las autoridades se concentran exclusivamente en las otras vías: la retirada de la residencia o de la ciudadanía canadiense y la deportación al Estado de comisión de los crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, cuando pueda demostrarse que ha habido un fraude en su adquisición, por ocultar información o mentir a las autoridades de inmigración acerca de su participación en crímenes de guerra, en el momento de solicitar su entrada en Canadá. Junto a ello se pone en marcha una más estricta política de prevención, basada en el control previo a la entrada.

Sin embargo y como se ha puesto de relieve, es preciso tener en cuenta que la deportación no tiene por qué ser equivalente al cumplimiento de la obligación que pueda derivarse del derecho internacional convencional, cuando proceda, de juzgar o extraditar.⁸² A la vista de dichas convenciones y, en el caso de Canadá y de acuerdo con Rikhof:

- existe un deber de extraditar o juzgar a quienes hayan cometido crímenes de guerra en conflictos armados internacionales;
- existe un deber de extraditar a quienes hayan cometido genocidio;
- existe un deber de extraditar a los tribunales internacionales penales *ad hoc* a quienes hayan cometido genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad en la antigua Yugoslavia desde 1991 o en Ruanda en 1994;
- existe un deber de entregar a la Corte Penal Internacional a quienes hayan cometido genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad desde el 1 de julio de 2002;
- no existe por el momento una obligación jurídica de juzgar o extraditar a quienes han cometido crímenes de guerra en conflictos armados sin carácter internacional o que hayan cometido crímenes contra la humanidad, a menos que: los mismos hechos sean constitutivos de tortura, los mismos hechos encajen en las definiciones previstas en las nueve convenciones sobre el terrorismo y se haya determinado

⁸² «In international law, the duty to extradite or prosecute is not met by denaturalization and deportation, neither proceeding can suffice as compliance with this duty. Furthermore, removal from Canada, without even an investigation for possible prosecution, may mean that the criminal escapes any penal justice system. There is no guarantee that these people will be prosecuted in the country to which they are removed; removal may mean no more than relocation of the criminal without punishment for the crime.»; Matas, D. «The Struggle for Justice: Nazi War Criminals in Canada», cit., p.5; en el mismo sentido Schabas, W., «Introduction à l'affaire Mugesera», 7 *Revue Universelle des Droits de l'Homme (RUDH)*, 1996, p.195.

que existen pruebas suficientes para iniciar un procesamiento por tortura o por dichos actos terroristas⁸³.

4.1. LA CONSOLIDACIÓN DEL PROGRAMA CANADIENSE DE CRÍMENES DE GUERRA

No obstante, en la década de los noventa se producen una serie de hechos que acrecientan la sensibilización de la opinión pública en relación con la comisión de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad no solamente durante la segunda guerra mundial, sino también en los conflictos posteriores de la segunda guerra mundial. Entre ellos cabe citar la creación por el Consejo de Seguridad de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, la detención y proceso de extradición a España de Augusto Pinochet⁸⁴ y el juicio y condena de Anthony Sawoniuk⁸⁵ en Londres y, naturalmente, los debates previos a la Conferencia de Roma que adoptó el Estatuto de la Corte Penal

⁸³ Rikhof, J., «Canada and War Criminals: The Policy, the Program, and the Results», cit., p.11. Las nueve convenciones a las que se refiere son las siguientes: Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (1970); Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971); Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos (1973); Convenio de Viena sobre la protección física de los materiales nucleares (1980); Convención internacional contra la toma de rehenes (1979); Convenio de Roma para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988); Protocolo de Roma para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental (1988); Protocolo de Montreal para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios en la aviación civil internacional, complementario al Convenio de Montreal de 1971 (1988); Convenio de Montreal sobre el marcaje de explosivos plásticos a los efectos de su detección (1991); Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado (1994); Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997); Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (1999).

⁸⁴ Sobre el caso Pinochet, puede verse Remiro Brotons, A., *El caso Pinochet. Los límites a la impunidad*, Política Exterior-Biblioteca Nueva, Madrid, 1999; García Arán, M., López Garrido D., (Coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Pigrau Solé, A. «El proceso a Pinochet en España», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.6, 2000, pp. 775-807; y el comentario «In Re Pinochet», de Marquez Carrasco, M.C.-Alcaide Fernandez, J. en *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 3. (Jul., 1999), pp. 690-696.

⁸⁵ Véase Hirsh, D. «The Trial of Andrei Sawoniuk: Holocaust Testimony under Cross-Examination», *Social & Legal Studies*, Vol. 10, No. 4, 529-545 (2001); Bryan, I., Rowe, P., «Role of evidence in war crimes trial: the Sawoniuk case», *2 Yearbook of International Humanitarian Law (YIHL)* 1999, pp. 307-323.

Internacional⁸⁶. En este contexto Canadá ha tratado de reforzar sus actividades de persecución de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad con un esfuerzo de coordinación entre los distintos ministerios afectados a través del Programa Canadiense de Crímenes de Guerra.

Así, el Gobierno llevó a cabo, en 1997, una revisión del Programa de Crímenes de Guerra y anunció en 1998 distintas medidas para reforzarlo. Entre ellas estaban la mejora de la coordinación entre los distintos organismos implicados, un incremento de la financiación del Programa, un mayor esfuerzo en cuanto a los crímenes de guerra modernos y el diseño y realización de un proceso de evaluación del Programa que debería culminar en 2001.

El Programa de crímenes de guerra fue ampliado⁸⁷ y al Programa de la Segunda Guerra Mundial, creado en 1988, se añadió en 1998, el Programa de Crímenes de Guerra Modernos. En relación con éste último programa se adoptó una estrategia con tres ejes de actuación: impedir la entra-

⁸⁶ Naciones Unidas, Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998; *BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2002. Sobre el conjunto del Estatuto, en nuestro país, Gutiérrez Espada, C., «Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional (Roma 1998)», *Carthaginensia*, Vol.16 (2000), pp. 83-137, Lirola Delgado, I., Martín Martínez, M. M., *La Corte Penal Internacional*, Ariel, Barcelona, 2001; Quesada Alcalá, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005; también las obras colectivas *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Quel López, F.J. (ed.), Escuela Diplomática –Asoc. de Prof. de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales– BOE, Madrid, 2000; Consejo General del Poder Judicial, *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000; y el número extraordinario de la *REDM*, dedicado a la CPI, n.º 75, enero-junio 2000. En la doctrina canadiense puede verse: Broomhall, B. «Looking Forward to the Establishment of an International Criminal Court: Between State Consent and the Rule of Law», *Criminal Law Forum*, Vol8, No2 (1997), pp. 317-334; Kirsch, Ph – Holmes, J.T., «The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process», *The American Journal of International Law (AJIL)*, Vol. 93, No. 1. (Jan., 1999), pp. 2-12; Kirsch, Ph, – Holmes, J.T., *The Birth of the International Criminal Court: The 1998 Rome Conference*, 36 *Can. Y.B. Int'l L.* 1998, pp. 3-39; Robinson, D., «Defining «Crimes Against Humanity» at the Rome Conference», *AJIL*, Vol. 93, No. 1. (Jan., 1999), pp. 43-57; Kirsch, Ph, Oosterveld, V., «Negotiating an Institution for the Twenty-First Century: Multilateral Diplomacy and the International Criminal Court», (2001) 46 *McGill L. J.* pp. 1141-1160; Dumont, H., Boisvert, A.-M. (Dirs.), *La voie vers la Cour Pénale Internationale: Tous les chemins mènent à Rome*, Institut Canadien d'Administration de la Justice-Université de Montréal-Les Éditions Thémis, Montréal, 2004; Williams, S.A. «The Rome Statute on the International Criminal Court: from 1947-2000 and Beyond», *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 38 No2 (2000), pp. 297-330.

⁸⁷ Desde el Informe de la Comisión Deschênes de acuerdo con el Programa de crímenes de Guerra de la segunda guerra mundial se habían investigado en 1997 más de 1.500 casos, incluidos todos los mencionados en las tres listas del Informe. En total, entre 1995 y 1997 se abrieron 14 procedimientos de desnaturalización y deportación, 8 de las cuales se referían a las únicas personas que continuaban con vida de entre las mencionadas como prioritarias en el Informe de la Comisión Deschênes; véanse los detalles en *Public Report: Canada's War Crimes Program 1998*, pp. 3-4.

da de los presuntos criminales en Canadá, mientras aún están en el extranjero, rechazando las solicitudes de inmigración, asilo o visa; identificar a las personas que han conseguido entrar en Canadá, ya sea por vía del estatuto de refugiados, de residencia permanente o de adquisición de la ciudadanía; y adoptar las medidas oportunas para denegar a dichas personas el estatuto solicitado o la adquisición de la ciudadanía, o revocarla si ya hubiera sido concedida, y finalmente expulsarlos del país.

En el mes de julio de 1998 el Gobierno anunció la creación de un mecanismo para garantizar la colaboración entre los tres organismos que participan en el programa canadiense sobre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra: el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración, el Ministerio de Justicia y la RPMC. Se trata del Grupo Interministerial de Operaciones, organismo creado para garantizar la coordinación y las investigaciones en torno a todas las denuncias de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad realizadas contra personas residentes en Canadá y adoptar las medidas necesarias al respecto⁸⁸.

Hasta el momento de cerrar el Informe del período 1999-2000, en el marco del Programa de crímenes de la segunda guerra mundial se habían investigado 1651 casos. El examen se centraba en la búsqueda de pruebas de complicidad en crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad⁸⁹ con objeto de tramitar la revocación de la ciudadanía y la deportación, aunque al menos en teoría no se descartaba completamente la acción penal.

Desde 1995 se habían iniciado 17 procedimientos de revocación de la ciudadanía y expulsión: 4 de ellos estaban en curso ante la Corte Federal de Canadá (Fast, Obodzinsky, Odynsky, Baumgartner); otros 4 habían terminado de acuerdo con las pretensiones del Gobierno (Katriuk, Kisluk and Oberlander); en otros 2 casos los implicados habían abandonado voluntariamente el país llegar a agotar los recursos disponibles (Csatory, Maciukas). En otros 3 casos el procedimiento había sido favorable a los ciudadanos implicados (Vitols, Dueck and Podins). En un caso más el asunto estaba en curso ante la CIER (Nebel). Finalmente, en los 4 casos restantes,

⁸⁸ Rikhof, J., «Canada and War Criminals: The Policy, the Program, and the Results», cit., pp. 6-8.

⁸⁹ «A person is considered complicit if, while aware of the commission of war crimes or crimes against humanity the person contributes, directly or indirectly, to their occurrence. Active membership in the organization responsible for committing the atrocities is not required. An example of complicity would be the act of guarding an execution site even if one had not personally acted as executioner. Additionally, a person may be considered complicit if he was a member of an organization during a time when their activities included the carrying out of atrocities such as executing civilians.»; *Canada's War Crimes Program. Annual Report 1999-2000*, pp. 2-3.

los implicados habían fallecido durante el procedimiento (Bogutin, Kentsavicius, Tobiass and Nemsila)⁹⁰.

Precisamente uno de los aspectos criticados en este contexto ha sido la lentitud no solamente de los procedimientos judiciales, a causa de la propia complejidad de los distintos procedimientos y también de las distintas vías de recurso que ofrecían, sino también de la ejecución de las decisiones judiciales por parte de las autoridades administrativas.

Por otra parte, desde 1993, siete regímenes políticos habían sido incluidos en la lista que excluía la entrada en Canadá para quien hubieran tenido altos cargos en los mismos⁹¹. Se trataba de los siguientes: el de los Serbios de Bosnia, entre el 27 de marzo de 1992 y el 10 de octubre de 1996; el de Siad Barré en Somalia entre 1969 y 1991; los gobiernos militares en Haití, entre 1971 y 1986, y entre 1991 y 1994 excepto el período de agosto a diciembre de 1993; el régimen prosoviético de Afganistán entre 1978 y 1992; los gobiernos de Ahmed Hassan Al-Bakr y Saddam Hussein, en Irak, desde 1968; el gobierno de Ruanda bajo el Presidente Habyarimana entre octubre de 1990 y abril de 1994, así como el gobierno interino entre abril y julio de 1994; los gobiernos de la Yugoslavia y Serbia, bajo el Presidente Milosevic, desde el 28 de febrero de 1998⁹².

En relación con el programa de crímenes de guerra modernos, entre el 1 de abril de 1999 y el 31 de marzo de 2000 se habían rechazado 581 solicitudes de entrada en Canadá, casi el doble que en el anterior período 1998-1999. El Ministerio de Ciudadanía e Inmigración estudió alegaciones de crímenes en 127 casos de solicitud de estatuto de refugiado (por 58 en el período anterior) y excluyó de dicho estatuto a 35 personas (por 25 en el período anterior). El número de personas expulsadas de Canadá creció de 27 a 38. En ese momento 339 personas residentes en Canadá seguían siendo consideradas sospechosas y estaban siendo sometidas a procedimientos de acuerdo con la Ley de Inmigración⁹³.

4.2. LOS PROBLEMAS DE LA VÍA ADMINISTRATIVA DE EXPULSIÓN: EL CASO MUGESERA

El caso de León Mugesera ilustra perfectamente las dificultades que comporta la acción administrativa en relación, en este caso, con hechos

⁹⁰ *Canada's War Crimes Program. Annual Report 1999-2000*, p.6.

⁹¹ De acuerdo con el artículo 19(1)(L) de la Immigration Act.

⁹² *Canada's War Crimes Program. Annual Report 1999-2000*, Appendix C, pp. 17-18.

⁹³ *Canada's War Crimes Program. Annual Report 1999-2000*, p.10.

sucedidos después de la segunda guerra mundial, en el marco del conflicto armado de Ruanda.

El 22 de noviembre de 1992, Léon Mugesera, por entonces vicepresidente del partido gubernamental MRDN (Mouvement républicain national pour la démocratie et le développement) en la prefectura de Gisenyi (Ruanda), pronunció un discurso en la población de Kabaya, en el que denominaba a los tutsis «cucarachas»⁹⁴ y hacía un llamamiento a exterminarlos; un contenido que ha podido ser razonablemente interpretado como una incitación al genocidio de la etnia tutsi⁹⁵. En las semanas siguientes se produjeron numerosos ataques contra la población tutsi de la zona. Se ordenó su detención por dicho discurso, pero pudo huir y poco después abandonó el país, al parecer a través de España, donde llegó el 2 de abril de 1993. A través de la Embajada de Canadá en Madrid obtuvo el estatuto de residente y viajó a Canadá en agosto de 1993 para establecerse en Québec.⁹⁶ Las denuncias contra su presencia activaron a las autoridades canadienses que en 1995 iniciaron el procedimiento para obtener la revocación de su condición de residente y de refugiado y poder expulsarlo del país. El asunto se ha prolongado por más de diez años y los momentos más relevantes de este proceso han sido los siguientes.

Tras un mes de juicio el Árbitro Pierre Turmel de la Sección de Inmigración de la CIER de Québec dictó su decisión el 11 de julio de 1995.⁹⁷ En la misma el árbitro considera que: 1) el discurso de Mugesera⁹⁸ constituye una incitación al asesinato castigado tanto en Ruanda como en

⁹⁴ «Something else which may be called [translation] «not allowing ourselves to be invaded» in the country, you know people they call «Inyenzis» (cockroaches), no longer call them «Inkotanyi» (tough fighters), as they are actually «Inyenzis». These people called Inyenzis are now on their way to attack us.»; extraído del texto reproducido en la decisión de la Corte Federal de Apelación; [2004] 1 CF 3, 2003 FCA 325, par. 17.

⁹⁵ Por fragmentos como el siguiente: «Why do they not arrest these parents who have sent away their children and why do they not exterminate them? Why do they not arrest the people taking them away and why do they not exterminate all of them? Are we really waiting till they come to exterminate us?»; *Ibid.*

⁹⁶ Schabas, W., «Introduction à l'affaire Mugesera», cit. p.193. Mugesera había realizado estudios universitarios en Québec y obtuvo un contrato como profesor en la Universidad Laval.

⁹⁷ Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CommISR), Section d'Arbitrage, Montréal. Décision du 11 juillet 1996 dans la cause Léon Mugesera et le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, QML-95-00171. El texto de la decisión está reproducido íntegramente en 7 *RUDH* 1996, pp. 195-222.

⁹⁸ La decisión refleja la complejidad de la determinación del contenido real del discurso; *Ibid.*, *supra*, pp. 197-218.

Canadá y al que le corresponde una pena superior a diez años de cárcel⁹⁹; 2) el discurso de Mugesera constituye una incitación al genocidio castigado tanto en Ruanda como en Canadá, cometido antes de la solicitud de la residencia permanente y al que le corresponde una pena superior a cinco años de cárcel¹⁰⁰; 3) Hay motivos para creer que Mugesera cometió un crimen contra la humanidad que habría constituido también en el momento de su comisión una infracción del Derecho canadiense¹⁰¹; y 4) Mugesera había mentado conscientemente respecto a hechos relevantes cuando había negado su participación en crímenes contra la humanidad en el momento de solicitar la residencia y no había mencionado que estaba perseguido penalmente en su país por ello¹⁰²:

«J'arrive a la conclusion que, sur la balance des probabilités, M. Mugesera n'a pas montré cette injonction de poursuivre à l'agent

⁹⁹ L.R.C, (1985), c. I-2, art. 27 (1)(a.1)(ii): «a.1) est une personne qui a, à l'étranger: [...] (ii) soit commis, de l'avis, fondé sur la prépondérance des probabilités, de l'agent d'immigration ou de l'agent de la paix, un fait –acte ou omission– qui constitue une infraction dans le pays ou il a été commis et qui, s'il était commis au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans ...». Todo ello en relación con los artículos 22, 235 y 464(a) del Código Penal de Canadá, reproducidos en la decisión; nota 93, *supra*, pp. 218-219.

¹⁰⁰ L.R.C, (1985), c. I-2, art. 27 (1)(a.3)(ii): «a.3) avant que le droit d'établissement ne lui ait été accordé, a, à l'étranger: [...] (ii) soit commis, de l'avis, fondé sur la prépondérance des probabilités, de l'agent d'immigration ou de l'agent de la paix, un fait –acte ou omission– qui constitue une infraction dans le pays ou il a été commis et qui, s'il était commis au Canada, constituerait une infraction visée à l'alinéa a.2) ...». El apartado a.2) dispone que: «avant que le droit d'établissement ne lui ait été accordé, a été déclaré coupable au Canada d'une infraction punissable par mise en accusation d'un emprisonnement maximal de moins de dix ans et qui est: i) soit un acte criminel; ii) soit une infraction dont l'auteur peut être poursuivi par mise en accusation ou par procédure sommaire.» Todo ello en relación con el delito de incitación al genocidio tipificado en el artículo 318.1 y el de incitación al odio contra un grupo identificable, del artículo 319.1, ambos del Código Penal canadiense.

¹⁰¹ L.R.C, (1985), c. I-2, art. 27 (1)(g) y 19 (1)(j). El artículo 27 (1) (g) requiere la pertenencia a una categoría de las previstas como no admisibles en el artículo 19 (1) y que haya obtenido la residencia después de la inclusión de dicha categoría en la Ley. El artículo 19 (1)(j) se refiere a: «Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible: [...] (j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du Code criminel et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration.» Este apartado había entrado en vigor el 1 de enero de 1989.

¹⁰² L.R.C, (1985), c. I-2, art. 27 (1)(e): «e) ait obtenu le droit d'établissement, soit sur la foi d'un passeport, visa –ou autre document relatif à son admission– faux ou obtenu irrégulièrement, soit par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important, même si ces moyens ou déclarations son le fait d'un tiers.»

des visas. Je considère aussi que M. Mugesera savait, en toute objectivité, qu'il s'était rendu coupable d'un crime contre l'humanité et qu'en répondant à la question par la négative, il donnait par le fait même une fausse indication sur un fait important»¹⁰³.

En consecuencia el árbitro ordena la expulsión de Mugesera, de su esposa y de sus cinco hijos, del Canadá, de acuerdo con el artículo 32(2) de la Ley de Inmigración y del Estatuto de Refugiado de 1985, lo que comporta la revocación de su condición de residente¹⁰⁴.

En 1996, William Schabas ya auguraba un largo proceso, al tiempo que ponía de relieve que Mugesera no podía ser juzgado por el Tribunal penal Internacional para Ruanda cuya competencia se limita al año 1994 y que la posible entrega a la jurisdicción ruandesa, que lo reclamaba desde abril de 1996 dependía de la conclusión de un tratado bilateral de extradición con Canadá¹⁰⁵.

El asunto fue sometido a apelación, y la Sección de apelación de inmigración de la CIER, formada por los árbitros Pierre Duquette, Yves Bourbonnais y Paule Champoux Ohrt, tras un minucioso análisis del discurso de Mugesera, confirmó el 6 de noviembre de 1998 la decisión del árbitro Turmel¹⁰⁶. Entretanto Léon Mugesera había sido mencionado en la sen-

¹⁰³ Nota 93, *supra*, p. 222.

¹⁰⁴ Pero continuaba teniendo estatuto de refugiado. No obstante el Artículo 1(F)(a) Convención de 1951 permitía denegar dicho estatuto a los implicados en crímenes contra la humanidad y dicha disposición se había incorporado textualmente en el artículo 2(1) de la Ley de Inmigración; por lo que el Ministerio de Inmigración debía iniciar un nuevo procedimiento ante la Sección del Estatuto de Refugiado de la CIER, por la misma razón de haber ocultado datos o haber mentido en el momento de obtener la condición de refugiado, de acuerdo con el artículo 69.3.(2) de la misma Ley.

¹⁰⁵ Schabas, W., «Introduction à l'affaire Mugesera», cit., pp. 194-195.

¹⁰⁶ Aunque para el primero de los miembros del panel de árbitros no estaba probada la vinculación entre el discurso y los asesinatos, posición de la cual discreparon los otros dos; [1998] DSAI no 1972 (QL), p.83. Sobre esta decisión, véase William A. Schabas, «Mugesera v. Minister of Citizenship and Immigration. Nos M96-10465, M96-10466 Immigration and Refugee Board (Appeal Division) of Canada, November 6, 1998», 93 *Am. J. Int'l L.* 1999, pp. 529-533. La decisión de la Sección de apelación es en principio definitiva, pero es posible solicitar el control judicial ante Corte Federal en ciertos casos, aunque se necesita autorización de un juez de dicha Corte; decisión ésta que no es recurrible. Está regulado por el artículo 18.1 de la Ley sobre la Corte Federal, L.R.C. 1985, c. F-7: «18.1 (4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l'office fédéral, selon le cas: a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer; b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter; c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier; d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments

tencia Akayesu, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, como autor del discurso de incitación al genocidio¹⁰⁷.

La decisión fue sometida después a control judicial ante la Sección de primera instancia de la Corte Federal¹⁰⁸. En ella el Juez Nadon estimó parcialmente, en mayo de 2001, las alegaciones de la defensa de Mugesera y devolvió el asunto a la Sección de apelación de la CIER¹⁰⁹. En primer lugar considerando que la calificación de los hechos como crímenes de guerra o contra la humanidad no podía ser conocida por Mugesera por tratarse de una cuestión de derecho:

«39. I agree therefore with the submissions of the applicants that question 27-F of the application for permanent residence form invokes a legal concept that necessitates a determination or conclusion of law as to what constitutes a war crime or a crime against humanity pursuant to a characterization and interpretation of one or more acts or omissions.

dont il dispose; e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages; f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.» Por otra parte la ausencia de un convenio bilateral de extradición con Ruanda ya no era en este momento una excusa válida tras las modificaciones que se habían producido en la Ley de extradición; William A. Schabas, «Mugesera v. Minister of Citizenship and Immigration ...», cit., p. 532.

¹⁰⁷ «95. La politique du miroir fut également utilisée à Kibulira, au Nord-Ouest et dans la région de Bagoguye. Dans ces deux cas, la population fut encouragée à se défendre contre de supposées attaques menées par des infiltrés du FPR, inventées de toute pièces, en attaquant et tuant leurs voisins Tutsi. On signalera au passage le rôle que la radio R.T.L.M., créée en 1993 par des proches du Président Habyarimana, a joué dans cette propagande anti-tutsie. à côté des radios, il y avait d'autres agents de propagande. Parmi les plus célèbres se trouve Léon Mugesera, vice-président du MRND pour la préfecture de Gisenyi et professeur à l'Université nationale du Rwanda, qui publia deux pamphlets accusant les Tutsi de préparer un génocide contre les Hutu [Voir pièces à conviction No. 68 et No. 69]. Au cours d'une réunion du MRND, en novembre 1992, le même Léon Mugesera lança un appel à l'extermination des Tutsi et à l'assassinat des Hutu opposés au Président. Il fit référence au fait que les Tutsi seraient venus d'Ethiopie et qu'il faudrait, après les avoir tués, jeter leurs corps dans les affluents rwandais du Nil, de sorte qu'ils retournent là d'où ils seraient prétendument venus [Voir pièce à conviction No. 74, déposée par l'Accusation]. Il exhorta ceux qui l'écoutaient à éviter les erreurs des massacres précédents où certains Tutsi, particulièrement les enfants, avaient été épargnés.» Tribunal Pénal International pour le Rwanda, Chamber I, Décision du 2 septembre 1998, Le procureur contre Jean-Paul Akayesu, Affaire N. ICTR-96-4-T, Jugement, par. 100. Mugesera es mencionado también en el párrafo 120. Después ha sido mencionado en otros casos; por ejemplo en *The Prosecutor v. Casimir Bizimungu et al.*, Indictment, 12 may 1999, par. 5.8.

¹⁰⁸ (2001) 205 FTR 29, 2001 FCT 460. Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) Nadon J, May 10, 2001.

¹⁰⁹ Lo que es objeto de crítica por la Corte Federal de Apelación; [2004] 1 CF 3, 2003 FCA 325. par. 12.

40. Par conséquent, à mon avis, la Section d'appel a commis une erreur de droit en concluant que Léon Mugesera avait fait une fausse indication sur un fait important. La question 27-F de la demande de résidence permanente nécessite une interprétation juridique et non seulement la constatation d'un fait. ...»¹¹⁰.

Y en segundo lugar, al entender que el discurso no podía ser constitutivo de un crimen contra la humanidad, de acuerdo con el código penal canadiense:

«56. Je suis d'avis que le discours du 22 novembre 1992, en regard duquel Me Duquette a conclu qu'il ne pouvait rattacher de meurtres ou de massacres, ne peut constituer, dans ces circonstances, un crime contre l'humanité. Je partage les propos exprimés par Me Bertrand dans son exposé des propositions, à la page 25, où il dit au paragraphe 157:

[...] En l'absence de preuve d'un lien, direct ou indirect, entre le discours et des meurtres commis de façon généralisée et systématique, ce discours ne revêt pas en lui seul le caractère inhumain requis pour qu'il s'agisse d'un crime contre l'humanité.

57 Par conséquent, je conclus que la Section d'appel a commis une erreur de droit en concluant que le discours du 22 novembre 1992 constituait un crime contre l'humanité.»

Los jueces Décary, Létourneau y Pelletier, de la Corte Federal de Apelación resolvieron unánimemente el subsiguiente recurso de ambas partes, mediante una decisión de 8 de septiembre de 2003¹¹¹, que comportó la anulación de la decisión de expulsar a Mugesera.

Tal como lo expone el juez Décary, corresponde al Ministro la carga de la prueba que varía en función de los distintos motivos alegados. Para los motivos de incitación al asesinato e incitación al genocidio, la Ley de Inmigración solamente requiere que la opinión del agente de inmigración se base en una ponderación de las probabilidades (*balance of probabilities*, *prépondérance des probabilités*). Para la apreciación de la participación en

¹¹⁰ «The following is Question 27-F of the application for permanent residence:

In periods of either peace or war, have you ever been involved in the commission of a war crime or crime against humanity, such as willful killing, torture, attacks upon, enslavement, starvation or other inhumane acts committed against civilians or prisoners of war, or deportation of civilians?», 2001 FCT 460, par.8.

¹¹¹ [2004] 1 CF 3, 2003 FCA 325.

un crimen contra la humanidad se requiere *fundamentos razonables*, que equivalen a *serias razones* a los efectos de la apreciación de los aspectos fácticos, pero que en cuanto a los elementos de derecho:

Those criteria are not met if the evidence only shows that there were reasonable grounds to believe that the speech «could be classified as a crime against humanity» [...]; the evidence must show that it was in fact a crime against humanity in law.

Finalmente, en cuanto al motivo de ocultación de informaciones relevantes, se debe utilizar también el criterio de la ponderación de probabilidades¹¹².

Según el Juez Décary el discurso de Mugesera no satisface los requisitos establecidos para su consideración como un crimen contra la humanidad, en tanto que no resulta probado que forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil o que forme parte de ninguna estrategia o plan coordinado, por lo que entiende que Mugesera no es responsable por la utilización posterior que se hizo de su discurso, sin su conocimiento. Puesto que todos los cargos se basan en el discurso, el Ministro no podía tener serias razones para creer que Mugesera había cometido un crimen contra la humanidad y por tanto que probablemente había obtenido la residencia mediante la ocultación o la falsificación de una información relevante en este sentido.

Por otra parte el Juez considera carente de fundamento las conclusiones del Informe de una Comisión Internacional de Investigación sobre el conflicto de Ruanda que implicaban a Mugesera y que habían sido profusamente utilizadas por el Gobierno para fundamentar sus alegaciones¹¹³. E incluso considera manifiestamente irrazonable que la Sección de apelación de la CIER se haya basado en buena medida en dicho informe.

El Juez Décary considera que no se ha probado ninguna intención por parte de Mugesera de inictar al racismo y al asesinato a una audiencia que el sabía receptiva a dicho mensaje y que no tuvo un especial impacto en los medios de comunicación ruandeses. Por el contrario lo considera un pretexto que utilizaron sus adversarios políticos para desacreditarle.

¹¹² *Ibid.* pars. 26-30.

¹¹³ *Ibid.* pars. 72 ss. «[111]The ICI based its conclusions about Mr. Mugesera's speech on passages which it selected carefully and which it in fact manipulated, and on a translation the source of which is unknown and which is substantially different from that accepted for use in these proceedings.»

Para el Juez, la Sección de apelación cometió un error de derecho al dar por probado que dicho discurso hubiera sido considerado en Canadá un delito de incitación al asesinato, al odio o al genocidio y el Juez de instancia se equivocó al no detectar que la decisión anterior se había basado en testimonios sin credibilidad.

Por tanto decide estimar la apelación de Mugésera y devolver el asunto a la Sección de apelación de la CIER sobre la base de que no considere probados por parte del Ministro los cargos alegados:

«[245]Consequently, I would allow Mr. Mugesera's appeal regarding allegations A and B and would refer the matter back to the Appeal Division to be disposed of on the basis that the Minister did not discharge his burden of proof in respect of those allegations.»

A través de un recurso del Ministro de la Ciudadanía y de la Inmigración el asunto llegó ante la Corte Suprema de Canadá¹¹⁴. El 28 de junio de 2005, en una decisión unánime de sus ocho componentes –Bastarache, Binnie, Charron, Deschamps, Fish, LeBel, Major y McLachlin– la Corte Suprema de Canadá estimó el recurso del Ministerio de Justicia y restauró la orden de expulsión contra León Mugesera¹¹⁵.

Para ello recuperan en buena medida el discurso del árbitro Duquette de la Sección de apelación de inmigración de la CIER, que había estimado como fundados los cargos de incitación al asesinato y al genocidio, así como la participación en un crimen contra la humanidad.

En opinión de la Corte Suprema, la Corte Federal de Apelación ha excedido su competencia al sustituir la valoración de la prueba por la Sección de apelación de Inmigración de la CIER por la suya propia, sin respetar sus conclusiones sobre los hechos¹¹⁶, ha cometido un error de derecho al considerar que Mugesera no había incitado al asesinato, al odio y al

¹¹⁴ La decisión de la Corte Federal es susceptible de apelación ante la Corte Suprema, previa autorización de tres de sus jueces. En el recurso, el Ministro abandonó el cargo de ocultar o falsear información relevante en el momento de la solicitud de la residencia.

¹¹⁵ [2005] 2 RCS 100. Previamente la Juez Abella había decidido abstenerse en el asunto; vid. *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 RCS 91, 2005 CSC 39.

¹¹⁶ «35 Le rôle du tribunal siégeant en appel de la décision sur la demande de contrôle judiciaire se limite à décider si le tribunal de révision a choisi et appliqué la bonne norme de contrôle. Il s'agit d'une question de droit qui s'apprécie au regard de la norme de la décision correcte: *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 43.

genocidio¹¹⁷, y ha cometido un error de derecho al considerar carente de razonabilidad la conclusión de que Mugesera había cometido un crimen contra la humanidad¹¹⁸. Y, lo que es más significativo desde el punto de vista del derecho internacional, utiliza como hilo conductor de todo su razonamiento la interpretación de los conceptos penales de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda¹¹⁹. En especial en lo relativo a los elementos de los crímenes contra la humanidad, lo que conlleva, en opinión de la Corte a revisar algunos criterios formulados en el caso Finta:

«126 Depuis cet arrêt rendu en 1994 [Finta], le Tribunal pénal international pour l'ancienne Yougoslavie (TPIY) et le TPIR ont établi une vaste jurisprudence internationale. Par leur analyse judicieuse des sources, de l'évolution et de l'application du droit international coutumier, ils ont créé un ensemble de décisions internationales unique. Les décisions du TPIY et du TPIR ne lient pas notre Cour, mais vu l'expertise de ces tribunaux et leur autorité en matière de droit international coutumier, les cours de justice canadiennes appliquant des dispositions de droit interne, tels les par. 7(3.76) et (3.77) du Code criminel, qui incorporent expressément le droit international coutumier, ne devraient pas les écarter à la légère. Par conséquent, l'arrêt Finta mérite un réexamen dans la mesure où sa clarification s'impose et où il n'est pas conforme à la jurisprudence du TPIY et du TPIR.»

La Corte constata que las distintas instancias se habían pronunciado de maneras muy diferentes en torno a los elementos constitutivos de los crí-

36 En l'espèce, nous sommes d'avis que la CAF a omis de s'en tenir à un contrôle judiciaire, et s'est plutôt engagée dans une révision générale et une nouvelle appréciation des conclusions de fait de la SAI. Elle a écarté ces conclusions et procédé à sa propre évaluation de la preuve, même en l'absence de toute démonstration, compte tenu de la norme de la raisonnabilité, que la SAI avait commis une erreur susceptible de révision. Puis, se fondant sur les conclusions de fait qu'elle avait ainsi irrégulièrement tirées, elle a commis des erreurs de droit relativement à des questions juridiques, assujetties à la norme de la décision correcte.»; *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.* pars. 47-111.

¹¹⁸ *Ibid.* pars. 112-179.

¹¹⁹ Lo que es destacado también por Rikhof, J., «Hate Speech and International Criminal Law: The Mugesera Decision by the Supreme Court of Canada» *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, Issue 5, pp. 1121-1133, 2005; y por Godoy, R.A., «Introductory Note to Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) 2005 SCC 40 (June 28, 2005), 44 *ILM* 1465 (2005).

menes contra la humanidad. Para Duquette el crimen debía ser cometido contra una población civil o un grupo identificable, ser cruel y perturbar la conciencia de las gentes sensatas, realizado con conciencia de la inhumanidad del acto y con una intención discriminatoria; y en un contexto de generalidad y sistematicidad. El Juez Nadon había insistido en que la falta de relación entre la instigación y los efectivos asesinatos no permitía llegar al umbral de atrocidad y de inhumanidad suficiente. Para el Juez Décary nada había probado que el discurso se enmarcara en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con un móvil discriminatorio ni que formara parte de una estrategia para dicho ataque. Por ello considera necesario analizar uno a uno los dos elementos de los crímenes contra la humanidad de acuerdo con la citada jurisprudencia¹²⁰: el acto criminal y la intención criminal.

Respecto del primero y según la Corte Suprema:

«128. [...] En droit international coutumier, un acte prohibé constitue un crime contre l'humanité lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. Par conséquent, l'acte criminel constituant un crime contre l'humanité comporte trois éléments essentiels: (1) commission de l'un des actes prohibés énumérés, (2) perpétration dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique et (3) attaque dirigée contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes.»

Respecto de la segunda, la Corte señala que

«172 La personne accusée d'un crime contre l'humanité doit avoir été animée de l'intention criminelle correspondant à l'infraction sous-jacente. Contrairement à ce que notre Cour a écrit dans l'arrêt Finta, la preuve de l'intention discriminatoire n'est pas requise pour tous les crimes contre l'humanité, mais seulement dans le cas de la persécution. Reste donc à trancher une dernière question: outre l'élément moral correspondant à l'acte criminel sous-jacent, quel élément moral doit être établi pour qu'il y ait crime contre l'humanité au sens du par. 7(3.76) du Code criminel?»

Y la respuesta que da a su propia pregunta es que, desde el asunto Finta, la posterior jurisprudencia internacional ha consagrado el criterio de

¹²⁰ *Ibid.* pars. 120-125.

que «l'accusé doit non seulement avoir l'intention de commettre l'infraction sous-jacente, mais aussi connaître l'existence de l'attaque et savoir que son ou ses actes en font partie ou qu'il court le risque que son ou ses actes en fassent partie», aunque basta con que «l'auteur de l'acte soit conscient du lien entre son ou ses actes et l'attaque», siendo irrelevantes los motivos concretos¹²¹.

En este sentido considera confirmada la sentencia Finta:

«176. Dans l'arrêt Finta, les juges majoritaires de notre Cour ont décidé que l'accusé devait avoir une connaissance subjective des circonstances qui faisaient de son acte un crime contre l'humanité (p. 819). Cette exigence demeure en ce sens que l'accusé doit être au courant de l'attaque et savoir que son ou ses actes en font partie ou, du moins, courir le risque qu'ils en fassent partie.»

La Corte concluye su razonamiento al confirmar la razonabilidad de las alegaciones formuladas contra Mugesera con un párrafo contundente:

«178. Face à certaines tragédies indescriptibles, comme la perpétration de crimes contre l'humanité, l'ensemble des nations doit parler d'une seule voix. L'interprétation et l'application des dispositions canadiennes sur les crimes contre l'humanité doivent par conséquent s'harmoniser avec le droit international. L'attachement profond de notre pays à la dignité humaine individuelle, à la liberté et aux droits fondamentaux n'exige rien de moins.»

Tras la decisión de la Corte Suprema, corresponde a la Agencia de Servicios Fronterizos del Canadá (ASFC)¹²² valorar si Mugesera corre el riesgo de ser torturado si es devuelto a su país de origen, de acuerdo con el principio de *non refoulement*, consagrado en las convenciones internacionales¹²³. Igualmente debe valorar si, no obstante lo anterior, la gravedad de

¹²¹ *Ibid.* Pars. 173 ss.

¹²² Desde diciembre de 2003 las funciones del Ministerio de Ciudadanía e Inmigración en el ámbito del Programa Canadiense de Crímenes de Guerra se trasladan a la nueva Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (ASFC).

¹²³ En particular en el artículo 33 de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951 y en el artículo 3 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984:

«Artículo 33.-Prohibición de expulsión y de devolución («refoulement»)

los actos cometidos por Mugesera justifica una excepción de acuerdo con el párrafo 2 del Artículo 115 de la ley canadiense¹²⁴. La decisión final es susceptible de apelación ante la Corte Federal de Apelaciones.

Otra opción sería, naturalmente, la de juzgar penalmente a Mugesera en Canadá, en aplicación de la nueva Ley de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra del año 2000. No obstante Mugesera, a finales de 2007, continuaba en Canadá.

El caso Mugesera suscita, desde luego, distintas reflexiones.

Por una parte y como ya había advertido Schabas¹²⁵, Canadá ni ha juzgado a Mugesera ni ha facilitado su extradición a Ruanda, que la solicitó formalmente en 1996, en contradicción con sus obligaciones de cooperación derivadas del Artículo VII de la Convención sobre el Genocidio.

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.» Véase nota 41, *supra*.

«Artículo 3.

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.» *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, de 10 de diciembre de 1984; *BOE* n.º 268, de 9 de noviembre de 1987.

¹²⁴ «Principle of Non-refoulement. Protection 115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

Exceptions (2) Subsection (1) does not apply in the case of a person [...]

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.»; *The Immigration and Refugee Protection Act*, R.S.C. 2001, c.27.

El anterior Ministro de Justicia, Irwin Cotler, se pronunció, en julio de 2005, contra la entrega de Mugesera a Ruanda salvo que se obtuvieran garantías de que no le sería aplicada la pena de muerte. Sobre este asunto se volverá más adelante a propósito del caso *Suresh*.

¹²⁵ William A. Schabas, «Mugesera v. Minister of Citizenship and Immigration ...», cit., p. 532.

Pero, por otra parte, Canadá tampoco ha conseguido en este caso hacer efectiva su alternativa de revocación del estatuto de residencia y refugio con la consecuente expulsión del país, tras más de diez años de procedimientos.

Pero tal vez es más grave el cuestionamiento del principal instrumento de la Ley de Inmigración: la apreciación de la probabilidad de que se oculte información pertinente o se falseen datos en el momento de formalizar la solicitud de residencia o refugio en Canadá. Si la respuesta a la pregunta de si una persona ha cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad no es una mera cuestión de hecho, sino que implica una calificación jurídica de los hechos que el interrogado puede desconocer, como sostuvo el Juez Nadón¹²⁶, ello puede ser utilizado no solamente en el caso Mugesera, sino en buena parte de los casos para cuestionar la apreciación de probabilidades realizada por el agente de inmigración.

Ello parece confirmar que la alegación basada en el artículo 27 (1)(e) de la Ley de Inmigración, relativo a la obtención irregular del permiso para entrar en el Canadá no tiene carácter autónomo¹²⁷. Al menos en este caso el Ministerio asumió que era preciso ir al fondo del asunto y probar efectivamente la participación del implicado en la comisión de un crimen de guerra o de un crimen contra la humanidad. Y además ello debe dilucidarse en el seno de un procedimiento que no tiene carácter penal, sino administrativo.

De esta manera, como señala Schwarz¹²⁸:

«Immigration proceedings prior or upon entry to Canada, whether as a refugee or immigrant, allow Canada to refuse entry to an individual if there are reasonable grounds to suspect the individual was complicit in war crimes or crimes against humanity (Subsection 19 (1)(j) of the Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2). Denaturalization proceedings entail establishing that an individual lied or misrepre-

¹²⁶ En el párrafo ya mencionado y que aquí se repite: «40. Par conséquent, à mon avis, la Section d'appel a commis une erreur de droit en concluant que Léon Mugesera avait fait une fausse indication sur un fait important. La question 27-F de la demande de résidence permanente nécessite une interprétation juridique et non seulement la constatation d'un fait. ...». Es llamativo que no se insistió en relación con esta alegación por parte del Ministerio de la Ciudadanía y de la Inmigración ante la Corte Suprema.

¹²⁷ Y lo mismo podría decirse de la previsión del artículo 10 de la entonces vigente Ley de Ciudadanía. *Citizenship Act*, R.S.C. 1985, ch. C-29. Y en términos similares del artículo 40 de la posterior *Immigration and Refugee Protection Act*, R.S.C. 2001, ch. 27.

¹²⁸ Schwarz, M. J., «Prosecuting Crimes against Humanity in Canada: What must be proved», *The Criminal Law Quarterly* 2002; Vol. 46 (1), pp. 40-41.

sented him or herself to gain permanent residence or citizenship (sections 10 and 18 of the Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29). Evidence in both cases must be tendered to establish some level of involvement or complicity in crimes against humanity; however, the standard of proof that must be met is far lower than the need to establish beyond a reasonable doubt that the person actually committed a crime against humanity.»

En todo caso hay que valorar muy positivamente la opción de armonización con el derecho internacional adoptada por la Corte Suprema de Canadá aunque sea el último peldaño de una larga escalera.

4.3. DEPORTACIÓN DE REFUGIADOS Y *NON REFOULEMENT*: EL CASO SURESH

Aunque no estrictamente referido a crímenes de guerra es de interés traer a colación el caso de Manickavasagam Suresh¹²⁹, en la medida en que se suscitaron, entre otros, problemas de procedimiento relativo a la expulsión. En este caso se planteó si el Gobierno de Canadá podía deportar a un refugiado según la Convención de 1951¹³⁰, por motivos de seguridad, cuando existe el riesgo de que pueda ser torturado en el país de destino. Se planteó también la compatibilidad de la disposición correspondiente de la Ley de Inmigración con el artículo 7 de la Carta canadiense de derechos y libertades, que garantiza los derechos a la vida la libertad y la seguridad¹³¹.

Suresh llegó a Canadá en octubre de 1990, procedente de Sri Lanka. Se le reconoció el estatuto de refugiado el 11 de abril de 1991. Pero en 1995, el Ministerio de la Ciudadanía e Inmigración inició el procedimiento para lograr su deportación por razones de seguridad, apoyadas en el

¹²⁹ Sobre este caso, véanse: Elliott, D.W., «Suresh and the Common Borders of Administrative Law: Time for the Taylor?», 65 *Saskatchewan Law Review* (*Sask. L. Rev.*) 2002, pp. 469-514. Carver, P.J., «Shelter from the Storm: A Comment on Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)», *Alberta Law Review*, Vol. 40 (2). 2002, pp. 465-492; Beaulac, S., «Suresh Case and Unimplemented Treaty Norms», (2002) 15.1 *Revue Québécoise de Droit International*, pp. 221-240; Okafor, O.C.- Okoronkwo, P.L., «Re-configuring Non-refoulement?: the Suresh decision, “Security Relativism” and the International Human Rights Imperative», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 15 (2003), no. 1, pp. 30-67; LaViolette, N. «La Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés et la définition internationale de la torture», (2004) 34 *R.G.D.*, pp. 587-610.

¹³⁰ Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, 189 *U.N.T.S.* 2545.

¹³¹ «7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.», Schedule B to the *Canada Act* 1982, (U.K.) 1982, c. 11.

hecho de que pertenecía al Movimiento Tamil de los Tigres de Liberación, una organización calificada como terrorista.

El árbitro que conoció el caso no pudo confirmar la implicación directa de Suresh en actividades terroristas pero concluyo, el 17 de septiembre de 1997, que podía ser deportado, de acuerdo con la Ley de Inmigración¹³², por su pertenencia a una organización terrorista¹³³. De acuerdo con el Artículo 53 (b) de la Ley de Inmigración¹³⁴, que contienen una excepción al principio de *non refoulement*¹³⁵, el 6 de enero de 1998 el Ministro emitió la declaración conforme a la cual la presencia de Suresh en el país constituía un riesgo para la seguridad del Canadá.

Suresh sostenía, por una parte, que existía un alto riesgo de ser torturado si era deportado a Sri Lanka y que la disposición de la Ley que permitía la deportación de personas aunque pudieran ser objeto de tortura, si suponía una amenaza para la seguridad de Canadá, era inconstitucional. Solicitó la revisión judicial ante la Corte Federal, pero sus alegaciones fueron rechazadas tanto por el juez McKeown, en primera instancia¹³⁶ como, en apelación, por la Corte Federal de Apelación¹³⁷ (Jueces Robertson, Décary y Linden). En ambas instancias se cuestionó que hubiera serios riesgos de tortura y que la Convención de 1984 que no había sido incorporada a una ley canadiense pudiera prevalecer sobre la Ley de Inmigración.

¹³² Artículo 19(1)(f)(iii)(B) y Artículo 32 (6) de la Immigration Act, R.S.C. 1985, c.1-2.

¹³³ *Re Suresh* [1997] FCJ, No. 1537, Teitelbaum J.

¹³⁴ El texto del artículo 53 es el siguiente:

«(1) Notwithstanding ss. 52(2) and (3), no person who is determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee, nor any person who has been determined to be not eligible to have a claim to be a Convention refugee determined by the Refugee Division on the basis that the person is a person described in paragraph 46.01 (1)(a), shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless [...]

(b) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(e), (f), (g), (j), (k) or (l) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the security of Canada.»

¹³⁵ Criticada por el Comité de Derechos Humanos en su informe sobre Canadá de 1999: «13. Al Comité le inquieta que el Canadá considere que puedan alegarse intereses apremiantes de seguridad para justificar el envío de personas a países donde pueden correr un riesgo sustancial de sufrir torturas o un trato cruel, inhumano o degradante. El Comité se remite a su Observación General sobre el artículo 7 y recomienda que el Canadá revise su política a fin de cumplir las obligaciones que le impone este artículo y se abstenga de expulsar, extraditar, deportar o enviar por cualquier otro medio a una persona a un lugar donde corra el riesgo sustancial de ser objeto de un trato o un castigo que sean contrarios al artículo 7.»; NU, Doc. CCPR/C/79/Add.105, 7 de abril de 1999.

¹³⁶ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1999] FCJ No. 865 (T.D.).

¹³⁷ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2000] 629 (FCA).

Finalmente presentó recurso ante la Corte Suprema de Canadá, que lo resolvió el 11 de enero de 2002¹³⁸. Las cuestiones suscitadas ante esta Corte fueron tres: la constitucionalidad de las condiciones para la deportación de acuerdo con la Ley de Inmigración; la constitucionalidad de los procedimientos de deportación previstos en la Ley y la compatibilidad de los procedimientos utilizados por el Ministro competente.

Interesan aquí dos aspectos de la decisión de la Corte Suprema de Canadá.

El primero estriba en la confirmación de que los aspectos procesales y sustantivos de los principios de justicia fundamental de acuerdo con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades deben ser interpretados por quienes tienen que aplicarlos a la luz de las normas internacionales de protección de los derechos humanos, contenidas en el derecho internacional convencional y consuetudinario:

«The inquiry into the principles of fundamental justice is informed not only by Canadian experience and jurisprudence, but also by international law, including *jus cogens*. This takes into account Canada's international obligations and values as expressed in '[t]he various sources of international human rights law – declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, [and] customary norms'»¹³⁹.

Por ello «the principles of fundamental justice expressed in s.7 of the Charter and the limits on rights that may be justified under s.1 of the Charter cannot be considered in isolation from the international norms they reflect. A complete understanding of the Act and the Charter requires consideration of the international perspective»¹⁴⁰.

En ese contexto y a partir de la consideración del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁴¹ y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura de 1984¹⁴², la Corte concluye que la prohibición de la tortura forma parte del *jus cogens* y que ser la norma prevalente cuando el retorno de un refugiado puede comportar el riesgo de

¹³⁸ Nótese que se trata de una decisión posterior a los atentados acaecidos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001.

¹³⁹ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2002] 1 SCR 3, par. 46.

¹⁴⁰ *Ibid.* par. 59.

¹⁴¹ International Covenant on Civil and Political Rights,

¹⁴² Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment, U.N. doc. A/RES/39/46, 10 December 1984.

tortura¹⁴³. Y ello a pesar de que Canadá que ha ratificado la Convención contra la tortura, no la ha incorporado como ley canadiense, por lo que la prohibición contenida la misma, que además forma parte del derecho consuetudinario produce efectos, desde el punto de vista de la interpretación, aún sin una recepción formal en el derecho canadiense¹⁴⁴.

Por lo que concluye que el principio de interpretación que debe informar la interpretación del artículo 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades es el de que «international law rejects deportation to torture, even where there are national interests at stake»¹⁴⁵. Esta es por tanto una conclusión relevante: los principios del derecho internacional de los derechos humanos informan la interpretación de los derechos contenidos en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

Sin embargo las consecuencias que la Corte extrae de ello son manifiestamente limitadas. Porque y este es el aspecto más preocupante en la medida en que parece poco congruente con el *quasi* reconocimiento de la prohibición de la tortura como norma de *ius cogens*¹⁴⁶, la Corte se apoya en la Convención sobre los refugiados de 1951¹⁴⁷ y acaba asumiendo que, como indica la Ley, existe la posibilidad de que por circunstancias excepcionales sea apropiada una decisión de deportación a pesar de que haya riesgo de tortura, y que la determinación de dicha posibilidad queda en el

¹⁴³ La Corte se desmarca claramente de algunas afirmaciones de la Corte Federal de Apelación: «55. We therefore disagree with the Court of Appeal's suggestion that in expelling a refugee to a risk of torture, Canada only acts as an «involuntary intermediary» (para.120). Without Canada's action, there would be no risk of torture. Accordingly, we cannot pretend that Canada is merely a passive participant.»

¹⁴⁴ Elliott, D.W, «Suresh and the Common Borders of Administrative Law: Time for the Taylor?», cit. pp. 503-508. Sobre el impacto del sistema dualista en relación con los derechos humanos, véase Brunée, J., Toope, S.J., «A Hesitant Embrace: the Application of International Law by Canadian Courts», *Can. Y.B. Int'l L.* 2002, vol XL., pp. 3-60.

¹⁴⁵ [2002] 1 SCR 3, par. 75.

¹⁴⁶ *Ibid.*, Pars. 59-65.

¹⁴⁷ Cuyo artículo dispone lo siguiente:

«Artículo 33.—Prohibición de expulsión y de devolución («refoulement»)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.»

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la resolución 39/461 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 en Nueva York; *BOE* n.º 268, de 9 de noviembre de 1987.

ámbito de la discrecionalidad manos del Ministro; simplemente se trata de que realice un balance de proporcionalidad entre ambos riesgos¹⁴⁸. Por ello entiende que no hay incompatibilidad entre la ley de Inmigración y el artículo 7 de la Carta¹⁴⁹. Esta concepción, que aminora el impacto del artículo 3.1¹⁵⁰ de la posterior Convención de 1984¹⁵¹, relativa a la prohibición de la tortura, se ha proyectado en otros casos¹⁵² y, como se verá, en la legislación posterior, en la Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados de 2001.

Es de destacar que el planteamiento de la ponderación del riesgo de tortura con las necesidades de seguridad utilizado en el caso Suresh ha

¹⁴⁸ «78. We do not exclude the possibility that in exceptional circumstances, deportation to face torture might be justified, either as a consequence of the balancing process mandated by s. 7 of the Charter or under s. 1. [...] Insofar as Canada is unable to deport a person where there are substantial grounds to believe he or she would be tortured on return, this is not because Article 3 of the CAT directly constrains the actions of the Canadian government, but because the fundamental justice balance under s. 7 of the Charter generally precludes deportation to torture when applied on a case-by-case basis. We may predict that it will rarely be struck in favour of expulsion where there is a serious risk of torture. However, as the matter in one of balance, precise prediction is elusive ...»

¹⁴⁹ Véanse las consideraciones críticas de Okafor, O.C., Okoronkwo, P.L., «Re-configuring Non-refoulement? The Suresh Decision, 'Security Relativism', and the International Human Rights Imperative», *International Journal of Refugee Law (Int'l J. Refugee L.)*, Vol. 15, No. 1, January 2003, pp. 30-67; y de Bruin, R., Wouters, K., «Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement», *Int'l J. Refugee L.*, Vol. 15, No. 1, January 2003, pp. 5-29.

¹⁵⁰ «Artículo 3 Observación general sobre su aplicación. 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.» Al respecto, véase Aiken, S.J., «Of Gods and Monsters: National Security and Canadian Refugee Policy», *Revue Québécoise de Droit International*, Vol 14.2 (2001), pp. 36-41.

¹⁵¹ De acuerdo con lo alegado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ante la Corte Suprema: *Factum of the Intervenor United Nations High Commissioner for Refugees («UNHCR»); Suresh v. The Minister of Citizenship and Immigration; The Attorney General of Canada*; SCC No 27790; *Int'l J. Refugee L.* Vol.14, 2002, pp. 141-157.

¹⁵² *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72, 2002 SCC 2, 2002: January 11; un caso que tuvo su continuación con la intervención del Comité de Derechos Humanos: *Mansour Ahani v. Canada*, Communication No. 1051/2002; U.N. Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002 (2004); *Ahani v. Canada (Attorney General)*, 2002 CanLII 23589 (ON C.A.), 2002, February 8. Sobre el mismo, véase Heckman, G., «International Law and Procedural Safeguards in Deportation Proceedings: Ahani v. Canada», (2004) Vol. 17.2 *Revue Québécoise de Droit International*, pp. 81-122.

sido criticado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a propósito del caso *Ahani*, en una decisión de junio de 2004¹⁵³:

«10.10. [...]... el Comité remite, en conclusión, a la opinión del Tribunal Supremo en *Suresh* de que la expulsión de una persona en que se había considerado que existía un riesgo importante de tortura no estaba necesariamente excluida en todas las circunstancias. Si bien los tribunales del Estado Parte o el Comité no han determinado que en el caso del autor existía un riesgo importante de tortura, el Comité no expresa ninguna otra opinión sobre esta cuestión, pero señala que la prohibición de la tortura, que figura expresamente en el artículo 7 del Pacto, es absoluta y no puede ser objeto de consideraciones atenuantes.»

Y también en el informe sobre Canadá de 2006¹⁵⁴:

«15. Preocupa al Comité la política del Estado Parte consistente en que, en circunstancias excepcionales, pueda deportarse a una persona a un país en que corra el riesgo de ser sometido a torturas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo que constituye una infracción grave del artículo 7 del Pacto.

El Estado Parte debe reconocer la índole absoluta de la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no puede conculcarse en ninguna circunstancia. Jamás pueden justificarse estas prácticas aduciendo el equilibrio que debe haber entre los intereses de la sociedad y los derechos de la persona estipulados en el artículo 7 del Pacto. Ninguna persona, sin excepción alguna, incluidas las personas de las que se sospeche que representan un peligro para la seguridad nacional o la seguridad de cualquier persona, ni siquiera durante un estado de emergencia, podrá ser deportada a un país en que corra el riesgo de ser sometida a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El Estado Parte debe incorporar claramente este principio en su legislación.»

¹⁵³ NU, Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002, Comunicación N.º 1051/2002: Canadá. 15/06/2004; sobre el mismo, véase el comentario de Heckman, G., *AJIL*, Vol. 99, No.3. (July 2005), pp. 669-675.

¹⁵⁴ «Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Canadá.» NU, Doc. CCPR/C/CAN/CO/5, 20 de abril de 2006.

El segundo aspecto a destacar es el cuestionamiento de los procedimientos de deportación seguidos por el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración. En efecto, al admitir la apelación, la Corte considera también que *Suresh* no ha disfrutado, en el caso concreto, de las garantías necesarias para defender sus derechos de acuerdo con el mencionado artículo 7, por cuanto no había podido acceder a la documentación considerada por el Ministro antes de adoptar su decisión ni la decisión de éste había sido suficientemente motivada¹⁵⁵.

Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos, en el caso *Ahani*, en la medida en que «en los casos en que está en juego uno de los valores supremos protegidos por el Pacto, esto es, el derecho a no ser sometido a torturas, la corrección del procedimiento aplicado para determinar si una persona corre un riesgo importante de ser torturada debe examinarse de la manera más rigurosa.»¹⁵⁶

El Comité cuestiona el argumento del Gobierno de que no se habían ofrecido a *Ahani* las garantías procesales por el hecho de que no había justificado un riesgo de daño prima facie; señalando que «tal vez habría podido justificar el necesario grado de riesgo si se le hubiera permitido justificar su afirmación de que corría el peligro de ser torturado en caso de que fuera expulsado, siendo autorizado para ello a basarse en la documentación del caso planteado por las autoridades administrativas contra él para oponerse a una decisión que incluía los motivos de la decisión del Ministro de que podía ser expulsado».¹⁵⁷ El Comité considera que se ha violado el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵⁸:

«... Dado que el procedimiento interno autorizaba al autor a proporcionar (un número limitado de) razones contra su expulsión y a que su caso se revisara en cierta medida, no sería apropiado que el Comité aceptara que, en el caso que está examinando, existían

¹⁵⁵ Sobre este aspecto, Elliott, D.W, «Suresh and the Common Borders of Administrative Law: Time for the Taylor?», cit. pp. 508 y ss.

¹⁵⁶ NU, Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002, Comunicación N.º 1051/2002: Canada, 15/06/2004; par. 10.6. Heckman, G., «International Law and Procedural Safeguards in Deportation Proceedings: Ahani v. Canada», *op.cit.*, pp. 81-122.

¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 10.7.

¹⁵⁸ Cuyo texto es el siguiente: «Artículo 13. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.»

«razones imperiosas de seguridad nacional» para eximir al Estado Parte de la obligación que le impone ese artículo de proporcionar las garantías procesales en cuestión. A juicio del Comité, el hecho de que el Estado Parte no haya proporcionado al autor las garantías procesales concedidas al autor en Suresh basándose en que el autor no justificó el riesgo de daño, constituyó un incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 13 de permitir que el autor exponga las razones que lo asistan en contra de su expulsión teniendo en cuenta el caso administrativo planteado por las autoridades contra él, y someta las correspondientes comunicaciones completas a revisión ante la autoridad competente, lo que implica la posibilidad de hacer observaciones sobre la documentación presentada por esta última...»¹⁵⁹.

Estas posiciones han encontrado acogida en algunas decisiones judiciales posteriores¹⁶⁰.

5. LA LEY SOBRE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y LOS CRÍMENES DE GUERRA DE 2000 Y LA REVITALIZACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

En el plano legislativo, el 17 de junio de 1999 fue sancionada la nueva Ley de Extradición¹⁶¹, que supone una ampliación de los supuestos de extradición, incluso en ausencia de tratado específico, una clarificación de los procedimientos de extradición o de entrega, una flexibilización de la exigencias de la prueba en relación con la entrega de personas a tribunales penales internacionales (Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia y Tribunal Internacional para Ruanda) o a jurisdicciones de países con tra-

¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 10.8.

¹⁶⁰ En la decisión de 16 de octubre de 2006, del Juez de la Corte Federal MacKay, en el asunto *Jaballah*, [2006 FC 1230] y en la decisión del también Juez de la Corte Federal Tremblay-Lamer, de 14 de diciembre de 2006, en el asunto *Mahjoub* [2006 FC 1503]. En ellas se han rechazado las alegaciones de razones imperiosas para la seguridad nacional para autorizar la expulsión a un país donde el riesgo de tortura era elevado.

¹⁶¹ Extradition Act, R.S.C. 1999, c.18. Modificada también por la Ley sobre los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra, para articular la cooperación con la Corte Penal Internacional en este punto; Sobre la enmienda a ésta y otras leyes: Oosterveld, V., Perry, M., McManus, J., «The Cooperation of States with the International Criminal Court», 25 *Fordham International Law Journal (Fordham Int'L L.J.)* 767, 2001-2002, pp. 767-839.

diciones jurídicas distintas; y la admisión del uso de los testimonios mediante videoconferencia. Se modificó también la Ley de Inmigración para contemplar los supuestos de peticiones de extradición respecto de persona solicitantes de refugio.

En el año 2000, aparte de la aplicabilidad de la nueva Ley de extradición ya mencionada, dos nuevas leyes contribuyeron a modificar el marco jurídico para la persecución de los crímenes de Guerra: la Ley sobre los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra y la Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados.

5.1. EL NUEVO MARCO JURÍDICO Y EN PARTICULAR LA LEY SOBRE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y LOS CRÍMENES DE GUERRA

Canadá, que tuvo una presencia muy relevante en la Conferencia de Roma y en la conformación de la mayoría de Estados que permitió el acuerdo final, ratificó el Estatuto de Roma el 7 de julio de 2000 y fue el primer país en adoptar una ley para articular la cooperación con la Corte Penal Internacional, con la adopción de la Ley sobre los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra, que entró en vigor el 23 de octubre de ese mismo año¹⁶².

Entre los aspectos más relevantes que aquí interesan, la Ley deroga los artículos correspondientes del Código Penal e introduce nuevos crímenes de genocidio (por primera vez), crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra y establece, como delito específico, la responsabilidad de los superiores militares o civiles, por ciertos crímenes cometidos por sus subordinados¹⁶³. La Ley no modifica, en cambio, la situación previamente exis-

¹⁶² *The Crimes against Humanity and War Crimes Act*, R,S,C, 2000, c.24. Sobre la Ley, véase Schabas, W.A., «Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute», 3 *YIHL* (2000), pp. 337-346; Schwarz, M. J., «Prosecuting Crimes against Humanity in Canada: What must be proved», cit., pp. 46-53; McManus, J., «A New era of accountability through domestic enforcement of International Law», cit., pp. 530-533.

¹⁶³ Incluye también los delitos contra la administración de justicia por parte de la Corte Penal Internacional, de acuerdo con lo exigido por el Estatuto de Roma en su artículo 70.4: «4. a) Todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales; b) A solicitud de la Corte, el Estado Parte, siempre que lo considere apropiado, someterá el asunto a sus autoridades competentes a los efectos del enjuiciamiento. Esas autoridades conocerán de tales asuntos con diligencia y asignarán medios suficientes para que las causas se sustancien en forma eficaz.»

tente en cuanto al ejercicio de la jurisdicción universal y permite el procesamiento en el Canadá del autor de dichos crímenes siempre que se encuentre en su territorio, con independencia del lugar y el momento de la comisión. La ley está estructurada en este punto sobre la base de la distinción en función del lugar de comisión de los crímenes. Si han sido cometidos en Canadá, la ley no se aplica a crímenes cometidos antes de su entrada en vigor (artículos 4 y 5). En cambio, puede aplicarse a crímenes cometidos fuera de Canadá cometidos en cualquier momento, anterior o posterior a su entrada en vigor (artículos 6 y 7), cuando el acusado se encuentre en Canadá o pertenezca a alguna de las categorías ya contempladas en las normas anteriormente vigentes¹⁶⁴. Aunque la Ley supone una puesta al día de los mecanismos de represión penal introducidos en el Código a raíz de las recomendaciones de la Comisión Deschênes, se mantiene pues la combinación de criterios previamente establecida para fundamentar la jurisdicción canadiense, incluida la concepción de la jurisdicción universal condicionada a la presencia de la persona acusada en Canadá¹⁶⁵.

¹⁶⁴ «8. A person who is alleged to have committed an offence under section 6 or 7 may be prosecuted for that offence if

- (a) at the time the offence is alleged to have been committed,
 - (i) the person was a Canadian citizen or was employed by Canada in a civilian or military capacity,
 - (ii) the person was a citizen of a state that was engaged in an armed conflict against Canada, or was employed in a civilian or military capacity by such a state,
 - (iii) the victim of the alleged offence was a Canadian citizen, or
 - (iv) the victim of the alleged offence was a citizen of a state that was allied with Canada in an armed conflict; or
- (b) after the time the offence is alleged to have been committed, the person is present in Canada.»

¹⁶⁵ Schwarz, M. J., «Prosecuting Crimes against Humanity in Canada: What must be proved», cit., pp. 50-51. Véase al respecto el Principio 1 del documento *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University, 2001:

«Principle 1—Fundamentals of Universal Jurisdiction [...] 2. Universal jurisdiction may be exercised by a competent and ordinary judicial body of any state in order to try a person duly accused of committing serious crimes under international law as specified in Principle 2(1), provided the person is present before such judicial body.

3. A state may rely on universal jurisdiction as a basis for seeking the extradition of a person accused or convicted of committing a serious crime under international law as specified in Principle 2(1), provided that it has established a prima facie case of the person's guilt and that the person sought to be extradited will be tried or the punishment carried out in accordance with international norms and standards on the protection of human rights in the context of criminal proceedings.»

En el mismo sentido se inclinan los criterios enunciados en la Resolución del Institut de Droit International, en su sesión de Cracovia, de 2005, sobre «Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes»; Rapporteur: M. Christian Tomuschat; 26 de agosto de 2005; en cuyo apartado 3 (b) se dice que: «(b) Apart from acts of investigation and requests for extradition, the exercise of uni-

La Ley supone una simplificación de la legislación anterior por cuanto se trata de probar directamente la existencia de los elementos de los nuevos crímenes, sin la necesidad de probar además la existencia de otros delitos de derecho interno. No obstante, como ha puesto de relieve entre otros Amerasinghe, la simplificación no evita a los miembros del jurado tener que manejar conceptos como los de derecho internacional consuetudinario o convencional, la legalidad de los hechos según el derecho de otros países o las eximentes de responsabilidad según el derecho internacional¹⁶⁶.

En cuanto a las definiciones de los crímenes, utiliza una técnica que combina una definición que sigue, aunque no estrictamente¹⁶⁷, las pautas de los artículos 6 a 8 del Estatuto de Roma, en la que se incluye la exigencia de su carácter criminal en el momento de la comisión¹⁶⁸, con una incorporación textual en anexo de los artículos 6 y 7 y del párrafo 2 del artículo 8.

Además para facilitar la interpretación, la Ley establece, en relación con los crímenes cometidos en Canadá que:

versal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting State or on board a vessel flying its flag or an aircraft which is registered under its laws, or other lawful forms of control over the alleged offender.» Véase al respecto los párrafos 53 a 58 de la Opinión Separada Conjunta de los Jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 14 de febrero de 2002; *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*.

¹⁶⁶ Amerasinghe, C. A., «The Domestic Tribunals' Universal Jurisdiction for War Crimes and Crimes against Humanity: from Finta to Today», cit., pp. 496-497.

¹⁶⁷ Véase Schabas, W.A., «Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute», cit., pp. 340-341; Torroja Mateu, H., «La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de Derecho internacional: el trayecto hacia un refugio inseguro», cit., pp. 17-21; también Torroja Mateu, H., «Tipificación y Represión de los crímenes de Derecho internacional en Canadá», en Mitjans, E. (ed.), Castellá, J.M. (coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 480-489.

¹⁶⁸ Así crimen contra la humanidad «means murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, sexual violence, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group and that, at the time and in the place of its commission, constitutes a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations...». Genocidio «means an act or omission committed with intent to destroy, in whole or in part, an identifiable group of persons, as such, that, at the time and in the place of its commission, constitutes genocide according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, ...» Y crimen de guerra «means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts,...»

«(4) For greater certainty, crimes described in Articles 6 and 7 and paragraph 2 of Article 8 of the Rome Statute are, as of July 17, 1998, crimes according to customary international law. This does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law.»

Y, en relación con los cometidos fuera de Canadá, que:

«(4) For greater certainty, crimes described in articles 6 and 7 and paragraph 2 of article 8 of the Rome Statute are, as of July 17, 1998, crimes according to customary international law, and may be crimes according to customary international law before that date. This does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law.

(5) For greater certainty, the offence of crime against humanity was part of customary international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations before the coming into force of either of the following:

(a) the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, signed at London on August 8, 1945; and

(b) the Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers, dated January 19, 1946.»

Vale la pena destacar, como lo hace Schabas¹⁶⁹, en tanto que desarticulación de unos de los argumentos manejados por la Corte Suprema de Canadá en el caso Finta, que, en el marco de la excepción de obediencia de ordenes superiores, que sigue el artículo 33 del Estatuto de Roma¹⁷⁰, la Ley establece además que

¹⁶⁹ Schabas, W.A., «Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute», cit., pp. 344-345.

¹⁷⁰ Cuyo texto es el siguiente: Artículo 33. Órdenes superiores y disposiciones legales
1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.»

«14. [...] (3) An accused cannot base their defence [...] on a belief that an order was lawful if the belief was based on information about a civilian population or an identifiable group of persons that encouraged, was likely to encourage or attempted to justify the commission of inhumane acts or omissions against the population or group.»

La Ley reconoce el derecho de las víctimas a la restitución, para lo que se prevé la creación de un Fondo específico (*Crimes Against Humanity Fund*). Y crea, finalmente, nuevos procedimientos y mecanismos para articular la cooperación con la Corte, en lo que se refiere a la investigación de los crímenes y a la entrega de personas demandadas por su implicación en crímenes de la competencia de la CPI; a las que no serán aplicables las inmunidades que rigen las relaciones entre Estados a los efectos de extradición.

Por su parte, la nueva Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados fue aprobada el 13 de junio de 2001, recibió la sanción real el 1 de noviembre de 2001 y entró en vigor el 28 de junio de 2002¹⁷¹.

Mantiene todos los mecanismos anteriores¹⁷², e incluye nuevas previsiones aplicables a los criminales de guerra, entre otras categorías de per-

¹⁷¹ *The Immigration and Refugee Protection Act*, R.S.C. 2001, c.27. Véase, Provost, R., Correspondents' Reports, 3 *YIHL* (2000), pp. 446-447. Sobre la Ley, Aiken, S.J., «Of Gods and Monsters: National Security and Canadian Refugee Policy», *op.cit.*, pp. 29 ss.; Van-Kessel, G., «Consolidated Decisión-Making: The Canadian Experience», *Revue Québécoise de Droit International*, Vol 14.1 (2001), pp. 159-168; Esteve, F., «La política canadiense de inmigración y los derechos del inmigrante en la etapa posterior a la nueva Ley sobre la inmigración y la protección de los refugiados de 2001», en Mitjans, E. (ed.), Castellá, J.M. (coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 299-335.

¹⁷² Según el Artículo 35:

«(1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of violating human or international rights for (a) committing an act outside Canada that constitutes an offence referred to in sections 4 to 7 of the Crimes Against Humanity and War Crimes Act;

(b) being a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister, engages or has engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the Crimes Against Humanity and War Crimes Act; or

(c) being a person, other than a permanent resident, whose entry into or stay in Canada is restricted pursuant to a decision, resolution or measure of an international organization of states or association of states, of which Canada is a member, that imposes sanctions on a country against which Canada has imposed or has agreed to impose sanctions in concert with that organization or association.

(2) Paragraphs (1)(b) and (c) do not apply in the case of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.»

Y de acuerdo con el Artículo 98: «A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.»

sonas implicadas en crímenes graves o actos de terrorismo. Entre ellas, la exclusión de cualquier recurso ante la Sección de apelación de la Inmigración¹⁷³, de la CIER del Canadá; la imposibilidad de solicitar de nuevo el estatuto de refugiado cuando la primera solicitud haya sido rechazada por la Sección de la protección de los refugiados¹⁷⁴; la eliminación de la exigencia de la declaración del Ministro de Ciudadanía e Inmigración en el sentido de que es contrario al interés nacional para impedir la comparecencia ante la Sección de protección de los refugiados, bastando ahora con la prueba de que la persona pertenece a las categorías contempladas¹⁷⁵; la modificación del umbral que permite expulsar a personas que poseen el estatuto de refugiados hacia su país de origen, en el sentido de que «peligro para la seguridad de Canadá» pasa a ser «peligro para la seguridad de Canadá o contrario al interés nacional»¹⁷⁶; y, finalmente, el

¹⁷³ «64. (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.»

¹⁷⁴ «101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if (a) refugee protection has been conferred on the claimant under this Act; (b) a claim for refugee protection by the claimant has been rejected by the Board; [...]».

¹⁷⁵ «101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if [...] (f) the claimant has been determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, except for persons who are inadmissible solely on the grounds of paragraph 35(1)(c).»

¹⁷⁶ En este sentido se aprovecha la doctrina del caso *Suresh* para mantener las excepciones al principio de *non refoulement*. En la nueva Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados de 2001:

«Principle of Non-refoulement

115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

Exceptions

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada. [...]»

Sobre este aspecto de la nueva Ley, véase LaViolette, N., «La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et la définition internationale de la torture», (2004) 34 *R.G.D.*, pp. 587-610.

estudio de evaluación del riesgo previo a la expulsión no se aplicará a estas categorías de personas¹⁷⁷.

Por su parte el artículo 22 de la Ley de Ciudadanía quedó modificado para ajustarse a la Ley de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, por lo que la causa de exclusión de la adquisición de la ciudadanía está redactada, desde el 23 de octubre de 2000, como sigue:

«22. (1) (Prohibition) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship [...]
(c) while the person is under investigation by the Minister of Justice, the Royal Canadian Mounted Police or the Canadian Security Intelligence Service for, or is charged with, on trial for, subject to or a party to an appeal relating to, an offence under any of sections 4 to 7 of the Crimes Against Humanity and War Crimes Act;
(d) if the person has been convicted of an offence under any of sections 4 to 7 of the Crimes Against Humanity and War Crimes Act.»

Con el nuevo marco jurídico, como señala el informe correspondiente del Programa de crímenes de guerra, el espectro entero de opciones para la persecución de los criminales de guerra quedaba abierto al gobierno de Canadá: el procesamiento, la extradición, la entrega a tribunales internacionales, la prohibición de acceso a Canadá, la exclusión del estatuto de refugiado, la revocación de la ciudadanía y la deportación¹⁷⁸.

5.2. UN BALANCE DE LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

Los datos avalan el éxito de las medidas administrativas dirigidas a impedir la entrada en Canadá de personas sospechosas de estar implicadas en la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y prueban, en cambio, las dificultades de la actuación respecto de las personas que ya se encuentran en el país y han obtenido la condición de resi-

¹⁷⁷ «112. (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1). [...] (3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person (a) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality; [...]

¹⁷⁸ *Canada's War Crimes Program. Annual Report 1999-2000*, p.13.

dentes o la de refugiadas, en especial, las implicadas en crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial.

En relación con el Programa de crímenes de la segunda guerra mundial, desde 1995 y hasta finales de 2006, se habían iniciado 20 procedimientos de revocación de la ciudadanía y expulsión: 1 de ellos estaba en curso ante la Corte Federal de Canadá (Seifert); 6 habían terminado de acuerdo con las pretensiones del Gobierno, de declaración de fraude en el momento de solicitar la ciudadanía (Oberlander, Odynsky, Katriuk, Fast, Obodzinsky, Baumgartner, Furman, Skomatzuk); de ellos Obodzinsky y Baumgartner han fallecido antes de la revocación de su ciudadanía. En 4 casos se había llegado a la revocación de ciudadanía (Csatory, Maciukas, Bogutin, Kisluk); no obstante los dos primeros habían abandonado voluntariamente el país sin continuar el procedimiento y los dos segundos fallecieron antes de ser deportados. En 3 casos el procedimiento había sido favorable a los ciudadanos implicados (Vitols, Dueck and Podins). En los 4 casos restantes, los implicados habían fallecido durante el procedimiento (Bogutin, Kenstavicius, Tobiass and Nemsila)¹⁷⁹. La única deportación efectiva se refería a un caso iniciado en 1988, con anterioridad por tanto a 1995, el ya mencionado de Jacob Luitjens, que fue deportado en 1992.

En este contexto un dato extraordinariamente llamativo es el de la lentitud de los procedimientos relativos a crímenes de la segunda guerra mundial, que afectaban obviamente a personas de edad avanzada. No solamente por el desarrollo de los procedimientos de privación de la residencia o la ciudadanía y de expulsión, sino por la demora en la ejecución de las decisiones de deportación. De esta manera varias personas han fallecido durante los procedimientos, incluso después de revocada la ciudadanía e iniciado el procedimiento de expulsión (Wasily Bogutin, Serge Kisluk, Ludwig Nebel, Erichs Tobiass, Antanas Kenstavicius, Josef Nemsila, Walter Obodzinsky y Michael Baumgartner hasta julio de 2005). En el caso de Kisluk, los procedimientos se habían iniciado en 1997 y falleció en mayo de 2001. En el caso de Baumgartner, los procedimientos se habían iniciado en 1997 y falleció en julio de 2005.

Otros casos abiertos se iniciaron hace más de diez años. Por ejemplo, los de Vladimir Katriuk (iniciado en agosto de 1996), Wasyl Odynsky (septiembre de 1997). Y algunos más recientes avanzan a un ritmo muy lento. El de Jacob Fast se inició en septiembre de 1999 y no ha sido considerado culpable por la Corte Federal hasta octubre de

¹⁷⁹ *Annual Report of the War Crimes Program 2005-2006.*

2003. Continúa pendiente el procedimiento relativo a Michael Seifert, sobre quien pesa además una solicitud de extradición¹⁸⁰, que se inició en noviembre de 2001.

Pero junto a los problemas de lentitud no dejan de plantearse nuevos obstáculos jurídicos, como lo muestra el caso de Helmut Oberlander, sobre el que se volverá más adelante.

En relación con el Programa de crímenes de guerra modernos, y según datos del Último informe publicado, correspondiente al período abril 2005-marzo 2006, globalmente desde el inicio del Programa se ha impedido la entrada en Canadá a cerca de 3400 personas supuestamente implicadas en crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, se ha excluido de la condición de refugiado a 564 y se ha expulsado de Canadá a otras 408, en la medida en que se puede deportar a las personas excluidas del estatuto de refugiado o cuya entrada está prohibida o cuya ciudadanía se ha revocado; todo ello en relación con casi 30.000 casos investigados¹⁸¹. Junto al examen de los casos concretos el Programa ha desarrollado una actividad continuada de identificación de personas implicadas y ha configurado listas de personas sospechosas por países y por regímenes.

Por otra parte otros dos regímenes se han añadido en los últimos años a la lista aludida en la Ley de Inmigración y del Estatuto de Refugiado. Se trata del régimen de los talibanes en Afganistán, entre el 27 de septiembre de 1996 y el 22 de diciembre de 2001, y del Gobierno de Etiopía encabezado por Mengistu Haile Mariam entre el 12 de septiembre de 1974 y el 21 de mayo de 1991¹⁸².

5.3. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LOS PROCEDIMIENTOS DE REVOCACIÓN DE LA CIUDADANÍA: EL CASO OBERLANDER

Helmut Oberlander, ucraniano de origen alemán, emigró a Canadá en 1954 y obtuvo la ciudadanía en 1960. Treinta y cinco años más tarde, el 27 de enero de 1995, el Ministro de Ciudadanía e Inmigración notificó a Oberlander que iba a proceder a presentar el informe previsto en la legis-

¹⁸⁰ Por parte de Italia, que lo condenó en noviembre de 2000 a cadena perpetua, por su participación en diversos crímenes en tanto que guardia del campo de concentración de Bolzano. El proceso de extradición continúa de manera paralela al de revocación de la ciudadanía.

¹⁸¹ *Annual Report of the War Crimes Program 2005-2006*, p.2 y Appendix 3, p.16.

¹⁸² *Annual Report of the War Crimes Program 2004-2005*, Appendix 4, p.18.

lación¹⁸³ con objeto de privarle de su ciudadanía, como paso previo a su deportación, por haber falseado o haber ocultado, en el momento de solicitar la ciudadanía, su implicación en una de las unidades paramilitares nazis responsables de ejecuciones masivas de civiles en la Unión Soviética ocupada, que actuó en Ucrania y Crimen (Einsatzgruppe D, 10a)¹⁸⁴. Oberlander, que tenía entonces 71 años, abandonó su domicilio en abril pero fue localizado en Florida, Estados Unidos, y devuelto a Canadá, el 9 de mayo de ese mismo año.

Oberlander hizo uso, primeramente, de su derecho a someter la cuestión con carácter previo ante la Corte Federal de Canadá, en 1995. Tras la resolución de diversas cuestiones previas¹⁸⁵, el Juez de la Corte Federal, Andrew MacKay, le consideró culpable en febrero de 2000, por haber ocultado su pertenencia al *Einsatzkommando 10a*, unidad responsable de múltiples ejecución de civiles en durante la ocupación de la Unión Soviética¹⁸⁶. El Juez consideró probado que Oberlander no pertenecía a las SS aunque sí al *Ek 10*, en el que desempeñaba funciones de intérprete, hasta finales de 1943 en que quedó integrado en el ejército regular alemán. No obstante, para el Juez no hay evidencia de que Oberlander participara directamente en ninguno de los crímenes cometidos contra civiles¹⁸⁷.

Oberlander y su esposa solicitaron emigrar a Canadá en abril de 1952. Aunque en ese momento el formulario de solicitud no incluía cuestiones específicas sobre las actividades realizadas durante la segunda guerra mundial, el Juez destaca que los solicitantes, según el procedimiento establecido fueron sometidos, entre otros trámites, a una entrevista por parte

¹⁸³ Los artículos 10 y 18 de la *Citizenship Act*.

¹⁸⁴ Otto Ohlendorf, el Comandante del Einsatzgruppe D, uno de los cuatro Einsatzgruppe, quien reconoció su participación en el asesinato de 90.000 personas entre junio de 1941 y junio de 1942 fue condenado a muerte por un Tribunal militar norteamericano en Nuremberg y fue ahorcado en 1951; al respecto, véase <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/trials/nuremberg/NurembergEinsatzgruppenTrial.html>. El comandante del escuadrón 10, Heinrich Seesteen, fue arrestado en 1945 por tropas británicas y se suicidó en Hamburgo, poco después.

¹⁸⁵ Se detallan en la decisión del Juez Reilly: Ontario Superior Court, Justice R.D. Reilly, *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, (2004-01-06) ONSC C-1076-03, pars. 9-10.

¹⁸⁶ *Canada (M.C.I.) v. Oberlander*, [2000] F.C.J. No.229, MacKay J., 28 February 2000.

¹⁸⁷ «[197] There is no evidence that the respondent participated in any of the atrocities committed against civilians by Ek 10a. His testimony that he did not know the name of the unit until 1970 is not credible, i.e., it is not worthy of belief, nor is his claim that he only came to know of Ek 10a action against Jews, that is, their «resettlement», which he learned meant execution, when he was at Krasnodar and Novorossiysk in the fall of 1942.»

de un agente de la RPMC dotado de plenos poderes para rechazar la continuación del trámite¹⁸⁸. Por ello considera carente de credibilidad la afirmación de Oberlander en el sentido de que no le pidieron explicaciones sobre su actividad durante la guerra. En esa medida considera que habiendo sido interrogado sobre el tema, si hubiera contestado la verdad,

«[208] ... including his experience as an interpreter with Ek 10a for the SD, an organization determined in 1946 to be criminal, his application would have been rejected, either because he would have been perceived to be a member of the SD, even if he were not, or because he would have been perceived as a collaborator. Either perception was a reason for rejection on security grounds. If the security officer had any doubt about whether he should be rejected Mr. Oberlander would have been rejected and he would not have passed stage B.»

Puesto que ello no sucedió, el Juez considera que Oberlander mintió u ocultó hechos relevantes cuando fue entrevistado por el oficial de seguridad. La obtención de la residencia le permitiría después obtener la ciudadanía. Por todo lo cual concluye que:

«[214] In the result, I find that the respondent, Helmut Oberlander, obtained citizenship in Canada by false representation or by knowingly concealing material circumstances within the meaning of s. 18(1) of the Citizenship Act. A decision to that effect is now issued.»

¹⁸⁸ «[203] The established process provided that applicants appearing for interview would be first seen in a face to face interview by the security officer whose principal attention was directed to the background and experience of the applicant, his or her origin, former addresses, employment and military or other service over a decade and including the years of World War II. If that detail was not provided by the application form it would be sought at the interview, since the security officer's task was to assess whether or not the applicant should be rejected in accord with criteria established, originally by the R.C.M.P. and later modified by the Security Panel, a group of senior public servants, which coordinated security practices and provided support to a committee of Cabinet at Ottawa.

[204] At the conclusion of an interview the decision of the security officer was marked on the application file as «passed» or «not passed» stage B. If he had any doubt whether the applicant was among those who should be rejected the security officer rejected him or her, in the interests of Canada. That decision was final, not subject to review by a visa officer or anyone else. No reasons were given. The applicant was not informed of that decision. He or she was passed on for medical examination and then for interview by the visa officer, who alone advised the applicant whether or not he was considered to have met requirements for immigration, and, if not, no further explanation was offered that would reflect the security officer's decision.»

La Ministra de Ciudadanía e Inmigración formalizó el informe previsto en el artículo 10 de la ley de Ciudadanía y el 12 de julio de 2001, fue revocada la ciudadanía canadiense de Oberlander mediante una decisión del Gobernador en Consejo (*Governor-in-Council*)¹⁸⁹.

El 31 de octubre de 2001 Oberlander solicitó la revisión judicial de la decisión ante la Corte Federal¹⁹⁰. El 1 de agosto de 2003, el Juez Martineau, encargado del control judicial de la decisión rechazó estimar el recurso al considerar que la decisión de revocación de la ciudadanía de Oberlander había sido correcta.

Oberlander emprendió entonces dos acciones paralelas.

Por una parte, formuló un recurso ante la Corte Superior de Ontario, para anular la orden de revocación de la ciudadanía y para obtener la suspensión del procedimiento de deportación, mientras no se resolviera la primera cuestión. Su alegación de fondo se basaba en la supuesta vulneración de distintos derechos contemplados en la Carta Canadiense de Derechos Humanos.

A este respecto, y tras analizar los distintos motivos alegados, el Juez Robert Reilly concluye, el 6 de enero de 2004¹⁹¹, que hay argumentos suficientes para declararse competente para analizar el fondo de la reclamación y acuerda suspender el procedimiento de deportación en tanto no se produzca la decisión sobre el fondo. El Juez considera que la sustancia de las alegaciones no tiene tanto que ver con problemas de emigración y deportación, como con las exigencias constitucionales vinculadas a la revocación de la ciudadanía¹⁹², lo que hace a la Corte Superior de Ontario tan competente como lo pueda ser la Corte Federal. (pars. 15-24).

De entre las consideraciones expresadas por el Juez es especialmente relevante el cuestionamiento del procedimiento de adopción de las deci-

¹⁸⁹ Se trata, formalmente de una decisión administrativa (Orders in Council) que adopta el Gobernador general, representante de la Reina en Canadá, a recomendación del gobierno federal, que se reúne mediante un Comité que debe contar con un quórum de cuatro miembros (Governor in Council).

¹⁹⁰ También solicitó la suspensión del procedimiento de deportación en tanto no se resolviera el recurso. El 11 de julio de 2002, el Juez Kelen denegó la suspensión, decisión corroborada el 3 de marzo de 2003 por la Corte Federal de Apelación.

¹⁹¹ Ontario Superior Court, Justice R.D. Reilly, *Oberlander v. Canada* (Attorney General), (2004-01-06) ONSC C-1076-03. El Gobierno ha recurrido en apelación.

¹⁹² «[45] ... In sum, I can think of no consequence, apart from a sentence of several years imprisonment in a penitentiary, which would be more significant to a responsible citizen than the loss of that citizenship. Mr. Oberlander, by the decision of the Governor in Council, has been rendered in effect a stateless person. When he was granted his Canadian citizenship in 1960 he was required to renounce his German citizenship. He has spent virtually the whole of his adult life as a citizen of Canada. Now he can no longer rely upon the benefits of citizenship. ...»

siones de revocación de la ciudadanía, especialmente por el hecho de que se desconoce qué miembros del Gobierno participaron en la decisión, al no existir un acta del desarrollo de la sesión, información que el gobierno considera protegida por la confidencialidad y por el hecho de que no hay otra motivación de la decisión, distinta del texto contenido en el Informe de la Ministra o de la propia decisión.

Además de apuntarse una cierta indefensión del afectado por el procedimiento, el Juez pone de relieve lo que puede constituir, a su juicio, un conflicto de intereses, por la eventual presencia de la Ministra de Ciudadanía e Inmigración y de la Ministra de Justicia (y Fiscal General del Estado) en el Comité que adopta la decisión:

«[55] Arguably of greater significance, no information is given with respect to which Ministers or how many Ministers constituted the tribunal. Indeed, the material presented to me on the «threshold» issue with respect to the application permits the inference that the Minister of Citizenship and Immigration, and perhaps the Attorney General of Canada as well, sat as members of the Governor in Council in deciding whether to revoke Mr. Oberlander's citizenship. If these Ministers did indeed «preside» as part of the tribunal, as members of the Governor in Council deciding the issue, then they were involved in a clear conflict of interest. The court to date has been given no assurances either way.»

Por otra parte, la defensa de Oberlander presentó un recurso de apelación contra la decisión del Juez Martineau, de la Corte Federal. A la vista del mismo, en mayo de 2004, la Corte Federal de Apelación¹⁹³ anuló, de manera unánime, la decisión de revocación de la ciudadanía de Oberlander por la razón, expuesta por el Juez Décary, de que el Informe del Ministro de Ciudadanía e Inmigración, que había fundamentado la decisión, no había probado el encaje del caso de Oberlander en la política definida por el Gobierno en relación con los crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial¹⁹⁴ y que la decisión adoptada no superaba el umbral de razonabilidad necesario:

¹⁹³ Oberlander v. Canada (Attorney General) (F.C.A.), 2004 FCA 213, May 31, 2004.

¹⁹⁴ «[59]The Minister's report does refer to the «no safe haven» policy but does not analyse why it is that Mr. Oberlander fits within the policy which, the report fails to mention, applies only to suspected war criminals. In face of the express finding by Mr. Justice MacKay that no evidence was presented about any personal involvement of Mr. Oberlander in war crimes, one would expect the Governor in Council to at least explain why, in its view, a policy which, by its very –and underlined– words applied only to suspected war criminals, applied to someone who served only as an interpreter in the German army...»

«[60]The Governor in Council could not reasonably come to the conclusion that the policy applied to Mr. Oberlander without first forming an opinion as to whether there was evidence permitting a finding (not made by the reference Judge) that Mr. Oberlander could be suspected of being complicit in the activities of an organization with a single, brutal purpose. The reviewing Judge took upon himself to decide what the Governor in Council had omitted to examine and decide, that EK 10a was an organization with a single, brutal purpose and that Mr. Oberlander was complicit in the organization's activities. The decision of the Governor in Council in that regard cannot be supplemented by that of the reviewing Judge. The decision of the Governor in Council is not reasonable as it fails to make the appropriate findings and relate them to the person whose citizenship was at issue.»

No obstante la Corte estableció que el Ministro podía emitir un nuevo informe conforme a la sentencia.

5.4. LA PERSECUCIÓN PENAL EN APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY: EL CASO MUNYANEZA

Desde el inicio de su actividad en el marco del Programa de crímenes de la segunda guerra mundial, el Departamento de Justicia ha examinado alrededor de 1800 casos a los efectos de su eventual persecución penal. En marzo de 2006, 37 expedientes estaban siendo investigados a fondo y otros 218 de manera preliminar. En el marco del Programa de crímenes de guerra modernos, estaban siendo investigados más de 57 expedientes; 4 investigaciones se han cerrado con recomendación de persecución penal, pendientes de la consideración del Ministerio de Justicia y, en su caso, de la autorización del Fiscal general¹⁹⁵.

El primer caso que ha sido objeto de persecución penal en aplicación de la Ley sobre crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra es el de Désiré Munyaneza.

Désiré Munyaneza (1966) era un importante comerciante afincado en Butare (Ruanda). Bien relacionado en los medios oficiales y militares locales, participó activamente en el genocidio de 1984. Se le imputa el

¹⁹⁵ *Annual Report of the War Crimes Program 2005-2006*, p.2 y Appendix 2.

control de las barricadas situadas en las carreteras de acceso al pueblo, donde se asesinaba a cualquier persona identificada como perteneciente a la etnia tutsi y la comisión así como la incitación a la comisión de numerosas violaciones de mujeres.

Munyaneza viajó a Canadá en 1997, con un pasaporte falsificado de Camerún, y solicitó el estatuto de refugiado, alegando que su vida corría peligro si era devuelto a Ruanda. El 20 de septiembre de 2000 la Sección del Estatuto de Refugiado de la CIER consideró que había razones para creer que estaba implicado en crímenes contra la humanidad y denegó la petición, de acuerdo con el Artículo 1.F.a de la Convención de 1951. El 24 de enero de 2001 la misma Sección rechazó la petición de autorización de control judicial en relación con la primera decisión.

El 21 de noviembre de 2001 la misma Sección, con una composición distinta, rechazó la petición de reapertura de la audiencia basada en la presentación de nuevas pruebas. La Sección consideró que carecía de competencia para reabrir el caso. Esta decisión fue confirmada el 21 de noviembre de 2002, por la Sección de primera instancia de la Corte Federal de Canadá, que rechazó¹⁹⁶ el recurso contra la misma.

No obstante, en este caso, el Ministerio de Justicia decidió abrir un proceso penal, en aplicación, por primera vez, de la Ley de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de 2000¹⁹⁷. El 19 de octubre de 2005, Munyaneza fue detenido en Toronto. El acta de acusación contiene dos cargos de genocidio, cuatro de crímenes contra la humanidad (asesinatos y violencia sexual) y uno de crímenes de guerra (pillaje) en relación con los hechos de Butaré (Ruanda), perpetrados contra la población tutsi, entre el 1 de abril y el 31 de julio de 1994.

El 30 de octubre de 2006, la defensa de Munyaneza presenta un recurso en el sentido de que los cargos 1 a 6 del acta de acusación no son sufi-

¹⁹⁶ *Munyaneza v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2002 CFPI 1203, 21 noviembre 2002.

¹⁹⁷ En el seno del Programa Canadiense de crímenes de guerra se elabora un inventario de casos susceptibles de persecución penal. Para su consideración prioritaria se tienen en cuenta distintos factores: Casos en que se aprecia una implicación personal o responsabilidad como superior; en que hay buenas posibilidades de acceso a las pruebas (cooperación de otros gobiernos, testigos, documentos); gravedad de la acusación; presencia de víctimas o testigos en Canadá; imposibilidad de acción administrativa para expulsar a dicha persona de Canadá; probabilidades de que efectivamente sometida a un juicio justo en otro país; conexión con una investigación más amplia; caso sobre el que haya otras investigaciones penales nacionales o internacionales en curso; facilidad de comprobación de la credibilidad de las alegaciones; Rikhof, J., 6 *YIHL* (2003), pp. 472-473; también Rikhof, J., «Canada and War Criminals: The Policy, the Program, and the Results», cit., pp. 7-8.

cientemente precisos¹⁹⁸ y de que el delito contemplado en el cargo 7 (pillaje) no existe en Derecho canadiense.

En su decisión de 20 de noviembre de 2006, el Juez André Denis rechaza las peticiones de Munyaneza¹⁹⁹. En la misma el Juez hace algunas consideraciones sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho canadiense. Así, para justificar que es posible agrupar en un mismo cargo hechos relativos a personas distintas el Juez se remite a la práctica de los tribunales penales internacionales con el apoyo de la sentencia Mugesera²⁰⁰.

El Juez considera que la petición de precisión en los cargos no está justificada, de acuerdo con la Ley de 2000:

«[31] Encore une fois, vouloir assimiler une accusation de crime de guerre, crime contre l'humanité et génocide dont les faits remontent à 1994 et se déroulent sur quatre mois à une infraction commune prévue au Code criminel rendrait la Loi sans effet.

[32] Non pas que l'accusé ne jouisse pas de toutes les protections constitutionnelles prévues aux lois canadiennes. Cependant, les particularités de la Loi et le genre d'infraction reconnues par le législateur invite le tribunal à faire preuve de la souplesse et de l'inventivité propres à l'affaire.

[33] L'accusé réclame le nom de chaque personne tuée et dont il aurait la responsabilité, la liste de chaque endroit pillé, etc. Ce genre de renseignement est impossible à fournir et n'est pas essentiel à la préparation d'une défense pleine et entière pour le type d'infraction qui lui est reproché.

Para el Juez, finalmente, la Ley de 2000 incorpora el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁰¹. Por tanto incorpora también el delito de pillaje contenido en el mismo:

¹⁹⁸ En contra de lo que establece el artículo 581 del Código Penal, en sus apartados 1 y 3(1) y (3):

«581. ((1) Chaque chef dans un acte d'accusation s'applique, en général, à une seule affaire; il doit contenir en substance une déclaration portant que l'accusé ou le défendeur a commis l'infraction qui y est mentionnée. [...] (3) [Un chef d'accusation doit contenir, à l'égard des circonstances de l'infraction présumée, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement le prévenu sur l'acte ou omission à prouver contre lui, et pour identifier l'affaire mentionnée, mais autrement l'absence ou insuffisance de détails ne vicie pas le chef d'accusation.]»

¹⁹⁹ Court Supérieure, Province de Québec, District de Montréal, n.º 500-73-002500-052, Sa Majesté La Reine c. Désiré Munyaneza, 20 novembre 2006.

²⁰⁰ «[25] K'arrêt Nygesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration), 2005 SCC 40 invite à profiter de la sagesse des tribunaux internationaux.»; *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*, §12.

«[46] La Loi incorpore en annexe le Statut de Rome. L'article 8 du Statut définit les crimes de guerre. A l'alinéa XVI, de l'article 8 b) on y inclut: ((le pillage d'une ville ou d'une localité même prise d'assaut) dans le cadre des violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux.

[47] À l'alinéa V de l'article 8e), la même définition s'applique aux conflits armés ne présentant pas un caractère international.

[48] Le Statut de Rome a été signé par le Canada et incorporé à la Loi. L'infraction de pillage y existe. Il est donc inexact de soutenir que c'est une infraction inconnue en droit canadien.»

Durante los meses de enero y febrero de 2007, se desarrollaron audiencias preliminares en Ruanda, en la sede de la Corte Suprema en Kigali. El 26 de marzo de 2007 se inició el juicio en la Corte Superior de Montreal²⁰² y, en la medida en que va a requerir la celebración de nuevas sesiones fuera de Canadá, no se espera que termine antes de finales de 2008.

6. CONSIDERACIONES FINALES

A partir de las recomendaciones contenidas en el informe de 1986 de la Comisión Deschênes la acción de los sucesivos gobiernos ha dado como resultado una lenta materialización de la política de que el Canadá no sea un refugio seguro para los criminales de guerra y los criminales contra la humanidad.

Esta acción se ha basado en diversas reformas legislativas de las leyes penales, de ciudadanía y de inmigración y refugio, en la creación de instrumentos institucionales específicos –como el Programa de crímenes de guerra en el marco del cual se han concertado el Ministerio de Justicia, la Real Policía Montada del Canadá y el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración– y de estrategias que han tratado de compatibilizar la acción penal con la acción administrativa para actuar contra quienes han estado implicados en la comisión de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad.

²⁰² La denominación oficial del caso es: Sa Majesté la Reine, c. Désiré Munyaneza, No: 500-73-002500-052, Cour Supérieur du Québec, District de Montréal, Chambre Criminelle - Province de Québec, Canada / Her Majesty the Queen v. Désiré Munyaneza, No: 500-73-002500-052, Montreal Superior Court, Criminal Division - Province of Quebec, Canada.

Al final del proceso las autoridades canadienses han llegado a contar con un elenco teórico de posibilidades de acción que comprende instrumentos administrativos como la prohibición de acceso a Canadá, la exclusión del estatuto de refugiado, la revocación de la ciudadanía y la deportación, e instrumentos penales como el procesamiento, la extradición o la entrega a tribunales internacionales.

Sin embargo, por distintos motivos, algunas de las vías progresivamente abiertas han ido quedando obstaculizadas, cuando no cerradas, como consecuencia de los problemas para su aplicación que han suscitado distintos órganos judiciales. Ello ha sido especialmente evidente en relación con crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial. Por esa razón el balance ofrece luces y sombras.

Respecto de las medidas administrativas, los datos avalan su éxito en lo que se refiere a las medidas preventivas dirigidas a impedir la entrada en Canadá de personas sospechosas de estar implicadas en la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y prueban, en cambio, las dificultades de la actuación respecto de las personas que ya se encuentran en el país y han obtenido la residencia permanente, la ciudadanía o la condición de refugiadas, en especial, las implicadas en crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial.

Dejando aparte los casos en que las medidas propuestas carecieran de justificación, interesa aquí señalar dos tipos de problemas: los que afectan a la naturaleza de las medidas y los que afectan a la eficacia de las medidas. En relación con los primeros las cuestiones más problemáticas se han referido a las garantías de los afectados en la revocación de la ciudadanía y a la deportación, y a la necesidad de una cierta calificación penal para activar la decisión administrativa. En relación con los segundos el problema principal ha sido el de la excesiva demora en algunos de los procedimientos que han llegado a una decisión final y en la lentitud en la ejecución de dichas decisiones.

El primer proceso de revocación de la ciudadanía y de expulsión, de acuerdo con las modificaciones introducidas en la Ley de Inmigración en 1987, se inició en 1988: Jacob Luitjens fue privado de la ciudadanía canadiense y deportado a los Países Bajos en noviembre de 1992.

Sin embargo, con posterioridad a este caso, las cosas han resultado particularmente complicadas y el número de casos en que se ha retirado la ciudadanía ha sido mínimo en relación con los crímenes de la segunda guerra mundial; por distintos motivos, entre ellos el fallecimiento de los afectados durante procedimientos que se han prolongado durante años. Pero además ni siquiera en esos casos los afectados abandonaron el país

como consecuencia de la decisión de expulsión, en gran parte como consecuencia de la demora en la ejecución de las decisiones de deportación.

En relación con el Programa de crímenes de guerra modernos los resultados son mejores. Según los datos disponibles, se ha impedido la entrada en Canadá a unas tres mil personas, supuestamente implicadas en crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, se ha excluido de la condición de refugiado a más de quinientas y se ha expulsado de Canadá a más de trescientas. Además, el Programa ha desarrollado una actividad continuada de identificación de personas sospechosas, por países y por regímenes.

Pero la agilidad en el proceso de adopción y ejecución de decisiones no ha mejorado sustancialmente. Y ello se debe no solamente al propio procedimiento sino a las consideraciones que, con posterioridad a la decisión final de expulsión, atañen a la ejecución de la misma y, de manera muy particular, a la vigencia del principio de *non refoulement*.

En el caso de León Mugesera, tras más de diez años de procedimientos y distintas resoluciones judiciales no coincidentes, el 28 de junio de 2005, la Corte Suprema de Canadá restauró la orden de expulsión contra León Mugesera, previamente anulada en instancias inferiores. La Corte estimó fundados los cargos de incitación al asesinato y al genocidio, así como la participación en un crimen contra la humanidad, lo que confirmaba la razonabilidad de la decisión de expulsión. Pero, a pesar de la decisión de la Corte Suprema, Mugesera no ha sido expulsado a Ruanda, ni se ha accedido a la extradición solicitada por Ruanda, debido a consideraciones vinculadas con la posible aplicación al mismo de torturas o de la pena de muerte, pero tampoco ha sido juzgado en Canadá. Representa un ejemplo palmario de la ineficiencia de la alternativa de las medidas administrativas.

Otro aspecto de particular significación han sido los motivos relativos a la preservación de los derechos de los afectados durante el procedimiento de revocación de la ciudadanía y de expulsión, que se han considerado, en algunos puntos, incompatible con las exigencias de la Carta canadiense de derechos y libertades.

Un caso especialmente ilustrativo es el de Helmut Oberlander, cuyo procedimiento se inició en 1995, a quien el Gobierno privó de su ciudadanía en 2001 y a quien la Corte Federal de Apelación se la ha devuelto en 2004. En este caso se ha puesto de relieve los problemas que suscita una decisión de expulsión adoptada en un contexto de escasa información al interesado e insuficientemente motivada. En el ámbito de la expulsión de refugiados, aunque en relación con el terrorismo, una situación similar se

ha planteado en la decisión de la Corte Suprema de Canadá, de 11 de enero de 2002, en el caso Suresh. En este sentido este es un problema recurrente en relación con las medidas adoptadas en distintos Estados para hacer frente al terrorismo, en especial después del 11 de septiembre de 2001.

Por último, es preciso destacar que no existe una real autonomía de la alegación de fraude en la solicitud de entrada en Canadá o en la adquisición de la ciudadanía por ocultar o falsear hechos relevantes a las autoridades de inmigración acerca de la participación en crímenes de guerra o contra la humanidad, como motivo para revocar la residencia, la condición de refugiado o la ciudadanía. En la medida en que se considere, como se hizo en el caso Mugesera, que la participación en uno de esos actos criminales no es una cuestión de hecho, sino de derecho, se dificulta la alegación de un fraude sobre hechos. Es preciso probar por tanto, aunque con un umbral más bajo de exigencia que el que se daría en un proceso penal, que hay algún nivel de implicación o complicidad en la comisión de dichos crímenes. Ello hace mucho más complejo el procedimiento administrativo correspondiente.

En lo que se refiere a las medidas penales adoptadas por Canadá, los resultados son decepcionantes.

Por una parte, Albert Helmut Rauca extraditado el 20 de mayo de 1983 a la República Federal de Alemania es el primero y, hasta ahora, el único caso de extradición por crímenes de guerra desde Canadá.

Por otra parte, y a pesar de varios intentos, solamente un juicio llegó a su término en Canadá, y el resultado fue la absolución de Imre Finta, confirmada por la Corte Suprema el 24 de marzo de 1994. No ha habido por tanto ninguna condena penal por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, desde los juicios celebrados en Alemania tras la segunda guerra mundial. Tras la decisión de la Corte Suprema de Canadá en el caso Finta se impuso la percepción de que no sería posible proseguir con éxito una persecución penal en Canadá por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad cometidos durante la segunda guerra mundial. Y efectivamente el primer caso penal abierto lo ha sido muchos años después, en 2005, y referido a crímenes cometidos en el marco del conflicto armado de 1994 en Ruanda.

No obstante de la jurisprudencia en el caso Finta y de su revisión parcial en el caso Mugesera pueden extraerse algunas conclusiones relevantes desde el punto de vista de la persecución administrativa y penal de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad en Canadá. Se trata de las siguientes: a) la relevancia de la presencia del jurado y de su correcta orientación por los jueces, en la medida en que el jurado es quien

debe apreciar la presencia de los distintos elementos de los crímenes de guerra y contra la humanidad en el caso concreto; b) la conformidad con el Artículo 11 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de las disposiciones que permiten juzgar en Canadá crímenes cometidos fuera del país; c) la consideración de que los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad ya eran considerados como tales por el derecho internacional durante la segunda guerra mundial; d) la adecuación de la caracterización del conjunto de elementos objetivos y subjetivos de los crímenes a la vigente en el derecho internacional, tal como se deduce de la práctica de los tribunales internacionales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda, con la supresión, por ejemplo de la exigencia de una intención discriminatoria en entre los elementos de cualquier crimen contra la humanidad; y e) de manera general, la constatación de las dificultades para abogados, jueces y fiscales para afrontar juicios sobre hechos sucedidos años antes en un lugar alejado a aquel en el que se celebraba el juicio y trabajar con conceptos jurídicos procedentes del Derecho internacional, sobre los cuales la jurisprudencia nacional es escasa y divergente y la jurisprudencia internacional es todavía limitada, poco consolidada e insuficientemente conocida.

En todo caso y junto a la política preventiva respaldada por medidas administrativas, la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional –un proyecto en que la implicación canadiense ha sido determinante– y su posterior entrada en vigor han ofrecido el contexto adecuado para un impulso a la reapertura de la vía de la represión penal en Canadá de crímenes de guerra cometidos fuera del país.

Así, Canadá ha adoptado, en el año 2000, la Ley sobre los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra, que facilita la persecución penal de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. El primer caso en que se ha utilizado es el del ciudadano ruandés Désiré Munyaneza, que se encuentra en Canadá desde 1997 y a quien se denegó el estatuto de refugiado y cuyo juicio comenzó en marzo de 2007, ante la Corte Superior de Montreal. En este caso, el Ministerio de Justicia decidió abrir un proceso penal. El acta de acusación contiene cargos de genocidio, de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra, en relación con hechos sucedidos en Butaré (Ruanda), y perpetrados contra la población tutsi, entre el 1 de abril y el 31 de julio de 1994.

La reapertura de la vía penal en Canadá es particularmente relevante por dos razones. La primera es que, en muchos supuestos, el derecho internacional convencional impone obligaciones de extraditar o juzgar, que no son satisfechas mediante la simple deportación de los presuntos implica-

dos a terceros países. La segunda es que el sistema articulado en torno a la nueva Corte Penal Internacional se basa en la complementariedad de la jurisdicción de la Corte respecto de las jurisdicciones nacionales y presupone por tanto una actividad ordinaria de éstas en la persecución de los más graves crímenes de trascendencia internacional. Y, por su reconocida trayectoria en el impulso de la Corte, Canadá se encuentra ante la obligación moral de dar ejemplo a la Comunidad internacional. Aunque, en este caso, se trate de una complementariedad, no respecto de la Corte Penal Internacional, que carece de competencia, sino en relación con el Tribunal Penal Internacional para Rwanda.

Pero para que esta actividad sea eficaz es preciso reunir, como lo demuestra el proceso analizado, por lo menos cuatro elementos: un apoyo social significativo a la idea de que la represión de tales crímenes forma parte de un interés sentido y compartido; una voluntad política de participar como Estado en dicha tarea; el desarrollo y la aplicación de los instrumentos normativos necesarios para acometer dicha persecución penal con las debidas garantías y la provisión de los recursos humanos y económicos necesarios, y, finalmente, la formación especializada en materia de derecho internacional y derecho penal necesaria para los operadores jurídicos básicos (abogados, fiscales y jueces), particularmente importante en la medida en que, normalmente, los juicios se celebrarán con la participación de un jurado.

EL CONTROL JUDICIAL A LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES: ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS INTERVENCIONES DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

Francisco Luis Pascual Sarriá
Teniente Coronel Auditor

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES. II.1. El marco legislativo. II.2 La intervención de las comunicaciones: II.2.1. Concepto y presupuestos. II.2.2. Requisitos. III. EL SERVICIO DE INTELIGENCIA EN ESPAÑA: NECESIDAD DE CONTROL JUDICIAL DE SUS ACTIVIDADES. III.1. Los Servicios de Inteligencia antes de la creación del Centro Nacional de Inteligencia. III. 2. La necesidad de someter a control judicial las intervenciones telefónicas del CESID. IV. EL CONTROL JUDICIAL PREVIO DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICA DEL CNI. IV.-1. El magistrado competente: IV.2. La solicitud y resolución de las intervenciones. IV.2.1. Requisitos para la autorización de la intervención. IV.2.2. La resolución del magistrado del Tribunal Supremo. IV.3. Naturaleza del control judicial previo. V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Pretende ser objeto del presente trabajo el estudio de la excepción que al control judicial sobre la intervención de las comunicaciones, «*ex ante*» y «*ex post*» establecido en nuestro ordenamiento procesal penal, supone el sistema que ha sido articulado por la Ley Orgánica 2/2002, de

6 de mayo¹, y por la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladoras del control judicial previo y del Centro Nacional de Inteligencia (CNI). Control jurisdiccional que con carácter previo, y a solicitud del Director del Centro (con categoría de Secretario de Estado), se realiza por un magistrado del Tribunal Supremo especialmente nombrado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), no por un órgano judicial, sin que se ejercite un verdadero control jurisdiccional, al no recibir el resultado de la intervención; sistema de control que encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la Defensa y Seguridad del Estado frente a los más graves ataques, y al carácter secreto que tienen los resultados obtenidos en la intervención.

Control judicial previo, de naturaleza distinta al legalmente establecido para los procedimientos penales –y para los contenciosos–, que resulta novedoso en nuestro país habida cuenta que los Servicios de Inteligencia, hasta la LO 2/2002 carecían de un control judicial en sus actividades; existía tan solo un control parlamentario limitado por el carácter secreto del material objeto de la intervención, que precisaba su desclasificación; Y además este control judicial que se establece en la norma se encuentra restringido a los derechos comprendidos en el artículo 18 apartados 2 y 3 de la Constitución Española (CE), esto es, en los supuestos en que deban de limitarse los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, tratándose de un control anterior a la actuación, y no durante la misma, ni sobre sus resultados; pero las especiales misiones que le han sido encomendadas en defensa de la Sociedad, la naturaleza secreta de sus resultados, así como que la actuación no está dirigida a la prevención del delito, o a la obtención de prueba, ni que su practica sea ajena a procedimiento judicial alguno, y a presuntos responsables de hechos delictivos, le dotan de singularidades, que estudiaremos.

No obstante lo señalado, resultó un importante avance este sistema de control, que fue más allá de las recomendaciones que para las actuaciones de los Servicios de Inteligencia había establecido en sus resoluciones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quién tan solo señalaba la necesidad de establecer un control, no necesariamente judicial, aunque era preferible, sobre las actividades de los Servicios de Inteligencia. Así en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 06 de septiembre de 1978, núm. 5029/1971 (*caso Klass y otros contra Alemania*), en la que se reconoció la legalidad de la norma

¹ BOE 109/2002, de 7 mayo 2002.

alemana que imponía un control parlamentario sobre las intervenciones de sus Servicios.

Comenzaremos con una necesariamente breve referencia al derecho a la intimidad, y en concreto al secreto de las comunicaciones, que se limita con las intervenciones telefónicas, haciendo somera mención a la normativa que lo protege y reconoce tanto en el derecho interno, como en ámbito internacional. De igual modo, y para poder establecer una comparación con el sistema establecido por la LO 2/2002, revisaremos los presupuestos y requisitos constitucionales que doctrinal y jurisprudencialmente se han establecido por el TEDH, el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS), para adoptar una medida limitativa de este derecho fundamental mediante la intervención, escucha o grabación de las conversaciones telefónicas, en su sentido más amplio.

Para concluir, y tras realizar un breve examen de la evolución de los Servicios de Inteligencia en nuestro país desde su origen, y constatar la falta absoluta de control de los muchos «*Servicios de Inteligencia*» existentes hasta la transición democrática española; pasaremos a analizar las actuaciones del Centro Superior de Investigación de la Defensa (CESID), así como los problemas y la alarma social que la falta de control sobre sus actuaciones, en esta materia generó, dando lugar a diversas resoluciones judiciales que expresaron la necesidad de adecuar sus actividades a la legalidad procesal y constitucional, estableciendo un sistema de control judicial. La última, y nuclear, parte del presente trabajo se dedicará a realizar un análisis crítico del sistema de «*control judicial previo*» sobre las intervenciones telefónicas que se practiquen por el CNI, establecido en la LO 2/2002, con especial referencia a la naturaleza del sistema establecido, requisitos de la solicitud y la resolución, la caracterización jurídica de la figura del magistrado del TS encargado de la autorización, y a la naturaleza del control que realiza.

II. LA INVIOlavILIDAD DE LAS COMUNICACIONES

II.1. EL MARCO LEGISLATIVO

El secreto de las comunicaciones viene consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución Española (CE) con absoluta rotundidad entre los derechos fundamentales precisados de mayores garantías y protección, y que vincula a todos los poderes públicos (artículo 53 CE), constitucionalizan-

do la tutela de la libertad de las comunicaciones postales, telefónicas y telegráficas y la privacidad:

«Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Secreto de las comunicaciones que debe ser garantizado, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), por tratarse de *«un derecho fundamental del ciudadano, cuya restricción, en cuanto supone una invasión de la zona de intimidad privada protegida por aquél, constituye un serio ataque a esferas de privacidad, que sólo puede ser acordado por resolución judicial»*².

El derecho había sido reconocido ya desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 04 de noviembre de 1950³, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979⁴, en su artículo 8.º, donde se estableció que,

1. *«Toda persona tiene derecho al respeto (...) de su correspondencia.*
2. *No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en este derecho, sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria 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 de la moral, la protección de los derechos y libertades de los demás.»*⁵

En igual sentido, y dentro de la comunidad internacional, el derecho ha tenido un amplio reconocimiento como uno de los derechos del individuo digno de ser protegido de la ilegalidad o de la arbitrariedad; y así se

² SSTS de 18 de julio de 2005, y 17 de julio de 2006, entre otras muchas.

³ Un análisis de la doctrina sobre la materia del TEDH lo encontramos en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *«Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida»*. Edit. Akal/iure. 1989. Capítulo 2.º: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la interceptación de las comunicaciones. Págs. 23 a 50.

⁴ Este derecho se encuentra también reconocido en el ámbito de la UE, en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000) Art. 7. *«Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y sus comunicaciones»*.

⁵ Un estudio pormenorizado del precepto lo encontramos en ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier: «Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar», En *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. LASAGABASTER HERRANTE, Iñaki, Director. Edit. Thomson, Civitas. Madrid, 2004. Págs. 254 a 327.

ha visto plasmado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de⁶ 10 de diciembre de 1948⁷; y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸ de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en Instrumento de 27 de abril de 1977⁹.

El derecho a la intimidad reconocido por el artículo 18.3 CE, no es absoluto y puede ser objeto de limitaciones, bien por resolución de la autoridad judicial, bien en situaciones de excepcionalidad constitucional; bien ante determinadas formas de delincuencia organizada, o en los centros de internamiento penitenciarios.

Así, la propia CE prevé esta eventualidad en su artículo 55.1, en supuestos de anormalidad constitucional, cuando se acuerde el estado de excepción o de sitio, con arreglo a lo dispuesto en la Carta Magna, y por supuesto ante un conflicto armado. El precepto se vio complementado por la LO 4/1981, de 1 de junio¹⁰, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio; en cuyo artículo 18 se autoriza a la autoridad gubernativa, con aprobación del Congreso, a intervenir las comunicaciones cuando resulte necesario para el esclarecimiento de los hechos delictivos o para el mantenimiento del orden público, debiendo comunicar la intervención al juez competente.

Pero es que además, en supuestos de normalidad constitucional, también existen posibles limitaciones al derecho al secreto de las comunicaciones, así la propia CE en su artículo 55.2, faculta a la suspensión de este derecho, mediante Ley Orgánica, para personas determinadas, en las investigaciones relativas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas¹¹. Limitación, que en cumplimiento de la previsión constitucio-

⁶ Art. 12. «Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia».

⁷ Adoptada por la 183.ª Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁸ Art. 17. «Nadie será objeto de violaciones arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia».

⁹ BOE núm. 103/1977, de 30 de abril.

¹⁰ BOE núm. 134/1981, de 5 de junio. Art. 18. 1. «Cuando la autorización del congreso comprenda la suspensión del art. 18,3 CE, la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas. Dicha intervención sólo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público. 2. La intervención decretada será comunicada inmediatamente por escrito motivado al Juez competente.»

¹¹ Art. 55.2 CE «Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas»

nal, se plasmó en nuestro derecho procesal penal en la LO 04/1988, de 25 de mayo¹², dando una nueva redacción al artículo 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrin.), donde se estableció una excepción al reconocimiento de este derecho con el fin de garantizar la seguridad pública y tener mecanismos rápidos de defensa del Estado frente al terrorismo, si bien de manera muy limitada y sujeto a garantías:

«En casos 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 provisional del número 3 de este artículo –observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas– podrá acordarla el Ministerio del Interior o, en su defecto, el Director General de la Seguridad del Estado, comunicándolo de inmediato al Juez competente, quién, de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución, en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la observación».

También, y en el ámbito penitenciario¹³, existen algunas limitaciones o suspensiones del derecho, así en las situaciones especiales de incomunicación de presos o detenidos; limitación que viene regulada en los artículos 506 a 511 y 527 de la LECrim, y en la LO 1/1979, de 26 de septiembre General Penitenciaria¹⁴, desarrollada en su Reglamento aprobado por Real Decreto núm. 190/1996, de 9 de febrero (artículos 43, 44 y 47)¹⁵.

Por último, una situación especial se ha producido en relación con el Servicio Nacional de Inteligencia en España, quién estuvo desprovisto de control judicial en las intervenciones de las comunicaciones hasta la creación del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), por Ley 11/2002, de 6 de mayo, en cuyo artículo 12, se prescribía que por Ley Orgánica se establecería la forma del control judicial previo a sus actividades. La LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI, procedió a la modificación de algunos preceptos de la LOPJ, a fin de crear un mecanismo, muy limitado, como veremos, de control de sus actividades en lo refe-

¹² BOE núm. 126, de 26 de mayo.

¹³ Véase sobre la materia: ALONSO PÉREZ, Francisco: «Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario». En *La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Núm. 4. 2001. Págs. 1486-1490. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *«La suspensión e intervención de la comunicaciones del preso»*. Edit. Tecnos. Madrid, 2000.

¹⁴ BOE núm. 239 de 5 de octubre.

¹⁵ BOE núm. 40 de 15 de febrero

rente a la vulneración de este derecho. Paso importante si pensamos que hasta dicha fecha carecían sus actividades de todo control judicial, así sucedió con los Servicios de Inteligencia en la etapa preconstitucional¹⁶, y con el CESID (Centro Superior de Información de la Defensa), creado en la transición por Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre¹⁷.

De la importancia que se confiere a la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, da cuenta el sistema de garantías que tanto penales, como procesales se han establecido en evitación de arbitrariedades o ilegalidades.

En primer lugar se han regulado unas garantías de naturaleza penal, tipificando como delito en nuestro Código Penal (CP), tanto en el anterior de 1973¹⁸, como en el de 1995¹⁹, aquellas conductas de personas privadas o de los funcionarios públicos que afecten a este derecho, si bien en el vigente CP con una mejor técnica jurídica en el tratamiento de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, introduciendo en el Capítulo V, los «*delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*», cuando las intervenciones tengan lugar en el marco de un procedimiento judicial, y dejando para los tipos comunes, como tipo agravado, los demás supuestos. Así, y entre los «*delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad*», dentro de un procedimiento penal, se sanciona en su artículo 536 a:

«La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, median- do causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comuni- cación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.»

¹⁶ Servicio de Información del Movimiento, Servicio de Información de la Dirección General de Seguridad, Servicios de Información del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, Servicio de Inteligencia Exterior y Contrainteligencia del Alto Estado Mayor. En 1972, se creó el SECED (Servicio Central de Documentación) como Dirección General de Presidencia

¹⁷ BOE núm. 265, de 5 de noviembre.

¹⁸ BOE núm. 297, de 12 de diciembre..

¹⁹ Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre. BOE núm. 281, de 24 de noviembre.

Y, en los artículos 197 y 198, se contempla entre los «*Delitos contra la intimidad*», la interceptación de las comunicaciones cometida por cualquier ciudadano privado, así como el tipo agravado para cuando los hechos sean cometidos por un funcionario público, si la medida se adopta sin que exista una causa penal, en los siguientes términos:

«Artículo 197.1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 198. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.»

Es de significar, en este apartado de las garantías penales, que solo algunos miembros del CNI tienen la condición de funcionarios públicos (civiles y militares), el resto es personal laboral con carácter temporal o permanente, según se establece en su ley reguladora, teniendo consideración de agentes de la autoridad tan solo los funcionarios que se señalan en el artículo 5.4²⁰; así como que por las funciones que la ley les encomienda, sus actuaciones lo serán siempre sin que exista un procedimiento penal abierto y sin que las intervenciones vayan encaminadas a la persecución del delito y entrega de los delincuentes a la autoridad judicial para su enjuiciamiento, ni a la obtención de prueba. Es por ello que el ejercicio de sus actividades les colocaría, de no tener un régimen de excepción, o de realizarse sin el control judicial previo señalado por la LO 2/2002, en una situación de ilegalidad toda vez que las intervenciones telefónicas realizadas quedarían tipificadas como uno de los delitos que hemos señalado del

²⁰ Artículo 5.4. «Los miembros del Centro Nacional de Inteligencia no tendrán la consideración de agentes de la autoridad, con excepción de aquellos que desempeñen cometidos profesionales relacionados con la protección del personal del Centro y de las instalaciones del mismo.»

particular que interviniera las comunicaciones en su variante agravada si la actuación la practicara un funcionario del Centro.

Como hemos señalado, este régimen de garantías penales se ha visto complementado por unas garantías de naturaleza procesal, tanto en el ámbito procesal penal, como en el procesal militar, estableciendo necesariamente que solo se podrá realizar la intervención de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas, respecto de los procesados y de los presuntos responsables de la comisión de un delito, cuando exista una autorización judicial, en la forma y con los requisitos que establecen nuestras normas procesales y así en el artículo 579 de la LECrim²¹ se señala que:

«1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

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.»

En igual sentido se pronuncia para el ámbito de la Jurisdicción militar, la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar²², cuyo Capítulo V, se dedica a regular la intervención de libros, papeles y comunicaciones, prescribiendo en su artículo 188, que le corresponde al Juez Togado Militar (Territorial o Central) autorizar por auto, previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, y mediante el correspondiente mandamiento, estas intervenciones:

²¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

²² BOE núm. 92, de 18 de abril,

Artículo 188 «.Podrá el Juez Togado acordar, mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El auto determinará con precisión la modalidad o la forma de la intervención.

Para la práctica de estas diligencias se dirigirá mandamiento a quien haya de efectuarlas y, con el fin de garantizar la autenticidad y el secreto de la grabación o filmación, se adoptarán las medidas procedentes para su revelado y constancia, cumpliéndose para su conservación lo dispuesto para la correspondencia en lo que sea aplicable»

II.2. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

II.2.1. Concepto y presupuestos

Podemos definir las intervenciones telefónicas, siguiendo el concepto dado por el profesor GIMENO SENDRA²³, como *«todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad en el curso de un procedimiento penal, decide mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado, durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor»*.

La simple lectura de esta definición de las intervenciones telefónicas, muestra ya *«a priori»*, su difícil encaje con la intervención de las comuni-

²³ GIMENO SENDRA, Vicente: «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal supremo». En *La Ley*. Año XVII, núm. 4024, de 26 de abril de 1996, pág. 2. También se define en: LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: «Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes». En *Cuadernos de Derecho Judicial: La restricción de los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal*. Edit. CGPJ. 29/1993, págs. 79-113. Y en, RODRÍGUEZ RAMOS, I.: «Las intervenciones telefónicas». En *Cuadernos de Derecho Judicial; la prueba en el proceso penal*. CGPJ, Madrid, 1/1992, págs. 451-509.

caciones cuando estas sean realizadas por nuestros Servicios de Inteligencia, en las que como veremos, no hay procedimiento judicial, ni imputado, ni delito, ni preconstitución de prueba, ni tan siquiera, control del resultado de la misma.

La doctrina²⁴, y fundamentalmente la jurisprudencia, han ido elaborando unos presupuestos imprescindibles para dotar de legalidad a estas intervenciones telefónicas, en cuanto que limitativas de un derecho fundamental reconocido como privilegiado por nuestra Carta Magna; el TC ha caracterizado la intimidad personal como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona, y asegura la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana²⁵. También la Sala Segunda del TS, en STS de 17 de julio de 2006²⁶, siguiendo una doctrina constante y pacífica, ha venido perfilando estos presupuestos, así como los requisitos de la intervención y del control judicial sobre la misma, que estudiaremos en el apartado siguiente.

Estos presupuestos para adoptar la medida limitativa del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.3 de la CE serían los siguientes:

1.º) Que la medida a adoptar que suponga la violación del derecho al secreto de las comunicaciones, y practicada mediante la intervención telefónica, deberá estar *«prevista por la Ley»*.

Presupuesto que viene establecido en el artículo 8.2 de la CEDH y que ha ido configurando el TEDH en sucesivas sentencias (Caso *Malone*, de 02 de agosto de 1984; caso *Huvig*, de 24 de abril de 1990; caso *Kruscin*, de 24 de abril de 1990, entre otras), señalando que las,

«palabras «prevista por la ley», en el sentido del artículo 8.2, quieren expresar que la medida discutida tiene una base en el derecho

²⁴ URBANO CASTRILLO, Eduardo de: *«La Prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial»*. Thomson. Edit. Aranzadi. 3.ª Edicc. Pamplona, 2003. Pág. 229.

²⁵ SSTC 73/82, 23/88, 179/91, 20/92, 57/94, entre otras.

²⁶ STS 17 de julio de 2006 (Pte. Monderde Ferrer). FJ 1.º: *«Por ello la resolución judicial que la autoriza deberá cumplir una serie de exigencias que garanticen que la injerencia está suficientemente justificada. Con carácter general, puede afirmarse que, además de una adecuada cobertura legal, la intervención de las comunicaciones solo estará justificada en aquellos casos en que sea proporcional al fin perseguido, que ha de ser constitucionalmente legítimo, como lo es la persecución de delitos graves, y solo cuando sea idónea e imprescindible para la investigación, es decir, cuando para la obtención del fin que se persigue no existan otros medios menos gravosos para el derecho fundamental, todo lo cual habrá de quedar patente a través de la necesaria motivación de la resolución judicial que la autorice.»*

interno, pero abarca también de la calidad de la ley en causa; exigen la accesibilidad de ésta a la persona referida, que, además debe poder prever las consecuencias para ella, y su compatibilidad con la preeminencia del derecho»²⁷;

Ello significa que deberá de ser una norma con rango de Ley, conocida y previsible; presupuestos que en la actualidad reúne la normativa procesal española antes contemplada. No obstante, esto no siempre fue así, y la STEDH de 30 de julio de 1998 (Caso *Valenzuela Contreras* contra España)²⁸, consideró que a pesar de que la intervención de las comunicaciones se encontraba prevista por la Ley, la modificación legislativa incorporada al artículo 579 de la LECrim. por la LO 4/1988, de 25 de mayo, resultaba insuficiente, en cuanto al criterio de «*calidad de la Ley*», que exige la compatibilidad de la norma con su accesibilidad para la persona afectada, y que por esta se puedan prever las consecuencias de su aplicación, y ello lo motiva señalando que,

«no define con precisión la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a una intervención telefónica, ni las condiciones para establecer las actas que consignen las conversaciones interceptadas, ni la utilización y el borrado de las conversaciones»;

en igual sentido se pronunció la STEDH de 18 de febrero de 2003 (Caso *Prado Bugallo* contra España), si bien matizando que la doctrina jurisprudencial del TC y del TS han ido completando estas lagunas²⁹, estableciendo la necesidad de la intervención del Secretario Judicial para dar fe de la veracidad de la prueba.

Este presupuesto también ha sido exigido por la jurisprudencia patria, y así se señaló ya en la STC (Pleno) núm. 49/1999, de 5 de abril³⁰, y en igual sentido podemos señalar la STC 201/2001, de 15 de octubre, en las que se determina que,

«En efecto, ha de destacarse en primer término que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de

²⁷ SSTEDH de 24 de abril de 1990 (Casos *Huvig*, y *Kruslin*), párrafos 26 y 27, respectivamente.

²⁸ Párrafos 53 a 61.

²⁹ Párrafo 31.

³⁰ STC 49/1999, de 5 de abril (Pte. Vives Antón). La Sentencia fue anulada por la STC (2.ª), 202/2001, de 15 de octubre de 2001.

los derechos fundamentales y las libertades pública, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 C.E.), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título 1, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10). Esa doble función de la reserva de ley constituye, en el caso del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas una doble perspectiva de análisis. Desde el primer punto de vista, es decir, desde la exigencia de que una norma legal habilite la injerencia, parece difícil negar que la propia Constitución contiene tal habilitación: desde esta perspectiva, los Jueces y Tribunales pueden, pues, acordarla, cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes (STC 22/1984, fundamento jurídico 3.º).»

Sentado esto, la sentencia, procedió a la estimación del recurso fundándolo en la ausencia de «calidad» de la norma, por falta de accesibilidad o de previsibilidad³¹ de la misma.

³¹ «Sin embargo, desde las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, es también patente que el art. 18.3 C.E., al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la intervención telefónica, resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador (SSTC 131/1997, fundamento jurídico 7.º y 151/1997, fundamento jurídico 4.º). En diversas ocasiones, y ya desde nuestras primeras Sentencias (vid., v.g., SSTC 61/1981, 86/1982, 183/1984, entre otras), hemos afirmado que la reserva de ley no es una mera forma; sino que implica exigencias respecto al contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate. Y, así, si bien es cierto que las exigencias de certeza no son las mismas cuando se trata de imponer limitaciones a la licitud de la conducta individual que cuando se establecen las condi-

ciones bajo las cuales pueden interceptarse legítimamente las comunicaciones telefónicas (Sentencia del T.E.D.H., de 2 de agosto de 1984, Caso Malone, núm. 67), también lo es que en todo caso el legislador ha de hacer el "máximo esfuerzo posible" para garantizar la seguridad jurídica [STC 62/1982, fundamento jurídico 7.º c)] o, dicho de otro modo, "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STC 36/1991, fundamento jurídico 5.º).

Desde este mismo punto de vista, es decir, desde las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho hemos proclamado el principio de legalidad en el marco de la injerencia en el derecho a la intimidad. Así, en la STC 37/1989, afirmamos que lo que la protección de la intimidad reclama es una decisión judicial motivada en una inexcusable previsión legislativa (fundamento jurídico 7.º). Con ello, afirmábamos, no sólo que la existencia de una previsión legal es inexcusable; sino que la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención. Y en términos semejantes nos expresamos en el ámbito específico del derecho al secreto de las comunicaciones, afirmando que la injerencia estatal en dicho secreto ha de estar presidida por el principio de legalidad (ATC 344/1990 -que invoca la doctrina sentada en la STC 150/1989- y SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3.º; 34/1996, fundamento jurídico 5.º; 49/1996, fundamento jurídico 3.º; 54/1996, fundamento jurídico 7.º; 123/1997, fundamento jurídico 4.º), especificando que el respeto a dicho principio requiere, en este caso, "una ley de singular precisión" (STC 49/1996, fundamento jurídico 3.º).

QUINTO.- Dejando, pues, sentado que es necesaria la intervención de la ley y que la norma legal de que se trate ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, para precisarlas con mayor exactitud, siquiera sea con carácter mínimo, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 C.E., en relación con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, habremos de tener en cuenta la doctrina del T.E.D.H., como hicimos en resoluciones anteriores (por todas, STC 85/1994, fundamento jurídico 3.º).

Pues bien, por lo que respecta a la "accesibilidad" o "previsibilidad", cuando se trata de la intervención de las comunicaciones por las autoridades públicas, el T.E.D.H. ha declarado que "implica que el derecho interno debe usar términos suficientemente claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas" (Sentencia del T.E.D.H., de 30 de julio de 1998, Caso Valenzuela, núm. 46 III, con cita de las resoluciones dictadas en los casos Malone, Kruslin, y Huvig (Sentencia de T.E D H de 24 de abril de 1990), Haldford (S.T.E.D.H., de 25 de mayo de 1998) y Kopp, (Sentencia del T.E.D.H. de 25 de marzo de 1998).

Y, especificando ese criterio, por remisión a lo dicho en las resoluciones de los casos Kruslin y Huvig, el T.E.D.H., en el caso Valenzuela concreta las exigencias mínimas relativas al, contenido o "calidad" de la ley en las siguientes: "la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreesimiento o puesta en libertad" (núm. 46, IV). Se trata, en definitiva, de que la regulación legal ofrezca la "protección adecuada contra los posibles abusos" (Caso Kruslin, núm. 35, y Caso Klass, núm. 50).

Dado que, como indicamos anteriormente, esta doctrina específica remite a los mismos fundamentos de la que genéricamente hemos proclamado, hemos de afirmar ahora que ha de interpretarse conforme a ella lo dispuesto en el art. 18.3 C.E.

2.º) Un segundo presupuesto necesario para realizar la intervención, lo constituye el que la misma se debe de realizar por medio de una resolución judicial, con control judicial sobre su práctica.

Resulta indispensable que la intervención telefónica esté autorizada por un órgano jurisdiccional y en el seno de un procedimiento penal, no caben las escuchas administrativas; y así lo tiene establecido nuestro TC de manera reiterada, entre otras muchas en la STC 239/2006, de 17 de julio, cuando señaló en su FJ 2.º, que será precisa una resolución judicial motivada y proporcionada,

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el juicio sobre la legitimidad constitucional de una medida de intervención de comunicaciones telefónicas exige verificar si la misma se acordó por un órgano judicial, en el curso de un proceso, a través de una resolución suficientemente motivada y con observancia de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, esto es, que su adopción responda a un fin constitucionalmente legítimo, como es la investigación de un delito grave, y sea idónea e imprescindible para la consecución de tal fin, debiendo comprobarse la proporcionalidad de la medida a partir del análisis de las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FFJJ 6 y 7; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9, dictadas por el Pleno de este Tribunal).

En concreto y por lo que interesa al presente recurso, resulta imprescindible a tal fin que el órgano judicial exteriorice –por sí mismo en la resolución judicial o por remisión a la solicitud policial, cuyo contenido puede integrar aquélla– la existencia de los presupuestos materiales de la intervención, esto es, los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre la existencia de un delito grave y sobre la conexión de los sujetos que pue-

Por lo tanto, en el presente caso, al haber tenido lugar la injerencia en el secreto de las comunicaciones entre diciembre de 1986 y abril de 1987, cabe concluir, como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Valenzuela antes citado, que el Ordenamiento jurídico español ni definía las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha, ni fijaba límite a la duración de la medida, ni determinaba las condiciones que hubieran de reunir las transcripciones de las conversaciones interceptadas, ni las relativas a la utilización de las mismas. En consecuencia, la situación del Ordenamiento jurídico español, puesta de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina, y sufrida por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 C.E.»

dan verse afectados por la medida con los hechos investigados, puesto que tales precisiones constituyen el presupuesto habilitante de la intervención y el prius lógico del juicio de proporcionalidad que ha de realizar el órgano judicial (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 82/2002, de 22 de abril, FJ 3; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2)».

No basta con la resolución judicial habilitante para que se adopte la medida limitativa del derecho a la intimidad mediante la interceptación de las comunicaciones, será preciso además que exista un control judicial sobre dicha medida (SSTC 253/2006, de 11 de septiembre y 239/2006, de 17 de julio, por citar las más recientes).

Reserva judicial que incluye cualquier medio de comunicación, así la telefonía inalámbrica (STC 220/2006, y 219/2006, de 3 de julio y 34/1996, de 11 de marzo; 26/2006, de 30 de enero), los mensajes de teléfono móvil (STS de 27 de junio de 2002) los scanner (STC 39/2004, de 22 de marzo; STS de 8 de febrero de 1989), los sistemas de buscapersonas mediante sistemas de telefonía (STEDH de 22 de octubre de 2002. Caso *Taylor-Schורי*); o las comunicaciones a través de «internet».

La resolución ha de ser adoptada por el «juez competente» predefinido por la Ley, con competencia objetiva y territorial; adoptando la forma de auto y dentro de una causa penal (Causa o Diligencias previas, en el proceso penal común, y además Diligencias Preparatorias en el proceso penal militar), así viene señalado entre otras en las SSTS de 18 de octubre y 25 de junio de 1993, siendo criticada su adopción en otro tipo de procedimientos como en las Diligencias indeterminadas (STC 49/1999, de 05 de abril y SSTS de 22 de enero de 1998 y de 18 de octubre de 1995).

3.º) Un tercer presupuesto lógico, es que la medida se adopte de manera individualizada y respecto de un sujeto determinado, esto es, que la medida se adopte sobre un procesado o sobre una persona sobre quién existan indicios de criminalidad, debiendo de estar el sujeto pasivo perfectamente identificado (SSTC 253/2006, FJ 2.º; y 239/2006 FJ 2.º); si bien nada obsta a que se proceda a autorizar la intervención de un teléfono público (STS de 03 de abril de 1998), o de los de una empresa (STC 184/2003, de 23 de octubre), pero siempre en relación con un individuo sospechoso de haber cometido un ilícito penal.

4.º) En lógica con el quebranto del derecho fundamental afectado, la medida no puede ser permanente, ha de estar limitada en el tiempo, se pro-

longará únicamente durante el tiempo que resulte indispensable (SSTC 253/2006 FJ 2, párrafo segundo, 239/2006³², y 17 de enero de 1994), tanto en su adopción inicial, de tres meses, plazo superior al del mes establecido para el secreto sumarial (artículos 118 y 302 de la LECrim.), como en las prórrogas, de otros tres meses, que no pueden hacerse de manera ilimitada o desproporcionada (STS de 25 de junio de 1993).

Estos presupuestos, si los reconducimos a las intervenciones realizadas por los Servicios de Inteligencia, constataremos que no todos concurren; si bien la medida se encuentra prevista por una ley orgánica, y se adopta por medio de una resolución judicial motivada; no se dirige a un sujeto pasivo que se encuentre procesado o sobre el que existan indicios de responsabilidad criminal, pudiendo realizarse sobre cualquier individuo sospechoso de atentar a los bienes jurídicos que se tratan de proteger por el CNI, si bien de manera motivada y para las funciones que tiene legalmente señaladas; tampoco se adopta la medida en el seno de un procedimiento judicial, ni tan siquiera en una investigación por un presunto hecho delictivo, y, lo que es más problemático, el magistrado autorizante no ejerce un control sobre la medida una vez autorizada, más allá de la autorización, o no, de las prórrogas que le sean solicitadas por el Director, y tampoco le son entregados los resultados de la intervención para su valoración, quedando bajo la custodia del Centro que destruirá la información no necesaria.

II.2.2. Requisitos

No solo se han señalado los presupuestos que condicionan la intervención de las comunicaciones, sino que jurisprudencialmente se han ido elaborando unos requisitos que debe reunir la resolución judicial autorizante, requisitos unos de configuración constitucional, y otros de configuración legal; muy brevemente, y con la misma finalidad comparativa, veremos cuales son los que constitucionalmente se han elaborado.

1.º) En primer lugar será necesario de la resolución judicial se encuentre debidamente motivada. El auto (ha de adoptar la forma de auto) por el que se adopte la medida estará motivado; y así lo señala tanto nuestro TC (SSTC 253/2006 y 239/2006; 259/2005, de 24 de octubre; 167/2002, de 18

³² STC 239/2006, de 17 de julio FJ 4.º «para considerar cumplido este requisito es suficiente con que los Autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante de cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones».

de septiembre, o 166/1999, 27 de septiembre), como el TS (SSTS de 11 de diciembre de 1995, 03 de febrero y 25 de octubre de 1996, 27 de febrero y 10 de septiembre de 1997, 20 de febrero y 31 de octubre de 1998, 20 de febrero de 1999, 29 de diciembre de 2000, 18 de julio de 2005, o 17 de julio de 2006). Se precisa la motivación no solo para la autorización, sino también para las prórrogas de la misma, y así la reciente STC 253/2006, señala la doctrina constitucional sobre este requisito:

«Dicha doctrina –como afirmábamos recientemente en la STC, 259/2005, de 24 de octubre FJ 2 – aparece resumida en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2, dictada por el Pleno de este Tribunal, en los siguientes términos: «Este Tribunal ha sostenido que al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, exigida por un interés constitucionalmente legítimo, es inexcusable una adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda, que tiene que ver con la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4).

En este sentido tenemos dicho que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 14/2001, de 29 de enero). Así pues, también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el pro-

cesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

Por otro lado, aunque lo deseable sería que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 5; 235/2006, de 11 de septiembre, FJ2).

No basta con esta motivación inicial, sino que tanto el auto de autorización, como las prórrogas, exigen por parte del órgano judicial un control sobre la intervención que no se agota con la adopción de la medida y obtención del resultado, es preciso que se realice un seguimiento de la misma que garantice que no se excede en su finalidad (SSTC 220/2006, de 3 de julio³³, y otras que la resolución recoge; y del STS 17 de julio de 2006, 22 de junio de 2005, 23 de abril de 2004, o 18 de noviembre de 2003)³⁴.

2.º) La medida no solo ha de estar motivada y controlada, sino que debe de resultar proporcionada para la obtención de prueba en relación con el hecho delictivo a investigar, de entidad suficiente para que justifique suficientemente la limitación de los derechos del sujeto pasivo. Principio

³³ STC 220/2006, de 3 de julio FJ6: *«hemos declarado que el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), para considerar cumplido este requisito es suficiente con que los Autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante dé cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación, que debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5 ; 82/2002, de 22 de abril, FJ 5 ; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12 ; 165/2005, de 20 de junio, FJ 86*

³⁴ STS 17 de julio de 2006 FJ1 *«es perfectamente admisible que el juez controle la intervención mediante la utilización de transcripciones parciales que la Policía aporte, pues, mediante ellas, el Juez puede tomar conocimiento suficiente del desarrollo de la medida y de lo que se ha ido obteniendo mediante la misma».*

de proporcionalidad establecido por la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH 7 de diciembre de 1976, caso *Handy*; 6 septiembre de 1978, caso *Klass*; 2 de agosto de 1984, caso *Malone*; 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times*; 24 de marzo de 1988, caso *Olison*; 21 de junio de 1988, caso *Berrehab*; 24 de abril de 1990, casos *Kuslin y Huvig*; 25 de marzo de 1998, caso *Haldford*; o 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela*).

Y en nuestro derecho las SSTC 81/1998, de 2 de abril, 121/1998, de 15 de junio; 49/1999, de 5 de abril; 200/1997, de 24 de noviembre; 166/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, 236/1999, de 20 de diciembre, 126/2000, de 16 de mayo; 299/2000, de 11 de diciembre; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; y, la tan repetida STC 253/2006, donde se señala,:

«De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva»

Requisito también señalado por el TS, entre otras muchas, en sentencias de 18 de junio de 1992, 25 de junio y 5 de julio de 1993, 25 de marzo de 1994, 6 de febrero de 1995, 10 de septiembre de 1997, o 15 de octubre de 2001 FJ 2.

3.º) Especialidad de la medida a investigar. Debido a la excepcionalidad de la medida, no basta con la necesaria motivación y proporción, sino que se precisa que quede concretado el presunto delito o delitos a investigar, y ello, porque como señala GIMENO SENDRA³⁵, la medida no puede ir dirigida sino a preconstituir la prueba; esto es que el objetivo de la medida debe de ser la investigación concreta penal, sin que queda su adopción para una investigación genérica con el fin de prevenir o descubrir todo tipo de delitos, así se establece en la STC 239/2006, cuando indica:

«Precisando esa relación que ha de constatarse entre la persona y el delito investigados, hemos afirmado que las sospechas, para entenderse fundadas, han de hallarse apoyadas en datos objetivos,

³⁵ Gimeno Sendra. *Op. Cit.* Pág. 3.

en un doble sentido: en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Es necesario examinar si en el momento de pedir y acordar la medida se pusieron de manifiesto ante el Juez no meras suposiciones o conjeturas, sino datos objetivos que permitieran pensar que la línea telefónica era utilizada por personas sospechosas de la comisión del delito que se investigaba y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, pues de otro modo se desvanecería la exigencia constitucional (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 1; 165/2005, de 20 de junio, FJ 4; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2).»

Y en igual sentido el TS en SSTs de 12 de enero de 1995 (Ponente Martín Canivell), y 08 de julio de 1993.

4.º) Se requiere la existencia de indicios delictivos de cierta entidad, no bastando las sospechas infundadas; para ello el Ministerio Fiscal o las fuerzas policiales cuando soliciten una intervención de las comunicaciones deberán de indicar en que basan sus indicios, a fin de que estos puedan ser debidamente valorados por el Juez. Resulta suficiente la existencia de indicios genéricos de la comisión de un hecho delictivo, toda vez que en otro caso la medida no resultaría necesaria al haber prueba bastante.

La resolución judicial debe expresar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5 EDJ).

Y como señala la STC 253/2006 FJ 2,

«también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo»; y más adelante añade, «Estas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 –caso Klass y de 5 de junio de 1992– caso Ludi) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim, en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1 LECrim) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3 LECrim; SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).»

Y en el mismo sentido se pronunció el TS, en la STS de 17 de julio de 2006³⁶.

5.º) También constituye un requisito de configuración constitucional la necesidad de la medida; el auto por que se acuerde la interceptación de las comunicaciones ha de tener un carácter excepcional, no podrá adoptarse de manera ordinaria en la investigación de los delitos dado el grave atentado que supone contra la privacidad del individuo, por ello no solo debe de ser proporcional, sino necesaria.

Así lo ha señalado la doctrina del TEDH (STEDH de 25 de marzo de 1983, caso *Silver y otros*); y la doctrina del TC, ya desde la sentencia

³⁶ STE 17 de julio de 2006: «Las sospechas, para entenderse fundadas, han de hallarse apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido: en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (...) no meras suposiciones o conjeturas, sino datos objetivos que permitieran pensar que la línea telefónica era utilizada por personas sospechosas de la comisión del delito que se investigaba».

13/1985, de 31 de enero, así como en la 253/2006, donde se establece que deben de expresarse las *«razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención»*, siguiendo la doctrina sentada por el TC, la medida deberá de ser necesaria para obtener un fin constitucionalmente legítimo (SSTC 85/1994, de 14 de marzo; 54/1996, de 26 de marzo; 123/1997, de 1 de julio; 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre³⁷, 202/2001, de 15 de octubre)³⁸.

6.º) El último de los requisitos, viene denominado por la doctrina la conexión de antijuridicidad. Ello supone que la adopción de la medida por el órgano judicial ha de ir dirigida a la obtención de prueba válida, no puede acordarse para otro objeto que no sea el del proceso abierto, con la finalidad de obtener prueba lícita para su utilización por el juzgador a la hora de formar su convicción (SSTC 81/1998, de 2 de abril; 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre, 259/2005 de 14 de octubre; 219/2006 y 220/2006, de 3 de julio); en otro caso la prueba deberá de rechazarse (SSTS de 27 de octubre de 1993, 10 de septiembre de 1997, 29 de julio de 1998, 09 de diciembre de 2004, 13 de diciembre de 2005, o de 04 de abril de 2006).

Con posterioridad a la resolución judicial, las escuchas realizadas deben de poder incluirse en el acervo probatorio común, lo que únicamente se producirá, tras realizarse la intervención con todas las garantías legales y constitucionales, si se hacen llegar *«para la íntima convicción de los jueces»* una vez que garantemente se revisen y analicen en el juicio oral. Con ello la medida no solo sirve de medio de investigación policial o judicial a los fines de instrucción del procedimiento, sino que ha de servir de medio de prueba en la vista oral. Como señala la STS de 27 de octubre de 1993, *«para que lo conseguido a través de estas intervenciones telefónicas pueda servir como medio de prueba para el juicio oral, es necesario, además, que se acredite el contenido de las conversaciones grabadas en estas intervenciones, para que puedan quedar concretados los extremos de hecho a que se refieren»*.

³⁷ STC 166/1999, de 27 de septiembre: *«En tercer lugar, afecta a la legitimidad de la decisión la falta de necesidad estricta de la medida; es decir, puede ser constitucionalmente ilegítima, dado su carácter prescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio (SSTC 54/1996, fundamento jurídico 8.º, 49/1999, fundamentos jurídicos 7.º y 8.º).»*

³⁸ En igual sentido SSTS de 6 de febrero de 1995 y 25 de junio de 1993.

III. EL SERVICIO DE INTELIGENCIA EN ESPAÑA: NECESIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS ACTIVIDADES

Una vez analizados, siquiera brevemente, los presupuestos y requisitos que para la validez de una interceptaciones de las comunicaciones se exigen, y en concreto el riguroso control judicial al que debe someterse esta medida limitativa de un derecho fundamental; pasaremos a estudiar el control judicial previo al que se someten los Servicios de Inteligencia, tras la promulgación de la LO 2/2002, de 6 de mayo, y de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladoras del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (CNI).

Haremos un breve esbozo, en primer lugar, de la situación existente con anterioridad a la creación del CNI, fundamentalmente con los importantes problemas y alarma social que la actuación del Centro Superior de Investigación de la Defensa (CESID) generaron debido a la falta de control judicial de sus actividades, y las principales resoluciones judiciales que en las Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, enjuiciaron ciertas intervenciones realizadas mediante la escucha y grabación de conversaciones telefónicas sin autorización judicial, para finalizar con el estudio del «*control judicial previo*» que ha sido regulado por la Ley Orgánica 2/2002.

III.1. LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA ANTES DE LA CREACIÓN DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

La historia de los servicios secretos es tan antigua como la propia Historia³⁹, y la necesidad de poseer información para vencer al enemigo existe desde el principio de los tiempos y ya fue reflejada, por ejemplo, en los textos del inmemorial Sun Tzu («*Conoce al enemigo y concóctete a ti mismo, lograrás cien victorias en cien batallas*»)⁴⁰.

No obstante haberse utilizado en todas las contiendas bélicas, su desarrollo y lo que le ha dotado de relevancia, se dio fundamentalmente tras la II Guerra Mundial, especialmente entre las naciones en conflicto y muy singularmente durante la llamada «*Guerra Fría*», generalizándose su utilización en otros ámbitos de la vida y de la sociedad, dejando de ser sólo

³⁹ Véanse los antecedentes y legislación en: www.cni.es

⁴⁰ Sun Tzu. «*Los trece artículos sobre el arte de la guerra*». Edit. Ministerio de Defensa. Madrid, 1988.

objetivos de naturaleza militar para ser también civiles, produciéndose una unión entre ambos en lo que se ha dado en llamarse «*Comunidad de Inteligencia*».

En España, no resulta fácil encontrar antecedentes históricos de un Servicio de Inteligencia, tan solo queda constancia de su utilización en acontecimientos concretos, como la Guerra de la Independencia, las Guerras Carlistas o las Campañas de Ultramar y Marruecos, actuaciones que no tuvieron continuidad en el tiempo.

Para encontrar un primer intento de creación de un Servicio de Inteligencia en España debemos remontarnos a 1935, cuando por el Gobierno de la Segunda República se planteó la conveniencia de articular un Servicio de Información dependiente del entonces Ministerio de la Guerra, Servicio de casi nula actividad al coincidir su funcionamiento con el inicio de la contienda bélica.

Tras la guerra civil (1936-1939), no se creó un solo servicio de inteligencia, sino que justificados en su especialización inicial, coexistieron hasta ocho servicios diferentes, mayoritariamente volcados en obtener información interior para la seguridad interior del Estado, de entre ellos destacan:

- El *Servicio de Información del Movimiento*. Se ocupaba de la información política en todo el territorio del Estado y estaba encuadrado en la Secretaría General del Movimiento Nacional.
- El *Servicio de Información de la Dirección General de Seguridad*. Se ocupaba de la investigación de los entonces denominados delitos político-sociales, en colaboración con el Servicio de Información de la Guardia Civil.
- Los Servicios de Información del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. Se denominaron también Segunda bis y estaban adscritos a las *Segundas Secciones* (Inteligencia) de los respectivos Cuarteles Generales.
- Los Servicios de Inteligencia Exterior y de Contrainteligencia. Dependientes de la Tercera Sección (Operaciones) del Alto Estado Mayor.

No es hasta 1972 cuando se produce un primer intento de establecer un Servicio de Inteligencia unificado, mediante la promulgación del Decreto n.º 511/1972, de 22 de enero, que creó el Servicio Central de Documentación, el SECED, que se constituyó como Dirección General en el seno de la Presidencia del Gobierno, con dependencia directa del Ministro Subsecretario de la Presidencia, teniendo como misión principal la «*contra subversión*», esto es el control y vigilancia de los opositores al Gobierno.

Todos estos Servicios se dedicaban a obtener información, fundamentalmente dirigida al mantenimiento de la seguridad interior del Estado y la pervivencia del régimen político, no estando sometida su actuación a control ni a garantía alguna que salvaguardase, siquiera fuera mínimamente, los derechos de las personas sometidas a vigilancia, no existía un control judicial, ni tampoco podía haberlo político al formar parte de la maquinaria política de represión y autodefensa del propio régimen.

Tras la celebración de las primeras elecciones generales de la democracia, nace por Real Decreto 1558/77, de 4 de julio⁴¹, el que sería el primer Servicio de Inteligencia de carácter Nacional, bajo la denominación de Centro Superior de Información de la Defensa, el CESID, y dependencia del Ministro de Defensa (artículo 5); y por Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre⁴², se establecieron las funciones a desarrollar por el CESID, sería el órgano encargado de «*obtener, evaluar, interpretar y facilitar al ministro de Defensa cuanta información fuera necesaria o interesara a la Defensa Nacional*», atendiendo prioritariamente a las necesidades de la Junta de Jefes de Estado Mayor, sin que en dicha normativa se estableciera control alguno judicial o parlamentario. Estamos ante un Servicio de Inteligencia, esencialmente militar y estructurado en el ámbito del Ministerio de Defensa, con Directores y agentes fundamentalmente militares.

Sus prioridades quedaron definidas en el Real Decreto 726/1981, de 27 de marzo⁴³, en cuyo artículo 21.1 se señalaba que «*El Centro Superior de Información de la Defensa será el órgano encargado de obtener, evaluar, interpretar y facilitar al titular del Departamento cuanta información sea necesaria e interese a la Defensa Nacional y al cumplimiento de las misiones que a las Fuerzas Armadas encomienda el art. 8.º de la Constitución, atendiendo prioritariamente a las necesidades de la Junta de Jefes de Estado Mayor.*»

Esta labor se completó con la Orden Ministerial 135/1982, de 30 de septiembre, por la que se regulaba la Estructura y Relaciones que ha de mantener el Centro Superior de Información de la Defensa⁴⁴, como órga-

⁴¹ Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se reestructuran determinados órganos de la Administración central del Estado. BOE 159/1977, de 5 de julio de 1977.

⁴² Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre, por el que se estructura orgánica y funcionalmente el Ministerio de Defensa. BOE 265/1977, de 5 de noviembre de 1977.

⁴³ Real Decreto 726/1981, de 27 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre, que estructura orgánica y funcionalmente el Ministerio de Defensa. BOE 96/1981, de 22 de abril de 1981.

⁴⁴ BOE 254/1982, de 23 de octubre de 1982

no encargado de satisfacer las necesidades de información del Presidente del Gobierno para el ejercicio de las funciones de dirigir y coordinar la acción de Gobierno en materia de defensa, y del Ministro de Defensa para la ordenación y coordinación inmediata de dicha política y la ejecución de la política militar (artículo 1.º).

Posteriormente, el Real Decreto 135/84, de 25 de enero⁴⁵ lo definió como «*el órgano de información del Presidente del Gobierno para el ejercicio de sus funciones de dirección de la política de defensa y de coordinación del Gobierno en la Defensa del estado, y del Ministro de Defensa en el ejercicio de las funciones que le corresponde en materia de política de defensa y política militar*» (artículo 17.1), tampoco en esta ocasión se estableció control judicial alguno, aunque cabría el Parlamentario, si bien limitado, por el carácter secreto de la información.

III. 2. LA NECESIDAD DE SOMETER A CONTROL JUDICIAL LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS DEL CESID

Es fundamentalmente durante los años 80 cuando se realiza la mayor crítica a la actuación de los Servicios de Inteligencia, y en concreto a diversas actuaciones del CESID, lo que motiva importantes resoluciones judiciales que dejan ver la necesidad imperiosa de establecer un sistema de control judicial de sus actividades, que resulte compatible con su misiones.

Ya en el TEDH se discutió la necesidad de conciliación del derecho de los Estados a protegerse mediante sus Servicios de Inteligencia para defender su seguridad interna y externa, y el respeto a los derechos reconocidos en el CEDE, y en concreto, del derecho a la intimidad personal del que es reflejo la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas. La STEDE de 06 de septiembre de 1978 (Caso *Klass y otros contra Alemania*), debatió si la legislación de la República Federal Alemana reguladora de sus Servicios de Inteligencia era acorde con el artículo 8 del Convenio; la Corte estableció que:

«considera inherente al sistema de la Convención una cierta forma de conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y los de la salvaguarda de los demás derechos indivi-

⁴⁵ Real Decreto 726/1981, de 27 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre, que estructura orgánica y funcionalmente el Ministerio de Defensa. BOE 96/1981, de 22 de abril de 1981

duales (cif. Mutantis mutandis, el caso «lingüística belga» de 23 de julio de 1968, serie A n.º 6, p. 32, par. 5). De manera que la declaración del Preámbulo de la Convención «el sometimiento (de las libertades fundamentales) reposa esencialmente sobre un régimen político verdaderamente democrático, de un lado, y de otro lado, sobre una concepción común y un común respeto de los Derechos del Hombre del que (los Estados contratantes) se reclaman».

En el contexto del artículo 8 de la CEDH ello significa que resulta necesario encontrar un equilibrio entre el ejercicio de los derechos del individuo, que le son garantizados en el artículo 8.1, y la necesidad, según el párrafo 2, de imponer una vigilancia secreta para proteger a la sociedad democrática en su conjunto⁴⁶.

La sentencia referida, si bien consideró que no se había vulnerado el derecho a pesar de no existir un control judicial sobre las intervenciones telefónicas practicadas por los Servicios de Inteligencia alemanes, considerando suficiente a los efectos de conciliación de los intereses en conflicto, el control administrativo y político, «un primer control ejercido por un funcionario que posea las cualificaciones requeridas para el acceso a la magistratura, así como el control asegurado por el comité de cinco parlamentarios y la comisión G 10»⁴⁷; estimó deseable que el ejercicio de dicho control fuera realizado por un órgano judicial⁴⁸.

En nuestro país, y en el sentido sobre la valoración de ambos derechos, el derecho a la privacidad de los ciudadanos y la defensa de la seguridad del Estado, y su la preeminencia de uno sobre el otro, ha tenido oportunidad de pronunciarse nuestro TS, con respecto a las actividades del CESID así en la STS de 27 de septiembre de 2006 (Ponente Monterde Ferrer), en su FJ 1, señala:

«Las funciones que se le atribuían al CESID en las disposiciones vigentes, de rango reglamentario, en la época de los hechos, están claramente orientadas a la finalidad de protección de la seguridad y defensa del Estado, de manera que no es posible sostener que cualquier actuación que pudiera llevar a cabo cualquier funciona-

⁴⁶ Párrafo 59 y 60 de la STEDH de 06 de septiembre de 1978.

⁴⁷ Párrafo 56.

⁴⁸ «La Corte considera en principio deseable que el control sea confiado a un juez en un territorio donde los abusos son potencialmente tan comunes en casos individuales y podrían entrañar consecuencias perjudiciales para la sociedad democrática en su conjunto». Párrafo. 56., párrafo 2).

rio del Centro, fuera a quedar automáticamente protegida (...). Por el contrario, ha de entenderse que quedarían excluidas aquellas que claramente excedieran de esas funciones (...)».

Con ello, nuestro TS, ha optado por dar preferencia al derecho al secreto de las comunicaciones y la intimidad personal, frente a las actuaciones de los Servicios de Inteligencia, salvo que exista una resolución judicial autorizante de tan excepcional medida.

En España hasta la actual Ley 11/2002, complementada por la LO 2/2002, no se había establecido la existencia de control judicial alguno sobre las intervenciones telefónicas de los Servicios de Inteligencia, existía un vacío legislativo complementado por la escasa jurisprudencia existente, colocando sus actividades al margen de la ley, lo que motivó algunos excesos en las intervenciones del Centro. De otro lado, conviene aclarar que todo lo que digamos se refiere a los órganos estatales de inteligencia dependientes del Gobierno, no a los demás Servicios (en el seno de las Fuerzas Armadas y dentro de la denominada «Comunidad de Inteligencia Militar» se encuentran: el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas⁴⁹ –CIFAS–; o

⁴⁹ EL CIFAS: El Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas es fruto de las recomendaciones de la Comisión para la Racionalización de la Inteligencia en las fuerzas Armadas (CORIFAS), creado por la directiva interna 20/2000, que establece las fases para su implantación, es mencionado en la Revisión Estratégica de la Defensa del año 2000, y es uno de los objetivos de la reciente Directiva de Defensa Nacional 1/2004: "*La unificación de los servicios de inteligencia militares en el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, así como la coordinación de su actuación con el Centro Nacional de Inteligencia*". El Real Decreto 1551/2004, de 25 de junio, (BOD 154/2004, de 25 de junio) lo sitúa dentro del Estado Mayor de la Defensa: (artículo 2.3.b) "*En el Estado Mayor de la Defensa se encuadra el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, órgano responsable de facilitar la inteligencia militar precisa para alertar sobre situaciones de interés militar, con riesgo potencial de crisis, procedentes del exterior, y prestar el apoyo necesario a las operaciones; y la Orden Ministerial DEF/1076/2005, de 19 de abril, por la que se desarrolla la estructura del Estado Mayor de la Defensa, desarrolla la nueva estructura de inteligencia militar, si bien la organización y funciones específicas del CIFAS, se han detallado en un Anexo con el carácter de Clasificado.*

El CIFAS esta dirigido por un General y tiene dependencia directa del Jefe del Estado Mayor de la Defensa (JEMAD), el cual a su vez informa al Ministro de Defensa. Está integrado en la "Comunidad de Inteligencia", y en una posición de cierta subordinación al Centro Nacional de Inteligencia, ya que:- El CIFAS tendrá carácter complementario del CNI en materia de Inteligencia Militar. -Recibirá Directrices del CNI, en materia de coordinación y cooperación. -El CNI supervisará el "*Plan Conjunto de Inteligencia Militar*". - El CIFAS no tendrá una representación directa ante la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia, siendo el Director del CNI quien informa sobre el CIFAS.

Forma parte de la Comunidad de Inteligencia y, en materia de inteligencia militar, tiene carácter complementario del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) quien supervisará el «*Plan Conjunto de Inteligencia Militar*» y dará las directrices que procedan a los efectos de coordinación y cooperación.

los Servicios de Inteligencia de los Cuarteles Generales de los Ejércitos⁵⁰), o Servicios de Inteligencia Policiales⁵¹, si bien estos últimos dedicados a la prevención del delito actuarán siempre dentro de un procedimiento penal y con autorización judicial.

El Secretario de Estado Director del CNI como Autoridad Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia informará de las actividades del CIFAS a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia.

Entre sus Funciones: 1) Facilitar la inteligencia militar precisa para alertar sobre situaciones de interés militar, con riesgo potencial de crisis al Jefe del Estado Mayor de la Defensa y al Ministro de Defensa. 2) Dirigir la explotación de los sistemas conjuntos y específicos de inteligencia y guerra electrónica, salvo en materia de telecomunicaciones, ya que la Orden Ministerial DEF/1076/2005, le atribuye a la Jefatura de Sistemas: efectuar las actividades necesarias para la explotación y sostenimiento de la red conjunta de telecomunicaciones militares y el sostenimiento de *los sistemas de información, inteligencia, guerra electrónica, gestión y tratamiento de imágenes, de carácter conjunto*, y el de las infraestructuras en que se sustentan, que sean responsabilidad del JEMAD. 3) Proporcionar a los jefes de Estado Mayor de los Ejércitos y la Armada la inteligencia necesaria, inteligencia estratégica y especialmente operativa ya que la inteligencia táctica es función de la secciones de inteligencia de los Ejércitos. 4) Relacionarse y colaborar con organizaciones homologas (como el SIEDM portugués, el SISMI italiano, la DIA norteamericana, etc...) y organismos supranacionales (La OTAN, la Unión Europea). si bien a efectos de información clasificada el Director del CNI como Autoridad Nacional de Seguridad Delegada (ANS-D), es su receptor formal, el JEMAD mantiene enlace y representación ante: el Comité Militar de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, el Comité Militar de la Unión Europea, la Representación Militar Nacional ante el Comandante Supremo Aliado en Europa, etc...

El CIFAS fue fruto de las recomendaciones de la Comisión para la Racionalización de la Inteligencia en las fuerzas Armadas (CORIFAS), creado por la directiva interna 20/2000, que establece las fases para su implantación, es mencionado en la Revisión Estratégica de la Defensa del año 2000, y es uno de los objetivos de la reciente Directiva de Defensa Nacional 1/2004: "*La unificación de los servicios de inteligencia militares en el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, así como la coordinación de su actuación con el Centro Nacional de Inteligencia*".

⁵⁰ El Centro de Inteligencia y Seguridad del Ejército de tierra CISET, con las siguientes funciones: Inteligencia, planificación de las necesidades del Ejército de Tierra, coordinación con el CIFAS, producción de inteligencia táctica y estratégica dentro de su área. Contrainteligencia .Y seguridad, dentro de su ámbito de actuación. La Sección de Inteligencia de la Armada (SIEMON). Y la Sección A2 de Inteligencia del Estado Mayor del Ejército del Aire.

⁵¹ En el Ministerio del Interior, el Gobierno creo mediante el Acuerdo del Consejo de Ministros del 28 de Mayo de 2004, el Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista (CNCA), que busca el tratamiento integrado de la información estratégica relativa al terrorismo, tanto en su proyección nacional como internacional, esta inspirado en el Centro Conjunto de Análisis del Terrorismo: Joint Terrorism Analysis Centre (JTAC), Británico, existe igualmente un organismo similar en Estados Unidos: National Counter-Terrorism Centre (NCTC). En la Secretaría de Estado de Seguridad se creó el Centro de Inteligencia del Crimen Organizado, en el Dirección General de la Policía, la Comisaría General de Información; y en el Guardia Civil, el Servicio de Información de la Guardia Civil. La División de Información de la Comisaría General de Investigación Criminal de los Mossos d'Esquadra; la Unidad de Información y Análisis de la Ertzaintza; o la División de Información de la Policía Foral Navarra.

Los Servicios Militares de Inteligencia para la realización de estas intervenciones carecen de una cobertura legal similar al CNI, por lo que en sus actividades, cuando supongan el quebrantar el derecho a la intimidad de los ciudadanos, bien sea mediante la realización de una entrada y registro en domicilio, bien mediante una interceptación de las comunicaciones, deberán contar con la preceptiva autorización y control judicial, autorización que dado que sus misiones no se dirigen, a diferencia de las de los Servicios de Seguridad, a la prevención del delito, ni se realizarían en el seno de un procedimiento judicial, no se autorizarían por el órgano judicial; siendo esto así, y dada la dependencia que estos Servicios tienen del CNI, consideramos que cuando por razón de las funciones que tienen encomendadas precisen realizar alguna de estas intervenciones, deberán de poner la medida en conocimiento del Director del CNI, que será quién valorando o no su pertinencia, asumirá la competencia para realizar la entrada o escucha, en función de la necesidad de la misma para la Seguridad y Defensa del Estado, interesando del magistrado la correspondiente autorización.

Ciertas actividades del CESID, en materia de escuchas telefónicas a particulares, hicieron que se colocaran las actividades del Centro bajo sospecha generando una gran alarma social, actuaciones que acabaron siendo investigadas judicialmente y resueltas por los Tribunales.

En este sentido, merece resaltarse, en primer lugar, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15) de 10 de mayo de 1996; resolución que revocó el Auto dictado por el Juez de Instrucción de fecha 06 de febrero de 1996, por el que se archivaban las actuaciones incoadas con motivo de la denuncia de las intervenciones telefónicas realizadas por funcionarios del CESID, mediante la escucha y grabación de conversaciones privadas de ciudadanos, carentes de autorización y control judicial, resolución del Juzgado que se había fundamentado en la «*necesidad de proteger intereses vitales*», y en que los Servicios de Inteligencia han de ser «*capaces de alertar a las máximas autoridades sobre los peligros que se vierten sobre la Nación*». La AP de Madrid, en contra del criterio sostenido por el Ministerio Fiscal que tan solo apreciaba delito sobre uno de los imputados y solicitó el sobreseimiento libre de los demás, argumentó⁵², aplicando la doctrina del TEDH, que las intervenciones telefónicas se realizaron «*sin la existencia de una ley que autorizase esas interceptaciones y grabaciones, y sin ninguna clase de autorización ni de control judicial, afectando a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.3 de*

⁵² FJ 3.

la CE»; la resolución añadía que si bien es cierto que la Orden de 30 de septiembre de 1982 del Ministerio de Defensa, regulaba el CESID y le atribuía la misión de obtener información acerca de los posibles ataques a la unidad de la Patria y la estabilidad de las instituciones fundamentales del Estado; ello no le otorgaba la «*facultad de interceptar los teléfonos de los ciudadanos, ni de grabar y archivar sus conversaciones*», procediendo a admitir parcialmente los recursos presentados y a revocar el auto de archivo.

Mayor trascendencia tuvo el conocido como «*Caso CESID*», contra los que fueron Jefe del Departamento de Acción Operativa y Director del Centro, por las escuchas telefónicas a un gran grupo de personas públicas y privadas.

En Sentencia de la AP de Madrid (Sección 15), de 26 de mayo de 1999 (Ponente Andrés Ibáñez), condenó a los encausados como autores de un delito continuado de interceptación ilegal de las comunicaciones telefónicas del artículo 192 del CP de 1973 (tipo penal más favorable), en su modalidad de utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido; al haber procedido a la escucha y grabación de multitud de conversaciones, sin autorización judicial, entre ellas de SM el Rey, Ministros, parlamentarios, vocales del CGPJ y civiles, considerando que no concurría causa de justificación alguna en razón a la «*seguridad del Estado*».

Contra la citada Sentencia de la AP se interpuso recurso de casación ante la Sala Segunda del TS, que dictó resolución con fecha 22 de marzo de 2001 (Ponente Martín Pallín) desestimando el recurso y confirmando íntegramente la sentencia del Tribunal «*a quo*». La sentencia fue nuevamente recurrida ante el TC, quién por STC de 22 de marzo de 2004 (Ponente Jiménez Sánchez), estimó parcialmente el recurso si bien con base a la contaminación procesal o falta de parcialidad de uno de los magistrados de la AP de Madrid.

Vueltas las actuaciones a la Audiencia, la Sala Segunda dictó nueva sentencia con fecha 04 de abril de 2005, condenando por el precitado delito del artículo 192 del anterior CP a los miembros del CESID, resolución que fue nuevamente recurrida ante el TS, quién dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 2006 (Ponente Colmenero), confirmando la resolución del Tribunal de instancia, y la condena motivada en la falta de autorización y de control judicial de las escuchas del Centro.

Un último asunto al que hacer referencia lo fue el de las escuchas telefónicas realizadas por el CESID en una sede de la coalición «*Herri Batasuna*». El procedimiento se inició en el Juzgado de Instrucción 2 de Vito-

ria, ante la denuncia formulada por integrantes de dicha formación política por la sospecha de tener interceptadas sus comunicaciones telefónicas, comprobándose que la misma se realizaba por agentes del CESID; elevadas las actuaciones a la AP de Álava, dictó sentencia el 04 de abril de 2003, condenando al Director del Centro y a varios agentes como autores de un delito de interceptación ilegal de las comunicaciones.

La resolución fue recurrida en casación por los condenados, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, dictando el TS sentencia con fecha 31 de marzo de 2004 (Ponente Granados Pérez), en la que se estimó el recurso al considerar que se había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los condenados, dictando nueva sentencia absolutoria.

En todas estas resoluciones se constató la actuación al margen de la legalidad de los Servicios de Inteligencia, generando una difícil situación toda vez que de un lado, al no establecerse en ninguna de sus normas el sometimiento de sus actuaciones a control judicial, todas las intervenciones telefónicas realizadas resultarían delictivas; y de otro lado, su actividad resultaba necesaria para la defensa y seguridad del Estado. Ante la difícil situación de los Servicios el legislador mediante la LO 2/2002 y la Ley 11/2002, estableció un sistema de cobertura legal a sus intervenciones, dotándolas de un procedimiento de autorización judicial.

IV. EL CONTROL JUDICIAL PREVIO DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS DEL CNI⁵³

Fue a través de la Ley 11/2002, reguladora del CNI y de la LO 2/2002, relativa al «*control judicial previo*», cuando se ha instaurado por primera vez el control judicial de las actividades del Servicio de Inteligencia español, para que pueda realizar su actividad con respeto a los derechos fundamentales de los que gozan los ciudadanos, obteniendo

⁵³ En Europa existen otros Servicios de Inteligencias; así en Alemania el Bundesnachrichtendienst BND, Servicio Federal de Inteligencia; en Austria: Generaldirektion für die Öffentliche Sicherheit, Dirección General de Seguridad Pública y Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung BVT, Oficina Federal de Protección de la Constitución y de Lucha contra el Terrorismo. En Bélgica, la Surete de l'Etat SE, Agencia Federal de Inteligencia y Seguridad; en Francia, la Direction Generale de la Securite Exterieure DGSE; en Italia el Comitato esecutivo per I servizi di informazione e di sicurezza CESIS; en Portugal, el Sistema de Informaciones de la Republica Portuguesa SIRP ; en el Reino Unido, el Security Service MI5; en Rusia, el Sluzhba Vneshney Razvedki SVR, Servicio de Inteligencia Exterior; y en el seno de la Unión Europea, el Situation Center SIT-CEN, Centro Conjunto de Situación para el Análisis de La Inteligencia.

informaciones tendentes a «prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones» (artículo 1 de la Ley 11/2002) ⁵⁴; y en la Exposición de Motivos de la LO se señala que para las actividades que puedan afectar al «secreto de las comunicaciones, la Constitución española exige en su artículo 18 autorización judicial, y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales exige que esta ingerencia esté prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito».

La ley 11/2002, en su artículo 12, bajo la rúbrica «Control judicial previo», estableció que «El control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia se llevará a cabo en la forma prevista en la Ley Orgánica reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, complementaria de la presente Ley»; control judicial que se reglamentó en la citada LO 2/2002, en los siguientes términos:

«Artículo Único.»Control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia»

1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo com-

⁵⁴ Artículo 4: Para el cumplimiento de sus objetivos, el Centro Nacional de Inteligencia llevará a cabo las siguientes funciones: a) Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional. b) Prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población c) Promover las relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de Organismos internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos. d) Obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico, para el cumplimiento de los objetivos de inteligencia señalados al Centro. e) Coordinar la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garantizar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito, informar sobre la adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal, propio o de otros servicios de la Administración, especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro f) Velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada. g) Garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales.

petente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro.

2. La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá los siguientes extremos:

a) Especificación de las medidas que se solicitan.

b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas.

c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse.

d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

3. El Magistrado acordará, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o no de la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, por motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud de autorización del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia que, en todo caso, contendrá los extremos especificados en el apartado anterior de este artículo.

El Magistrado dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto.

4. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma.»

A la vista de esta regulación, lo primero que deberemos señalar es que no nos encontramos ante un sistema de protección de los derechos fundamentales frente a la actividad del CNI, no parece ser esta la pretensión; el sistema establecido, valorando las altas misiones que tiene encomendadas en aras a garantizar la Seguridad del Estado (artículo 4 de la Ley

11/2002)⁵⁵, y el respeto a los derechos fundamentales contenidos en la CE, establece un sistema de equilibrio en el que se establece la necesidad de contar con control judicial previo únicamente para las actividades en las que se pueda afectar al derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones; autores como DE LA OLIVA⁵⁶, señalan que este control judicial debería de haberse establecido con una mayor amplitud, y amparar plenamente el derecho a la propia imagen, no solo los dos supuestos regulados.

La LO 2/2002, en su tramitación parlamentaria contó con el apoyo mayoritario de los Grupos políticos (PSOE, PP, CIU, y Coalición Canaria), lo que nos da cuenta del alto consenso alcanzado. No obstante y fundamentalmente desde el Grupo Mixto, tanto en el Congreso de los Diputados⁵⁷ como en el Senado⁵⁸, se plantearon numerosas enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica, que no fueron aprobadas por la mayoría, tendentes a ampliar las garantías, el control judicial, la motivación en las peticiones del Director del CNI, o en las resoluciones, y control posterior del magistrado; tratando, por un lado, de establecer en la norma criterios de «*ponderación de los riesgos para los intereses generales del Estado español y los peligros para los derechos fundamentales de los ciudadanos*», así como la comunicación a los individuos afectados, una vez cesase la medi-

⁵⁵ Artículo 4, L 11/2002: «a) Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional. b) Prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población. c) Promover las relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de Organismos internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos. d) Obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico, para el cumplimiento de los objetivos de inteligencia señalados al Centro. e) Coordinar la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garantizar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito, informar sobre la adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal, propio o de otros servicios de la Administración, especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro. f) Velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada. g) Garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales.»

⁵⁶ *Op. Cit.* Pág. 153.

⁵⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Núm. 58-5, 121/000058. Proyecto de Ley. 7 de febrero de 2002.

⁵⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Núm. 55 ©, de 2 de abril de 2002. 621/000055. Proyecto de Ley Orgánica reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

da, de su adopción a fin de que puedan poner en marcha los «*procedimientos judiciales y constitucionales de protección de los derechos fundamentales, así como de cualesquiera acciones judiciales*»⁵⁹; o que la autorización se concediera únicamente «*cuando previamente se hayan mostrado como ineficaces o inaplicables otras medidas y medios de actuación que no requieran excepcionalidad alguna*»⁶⁰. Este control judicial se pretendió, sin éxito, extender a la fase posterior a la autorización, así como a que el Director del CNI se viera obligado a informar periódicamente al Magistrado de los avances obtenidos, pudiendo ordenar el levantamiento de la medida en atención a «*la variación en el tiempo del citado principio de proporcionalidad*»⁶¹.

También y por los Grupo de los Nacionalistas Vascos, se pretendió que el «*control judicial*» regulado por la norma, no quedara en manos de un único magistrado del Tribunal Supremo, sino por una comisión mixta que estuviera compuesta por «*1 magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 1 magistrado del Tribunal Constitucional y 1 Fiscal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*»⁶², o La Sala competente del TS, «*dentro de las que se rotará entre sus miembros*»⁶³.

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en el Congreso, señaló la necesidad de establecer un procedimiento judicial, no considerando como tal el establecido en el Proyecto, al que señala como «*nominalmente llamado control judicial previo*», plagado de «*lagunas y peligros para el Estado de Derecho*»⁶⁴, criticando el sistema en base a que «*No conocemos el orden jurisdiccional en el que se tramitarán los procedimientos judiciales de enjuiciamiento de la actividad del CNI, no conocemos el parámetro procedimental y legal que será utilizado por el «superjuez» de autorizaciones, no conocemos cuales son los derechos de los ciudadanos que sean espionados para reaccionar de forma jurídica contra lo que consideren violaciones de des derechos*». Críticas que fueron seguidas, mediante la presentación de numerosas enmiendas por el Bloque Nacionalista Gallego, Chunta Aragonesista, Esquerra Republicana de Catalunya, o el Grupo Nacionalista Vasco (EAJ-PNV), intentando que en la Ley se regulara con

⁵⁹ Enmiendas núms. 4 y 5 en el Senado de D. Manuel Cámara Fernández y D. José Cabrero Palomares (Senadores de Izquierda Unida).

⁶⁰ Enmienda núm. 13. Del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria..

⁶¹ Enmienda núm. 26 de l Grupo Parlamentario de Senadores del PNV.

⁶² Enmienda núm. 9 Senado de D.^a Inmaculada de Boneta y Piedra, por Eusko Arka-tasuna.

⁶³ Enmienda núm. 23 de l Grupo Parlamentario de Senadores del PNV.

⁶⁴ Enmienda núm. 2 Congreso. Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida.

mayores garantías el control judicial previo, se pudiera revisar la actuación del Centro, y el órgano jurisdiccional autorizante lo fuera un órgano colegiado, o la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Tras la promulgación de la LO 2/2002, y desde el Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso de los Diputados, se presentó con fecha 24 de febrero de 2005, una moción de la Diputada de *Eusko Alkartasuna* Begoña LASAGABASTER OLIAZÁBAL⁶⁵, a fin de que en un plazo no superior a un año se procediera a la modificación de la Ley 11/2002, y de la LO 2/2002, en la que, y en relación con el «control judicial previo», se insiste en que la autorización deberá ser otorgada «por decisión colegiada de una Comisión en la que esté representado un magistrado del Tribunal Constitucional, un magistrado del Tribunal Supremo y el Ministerio público»; así como que el control por la Comisión sobre la medida debiera de contar con tres estadios: «Cuando se ordenan, cuando se llevan a cabo, cuando han cesado».

El Anteproyecto de LO 2/2002, contó, además, con el preceptivo informe, no vinculante, del CGPJ (Ponentes: Enrique ARNALDO ALCUBILLA y Ramón SÁEZ VARCÁRCEL)⁶⁶, emitido con fecha 06 de noviembre de 2001, en dicho informe se hacía notar la necesidad de llenar el vacío legislativo existente, señalando que «llena un importante vacío legislativo respecto a la actuación de los servicios secretos, por cuanto en la actualidad no existe disposición legal alguna que contemple específicamente el régimen de autorizaciones judiciales con relación a los servicios de inteligencia. De esta forma, en estos momentos, la actuación de los citados servicios, si incidiera en el ejercicio de los derechos fundamentales, no solo se encontraría al margen de la legalidad, sino que podrá dar lugar a responsabilidad penal», y en este sentido se hace referencia a los casos, ya vistos en el apartado anterior, en los que agentes del CESID se vieron sujetos a responsabilidad penal, señalando la SAP de Madrid de 26 de mayo de 1989, o la del TS de 22 de marzo de 2001, en relación con las escuchas ilegales del Centro de Inteligencia. Y se proponían mejoras, a fin de precisar «el particular alcance del régimen de control al que quedaría sujeta la actividad del centro, cuando pudiera colisionar con otros derechos fundamentales distintos de los recogidos en el artículo 18.2 y 18.3 de la Constitución, singularmente en lo atinente al uso de la informática previsto en

⁶⁵ www.euskoalkartasuna.org/doks/dokuteka/050304cnimozioa.pdf

⁶⁶ Citado en GALLEGO, Javier:» Por la senda del Estado de Derecho: Análisis de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI». En www.documentos.serviciodeinvestigacion.es.

el artículo 18.4 de la Constitución.» Igualmente se señaló que no se concreta el orden jurisdiccional encargado del control, ni se establece mecanismo alguno de revisión jurisdiccional, así como el problema que plantea de conexión entre la autorización de la medida, sus presupuestos y consecuencias, al no estar vinculada la intervención judicial a un concreto procedimiento.

IV.1. EL MAGISTRADO COMPETENTE

Pasando al análisis crítico de la normativa referida al control judicial previo de las actividades del CNI; el primer punto que debemos estudiar es el de la figura del magistrado encargado por la Ley de autorizar las intervenciones. Cargo unipersonal que, como hemos visto, fue objeto de enmiendas tanto durante la tramitación, como con posterioridad a la publicación de la norma, pretendiendo que la decisión correspondiera, bien a una Sala del TS, bien a un órgano colegiado.

La LOPJ, modificada por la LO 2/2002, señaló que el control judicial previo incumbe a un magistrado de la Sala Segunda del TS (Sala de lo Penal), o de la Tercera (Sala de los Contencioso-Administrativo), según reza la nueva redacción que se dio al artículo 127.2 de la citada norma reguladora de la orgánica procesal, correspondiendo al Presidente del CGPJ (artículo 125.5), someter al Pleno la propuesta para su nombramiento, así como la del magistrado que le sustituya en caso de «*vacancia, ausencia o imposibilidad*»⁶⁷. Estamos ante un nombramiento que reúne iguales requisitos que para el nombramiento de los Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo, si bien no requiere de una mayoría cualificada (artículo 127.1 y 2 LOPJ). Se nombrará entre Magistrados del TS que cuenten con tres años de antigüedad en la categoría, y por un período de cinco años (artículo 342 bis LOPJ), al igual que los Presidentes de Sala del TS, lo que ya le dota de una singularidad que le diferencia del resto de los nombramientos de magistrado del TS, que son elegidos entre miembros de la Carrera Judicial con quince años de antigüedad y diez de

⁶⁷ Art. 127 LOPJ. «*Será competencia del Pleno del Consejo General del Poder Judicial:: 4.- La propuesta de nombramiento del Magistrado de la Sala Segunda de lo Penal o Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución, así como la propuesta de nombramiento del Magistrado de dichas Salas del Tribunal Supremo que lo sustituya en caso de vacancia, ausencia o imposibilidad*».

magistrado, o entre abogados y juristas de reconocido prestigio (artículo 343 LOPJ).

Esta figura de magistrado nos plantea a nivel doctrinal alguna duda, duda ya planteada por el propio CGPJ en su informe, acerca de cual sea su naturaleza, esto es, no nos encontramos ante un órgano jurisdiccional preexistente, sino que se crea, no un órgano judicial, sino la figura de un magistrado al que sin dotarle competencia para instruir o conocer de procedimiento determinado alguno en los órdenes jurisdiccionales existentes (civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, o militar) que se establecen en el artículo 9 de la LOPJ, se le atribuyen funciones judiciales limitadas.

Nos hallamos, como señala DE LA OLIVA⁶⁸, ante un control judicial, sin órgano judicial, ni potestad jurisdiccional. Y efectivamente, según tiene señalado artículo 117.3 de la CE, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, *«juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan»*, y en igual sentido el artículo 2 de la LOPJ.

Se trata de un magistrado que no ejerce *«potestad jurisdiccional»* en el sentido constitucional y orgánico judicial, sino de manera muy limitada, toda vez que ni juzga, ni ejecuta lo juzgado; pero es más, constreñida su actividad al control judicial del CNI, su actuación se limita a la autorización y prórrogas en dos supuestos concretos (artículos 18.2 y 18.3 de la CE), sin que como veremos, ejercite un auténtico control judicial en el sentido señalado al analizar los requisitos que debe de cumplir el control judicial regulado en la LECrim. para la limitación de estos derechos. La LO 2/2002 regula el ejercicio muy *«limitado»* de funciones judiciales (potestad jurisdiccional), sin el establecimiento formal de un órgano público jurisdiccional.

No obstante esta especial caracterización de figura del magistrado regulado por esta ley, no cabe decir que no se ajuste a los límites que señala la CE para el ejercicio del Poder Judicial, toda vez que el artículo 117 de nuestra Carta Magna, en su apartado 4, prevé expresamente que por Ley pueda atribuirse a Juzgados o Tribunales funciones distintas de la Administración de Justicia o el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Y en el presente supuesto, nos encontramos ante una regulación por Ley privilegiada de la figura de un magistrado de la máxima categoría de la Carrera Judicial, a quién se le encomienda velar por los derechos de los ciudadanos en una materia tan vulnerable como el derecho a la intimidad, conjugándolos con la necesidad de protegerse el Estado frente a los más graves ataques.

⁶⁸ *Op. Cit.* Pág. 155.

Se trata, por lo tanto, de un nuevo «*órgano jurisdiccional*» unipersonal cuya actividad no se corresponde con la del resto de los magistrados del TS, no ejercitando sus funciones en uno de los órdenes jurisdiccionales del Estado, ni ejerciendo potestad jurisdiccional. Y ello porque resulta innegable que no puede ejercerse jurisdicción ni funciones jurisdiccionales, sin la existencia de un órgano jurisdiccional (Juzgado o Tribunal); pero sí que puede realizar «*otras funciones*» legalmente establecidas, que sin ser potestad jurisdiccional, forman parte del control realizado por el poder judicial en defensa de los derechos individuales. En el presente supuesto, el magistrado del TS, en nombrado con todas las garantías por el Pleno del CGPJ, y ejercita unas competencias que por ley y doctrina jurisprudencial, tan solo les corresponden a los jueces, el control judicial y autorización de las intervenciones telefónicas, si bien dentro de un ámbito tan especial como los Servicios de Inteligencia, y más concretamente del CNI.

No nos encontramos tampoco ante un órgano político, toda vez que su nombramiento compete al CGPJ, y no al ejecutivo, con lo que forma parte del poder judicial, pero tampoco estamos ante un órgano jurisdiccional, sino ante un órgano unipersonal de naturaleza judicial limitada, que para mayor singularidad no goza de uno de los requisitos imprescindibles del ejercicio de la jurisdicción, la inamovilidad, la LOPJ (artículo 342 bis), limita su nombramiento a un período de cinco años, con lo que carece de una de las notas caracterizadoras de la independencia de jueces y magistrados; si bien cuando cese en sus funciones retomará sus competencias en la Sala de procedencia, aunque nada se establece en la norma acerca de la posibilidad de volver a ser nombrado.

IV.2. LA SOLICITUD Y RESOLUCIÓN DE LAS INTERVENCIONES

Examinado el órgano creado por la LO 2/2002, debemos de pasar a analizar, el contenido del «*procedimiento*» que se regula, tanto en cuanto a la solicitud del Director del CNI, como a la resolución que se adopte por el magistrado.

IV.2.1. Requisitos para la autorización de la intervención

Como ya hemos visto el artículo único,¹ de la LO 2/2002, señala que el Director del CNI, con categoría de Secretario de Estado, deberá de solicitar del magistrado antes señalado, «*autorización*» para la adopción de

medidas por sus Servicios que afecten a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, siempre que *«tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro»*.

De la simple lectura del precepto podemos determinar los requisitos que resultan exigibles para la solicitud de la autorización del magistrado:

a) En primer lugar la única autoridad con competencia para dirigirse al magistrado en solicitud de la autorización para realizar una intervención, lo es el Secretario de Estado Director del CNI. Competencia que no resulta delegable al resto de personal del Servicio, ni tan siquiera al Secretario General, sino que corresponde en exclusiva a su titular al haberlo así determinado la Ley Orgánica 2/2002. La Ley 11/2002, reguladora del CNI, entre las competencias que corresponden al Director señala, en su artículo 9 g), *«cuantas otras funciones le sean atribuidas legal o reglamentariamente»*. Tampoco cabe la solicitud dirigida por los Jefes de los otros Servicios de Inteligencia; en caso de ser necesaria la medida, deberán de solicitarla al Director del CNI, quién si la estima necesaria, deberá de asumir la competencia para el Centro de la investigación.

b) La solicitud deberá de realizarse por escrito dirigido al magistrado competente, y en ella se especificará cual sea la medida a adoptar. No será válido que se establezca de manera genérica que la solicitud se realiza para intervenir las comunicaciones, deberá quedar concretado de manera indubitada el medio de intervención que se pretende utilizar, esto es, si van a realizar escuchas telefónicas, de teléfono fijo o móvil, telegráficas, o de la correspondencia postal. Consideramos que también se deberán concretar, la persona o personas, físicas o jurídicas, que van a sufrir la intervención de sus comunicaciones, y los aparatos de telefonía a controlar, a fin de que por el magistrado se pueda valorar la necesidad de la intervención y su proporcionalidad.

c) Deberá de concretarse igualmente en el escrito el hecho o hechos motivadores de la intervención a realizar, la finalidad que las motiva, o las razones que la aconsejan, así como el interés que para el eficaz cumplimiento de las funciones que legalmente tiene encomendadas al CNI tiene la adopción de la misma. Con ello se añadirán elementos de juicio necesarios para que se pueda valorar la medida, toda vez que en otro caso difícilmente estaríamos ante un sistema de control.

d) De singular importancia es el requisito de la necesidad. Requisito de *«necesidad»* de adopción de la medida al que nos hemos referido con anterioridad y que en el presente caso, no puede someterse a la doctrina jurisprudencial establecida sobre las intervenciones telefónicas, deberá de estar motivada y ser proporcionada, pero no requiere, por la naturaleza de

las funciones del Centro que vaya dirigida a preconstituir prueba alguna. La función del Centro no es esa, sino obtener información tendente a la defensa del Estado y de su Seguridad interior y exterior, por lo que las razones de necesidad en las que se funde la solicitud irán dirigidas a la obtención de información de una entidad razonable sobre dichos extremos; información que además no pueda ser obtenida por otra vía que no suponga la limitación del derecho afectado.

e) Por último, la medida no puede prolongarse de manera indefinida, por lo que en su solicitud el Director deberá de limitarla al período máximo señalado por la el artículo 1.2.d de la LO 2/2002, que es de tres meses para las intervenciones de las comunicaciones, si bien el plazo resulta prorrogable, por igual periodo, en caso de necesidad; solicitud de prórroga que entendemos deberá de reunir necesariamente para que sea autorizada iguales requisitos que la autorización inicial.

Vistos los requisitos de la solicitud de autorización, ya encontramos grandes diferencias con las solicitudes que se regulan en el artículo 579 de la LECrim. en el ámbito del procedimiento penal. Así, y la principal a la que nos hemos referido con anterioridad, es que la solicitud no se realiza en el seno de una investigación judicial, ni con la finalidad de perseguir un presunto delito, ni, por último, se pretende la obtención de material probatorio válido para proceder contra nadie. Y además, la solicitud no se realiza por una autoridad o funcionario policial, sino por un órgano político dependiente del poder ejecutivo, el Director del CNI que tiene categoría de Secretario de Estado; no obstante, conviene recordar que ante delitos relacionados con la actuación de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, se llega a autorizar la adopción de la intervención por órganos no judiciales, así el Ministro del Interior o del Director de la Seguridad del Estado pueden acordarlas, si bien con la obligación de comunicarlo de inmediato y por escrito al juez competente, quién revocará o confirmará la actuación, en resolución motivada (artículo 579.4 de la LECrim.)

Podemos, a la vista de lo señalado hasta el momento, concretar unas notas caracterizadoras del sistema establecido por la Ley:

1. En la LO 2/2002, no se establece la necesidad de concretar los hechos, que si bien todavía no probados, estén al menos mínimamente acreditados, a fin de que por el magistrado se posibilite, al menos en esta fase de autorización, un control efectivo y no meramente formal sobre la medida a adoptar. Se nos crea la duda de si a diferencia de lo señalado al analizar los requisitos constitucionales de la medida, bastará con meras sospechas para que se autorice la limitación de los derechos del individuo, cuya fundamentación podría derivar exclusivamente de las especiales fun-

ciones que tiene encomendadas en CNI, que hacen que su actividad no esté condicionada a la obtención de prueba, debiendo de obtener información, incluso indiciaria, sobre las actividades que pudieran poner en riesgo la seguridad nacional.

Ello dificultará notablemente la valoración que se realice por el magistrado del juicio de racionalidad acerca de la conveniencia, o no, de autorizar la intervención, basándose exclusivamente en la posibilidad de unos hechos, aceptando los que se le informan en la solicitud, sin mayor posibilidad de control. No obstante, no debemos de olvidar que el magistrado tiene, como no podría ser de otra manera, la posibilidad de denegar la autorización de la medida, sin posibilidad de recurso, como veremos.

2. Señala DE LA OLIVA⁶⁹, que en la norma no se establece ante quién se debe de solicitar la prórroga una vez agotado el plazo de autorización de los tres meses, si bien señala que se deduce del contexto. Efectivamente el artículo único, 2 d) al señalar la duración de la medida solicitada señala, que el plazo será prorrogable *«por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad»*, y en el apartado 3, tan solo se señala que el magistrado acordará o denegará *«la concesión o no de la autorización solicitada»*. Consideramos que del contexto de la norma, y sobre todo de su fundamentación, que no pretende sino que por el magistrado del TS se controlen las actividades que afecten a la inviolabilidad de las comunicaciones, no cabe duda alguna acerca de que las prórrogas deberán de ser solicitadas y motivadas, ante el citado magistrado, quién gozará de la misma facultad para autorizarlas o no, motivadamente y sin recurso.

IV.2.2. La resolución del magistrado del Tribunal Supremo

Una nueva duda nos surge al analizar el texto de la norma, así el apartado 3 señala que el magistrado acordará lo que proceda en relación con la solicitud *«mediante resolución motivada»*, pero sin señalar que forma deberá de adoptar dicha resolución (providencia, auto, o mandamiento). Ello no supone ninguna especialidad con respecto al régimen general de autorizaciones, toda vez que el artículo 579. de la LECrim en sus apartados 2, 3 y 4, utiliza la misma fórmula *«resolución motivada»* para acordar esta medida o ratificar la adoptada, tanto en situaciones ordinarias, como en los supuestos especiales, en que se solicita su convalidación por el Ministro del Interior o el Director de Seguridad del Estado.

⁶⁹ *Op. Cit.* Pág. 158.

La autorización con una resolución motivada, emitida por el magistrado del TS nombrado, es suficiente y no supone ninguna excepción al régimen general establecido en la LECrim., a pesar de que la medida no sea adoptada en un procedimiento penal, y que el magistrado designado, no pueda considerarse «*stricto sensu*» órgano jurisdiccional. La autorización deberá de revestir la forma de auto, y ello porque nos encontramos ante una resolución judicial, equiparable a las que se señalan el artículo 141 de la LECrim., donde se concreta que adoptarán la forma de auto, las resoluciones «*que según las leyes deban fundarse*», y de entre ellas, necesariamente fundadas deben ser las que supongan la interceptación de las comunicaciones. Al tratarse de una resolución emitida por un magistrado, relativa a los derechos fundamentales, y que debe motivarse, consideramos que no puede ser adoptada sino por medio de auto.

La resolución se encuentra sometida al plazo improrrogable de 72 horas, salvo que por razones de urgencia, debidamente especificadas en la solicitud, se interese que la autorización acorte su plazo a 24 horas. El plazo de 72 horas es igual al señalado en el artículo 579.4 de la LECrim. para la convalidación judicial de las intervenciones acordadas por el Ministro del Interior, si bien la fundamentación es diferente. En la convalidación de la autorización dada por el Ministro, el plazo se señala como garantía del ciudadano al que se le limitan sus derechos, mientras que en la LO 2/2002, la perentoriedad del plazo para resolver se encuentra fundamentada en la urgencia de las actuaciones y en las importantes funciones del Centro.

Al señalar el apartado 3 de la Ley Orgánica que todas las actuaciones tienen la calificación de secretas, consideramos que igual consideración tendrán tanto la solicitud, como la resolución del magistrado del TS, que gozarán de la clasificación de secretas. La Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los Secretos oficiales⁷⁰, en su artículo 1.2, establece que «*tendrán carácter de secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley*», y esta es la clasificación que la LO 2/2002, da a las actuaciones del CNI, entre las que se encontrarán tanto la solicitud, como la resolución, que solo podrán ser conocidas por las personas autorizadas, salvo que se proceda a su desclasificación, mediante el procedimiento adecuado.

El carácter de secreto llega a más, al corresponder al Director del Centro, y no al magistrado, el conocimiento exclusivo del resultado de la

⁷⁰ Publicada en al BOE núm. 84, de 6 de abril. Modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre (BOE de 11 de octubre)

actuación, no debiendo dar cuenta del resultado de las mismas, correspondiéndole incluso la destrucción de la información obtenida que no guarde relación con los fines de la autorización. Con ello, difícilmente se puede considerar que la norma establezca un control judicial de las actuaciones del CNI, sino tan solo de un control inicial, que se agota con la autorización inicial y la concesión de las prórrogas, no pudiendo conocer el magistrado ni la marcha de las actuaciones, ni los resultados de la intervención, ni su utilización, no custodiando el resultado de la intervención, y sin cotejo o fe judicial que garantice la fiabilidad de los resultados.

IV.3. Naturaleza del control judicial previo

En el momento de proceder a determinar ante que tipo de proceso o procedimiento nos encontramos con el control judicial previo que establece la LO 2/2002, nos planteamos varias cuestiones de difícil respuesta

Dado el carácter especial y limitado de este control judicial a las intervenciones telefónicas del CNI, se nos plantea el problema de determinar la naturaleza jurídica de este control.

Lo primero que nos surge es determinar si nos encontramos ante un proceso en sentido amplio, entendido como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de llegar a un acto estatal determinado; o como un proceso judicial, en sentido más estricto, como conjunto de actuaciones realizadas durante un período de tiempo, dirigidas a decidir la aplicación del derecho a un supuesto concreto.

Según establece la LO 2/2002, nos encontramos con dos únicas actividades en el procedimiento, unas de la Administración, la solicitud por escrito que realiza el Director del CNI, así como las solicitudes de prórroga; y otras del magistrado del TS, la resolución motivada autorizante, y las de las prórrogas. Con estos dos únicos actos, difícilmente podemos hablar de proceso, en sentido estricto, más aun cuando la resolución adoptada por el magistrado carece de recurso alguno, y el ciudadano que ha visto limitado su derecho, no tiene derecho no ya a conocer el resultado de la intervención sufrida, sino ni tan siquiera la limitación que ha sufrido en su intimidad.

El hecho de que solo estemos ante estas limitadas actuaciones por parte del magistrado del TS, quién tan solo puede autorizar o no la intervención y conceder o no las prórrogas, hace dudar de que nos encontremos ante un proceso. No existe procedimiento alguno que permita al magistrado, con carácter previo a adoptar su decisión, solicitar la ampliación de

datos, aclaraciones, o informes al escrito de solicitud del Director del Centro; además, el corto plazo para resolver y la calificación de secretas de las actuaciones, impedirían la práctica de cualquier tipo de prueba que le sirviera para fundamentar su decisión. No cabe interesar informes periciales, tomar declaración a los agentes intervinientes, o solicitar documentos que le sirvieran para razonar la resolución, dada su naturaleza secreta, por lo que se ve obligado a resolver con la única motivación que se le de en el escrito de solicitud.

Nos hallamos ante un «*procedimiento*», que carece de todos los requisitos para tener la consideración de un proceso judicial, ni siquiera de carácter limitado, en ninguno de los órdenes jurisdiccionales. Se resuelve sin dualidad de partes, sin que el «*juez*» pueda intervenir, el solicitante recurrir la decisión, y el afectado en su intimidad enterarse de la actuación. DE LA OLIVA⁷¹ establece una similitud con el concepto de «*acto de jurisdicción voluntaria*» que establece el artículo 1811 de la LEC⁷²,

«Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.»

Frente al concepto legalista de jurisdicción voluntaria tanto la doctrina como la jurisprudencia han elaborado una definición de jurisdicción voluntaria que se caracteriza inicialmente por los siguientes rasgos:

a) Inexistencia de conflicto entre partes procesales. A través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria se ventila una pretensión que no entraña disputa o litigio entre dos partes procesales, ya que en puridad no existen dos partes procesales, sino solamente una, que es la que insta el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

b) Procedimiento unilateral o no contradictorio: es decir, si en los procedimientos declarativos o ejecutivos existen dos partes procesales y

⁷¹ *Op. Cit.* Pág. 160.

⁷² Libro III (arts. 1811 a 2181) mantenido expresamente en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria por disp. derog. única 1 1.^a Ley 1/2000 de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil. El 20 de octubre de 2006, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 109-1, de 27 de octubre de 2006, en cuyo artículo 1.2 se establece que son expedientes de jurisdicción voluntaria «*todos aquellos en los que se solicita la intervención de un Juez, secretario Judicial, Notario, Registrador, u otro funcionario designado para la administración o tutela de cuestiones de derecho civil o mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados*».

enfrentadas, y en función de ello se desarrolla el proceso correspondiente, en sede de jurisdicción voluntaria, no existen dos partes procesales, y menos aun enfrentadas (por lo menos inicialmente): existe una sola parte que solicita ante el órgano jurisdiccional un pronunciamiento en relación a una materia concreta pero sin que exista otra parte que alegue lo que considere conveniente frente a la pretensión de la parte que insta el proceso de jurisdicción voluntaria.

c) El pronunciamiento o resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria carece de eficacia de cosa juzgada: al no existir inicialmente en estos procesos el principio de contradicción (como consecuencia de la inexistencia de partes propiamente dichas en el proceso) la resolución obtenida no provoca dicho efecto, por lo que, en su caso, se podrá acudir ante la Jurisdicción ordinaria para discutir la misma pretensión. La no existencia del efecto de cosa juzgada no significa que dicha resolución no produzca efectos: en tanto en cuanto no se inste el correspondiente litigio, la resolución obtenida en sede de jurisdicción voluntaria producirá efectos no solo en relación a los participantes en el proceso sino también frente a terceros.

No obstante, estos actos de jurisdicción voluntaria tienen una naturaleza administrativa que no se corresponde con el «*control judicial previo*» en materia tan sensible como la limitación de un derecho fundamental reconocido y amparado por la constitución.

Es por ello que consideramos que no nos encontramos ante un proceso judicial, y que la resolución dictada por el magistrado, siendo una actividad de naturaleza jurisdiccional al ser emitida por un «*juez*», en un acto con el que se pretende garantizar que no cometan abusos o extralimitaciones innecesarias en la limitación del derecho a la intimidad, no es sin embargo un acto procesal penal, ni contencioso-administrativo, al no existir dualidad de partes que pueden ejercitar sus acciones en defensa de sus intereses ante el órgano judicial que resuelve la petición.

Tampoco nos encontraremos ante un procedimiento de garantía constitucional, toda vez que quien tiene afectado su derecho a la intimidad, no tiene posibilidad alguna de defensa, al no conocer ni la actuación o intervención practicada por el CNI, ni su finalidad, ni el resultado de la misma, a pesar de dilucidar cuestiones de derecho constitucional.

Para DE LA OLIVA, nos encontraremos ante un negocio de naturaleza jurídica, que considera de «*jurisdicción voluntaria atípico*», al resultar ajeno al origen y desarrollo histórico de dicha jurisdicción, y extraño al objeto del procedimiento que son asuntos de naturaleza civil y mercantil.

Tampoco es jurisdicción contenciosa, aunque, para la entrada y registro, que no para la interceptación de las comunicaciones, los artículos 91 de la LOPJ⁷³ y 8.6 de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁷⁴, prescriben que corresponde a los juzgados de los contencioso-administrativo resolver, mediante auto las solicitudes de autorización de entrada en domicilio y otros lugares cerrados, cuando sea preciso para la ejecución forzosa de los actos de la administración pública. Existen similitudes entre este procedimiento contencioso y el regulado en la LO 2/2002, en cuanto que ambos requieren: una solicitud escrita de un órgano administrativo, una autorización por resolución judicial, y el procedimiento se realiza sin que existan actuaciones. Pero también hay notables diferencias: en este procedimiento administrativo de ejecución la solicitud se dirige a un juzgado, trae su causa en un anterior procedimiento administrativo que culmina con la ejecución forzosa del acto, existen interesados a los que dar audiencia, y la resolución del Juzgado resulta revisable en apelación por el perjudicado. Ninguno de estos extremos se dan en el control judicial que establece la LO 2/2002, no hay órgano judicial, ni procedimiento anterior, ni interesados a los que se les permita alegar o recurrir.

Se trata, a nuestro entender de un «*seudo procedimiento*» de garantía del derecho constitucional a la intimidad que reconoce el artículo 18 de la CE, de naturaleza especial en razón del carácter secreto de las actuaciones y de la finalidad que se persigue con la intervención telefónica, ajena a todos los órdenes jurisdiccionales. Limitaciones a los derechos de los ciudadanos de tal importancia para garantizar la seguridad y pervivencia de la sociedad democrática y demás finalidades establecidas en el artículo 4 de la Ley 11/2002, que el propio Estado ha arbitrado un sistema de equilibrio de bienes jurídicos en el que sin poner en riesgo esa alta finalidad que cumplen los Servicios de Inteligencia, se garantice, siquiera sea mínimamente, el control judicial de las actividades que mayor riesgo generan para la intimidad del individuo.

⁷³ Artículo 91. 2 LOPJ. «Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración». Precepto redactado por art. único LO 6/1998 de 13 de julio.

⁷⁴ Artículo 8.6 LJC. «Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública». Precepto redactado por disp. adic. 14.ª dos LO 19/2003, de 23 de diciembre.

Una especialidad que abunda en la difícil caracterización del procedimiento de control judicial previo es el hecho de que de las resoluciones del magistrado del TS no sean recurribles. No a otra conclusión puede llegarse a tenor de lo establecido por LO 2/2002, que no encuentra complementación ni en el articulado de la LECrim., ni en la LOPJ, normas en las que ni se establece la posibilidad de atacar las resoluciones judiciales, ni se atribuye competencia a órgano jurisdiccional alguno para revisar las decisiones adoptadas por el magistrado del TS designado, tanto para la aprobación, o denegación, de la intervención telefónica solicitada, como para la autorización o denegación de las prórrogas. No se establece en norma alguna, ni se puede suplir el vacío legal con otra disposición, la posibilidad de que por el Director del CNI se recurra el auto motivado por el que se deniegue la medida interesada; ni tampoco la denegación de la solicitud de su continuidad desautorizando las prórrogas. Y del lado del ciudadano que ve afectado sus derechos, no existe posibilidad alguna de alegar o recurrir ninguna de las resoluciones, por el sencillo motivo de que no las va a conocer, ni aun cuando hayan concluido las intervenciones. Ello es así porque no nos encontramos ante un procedimiento judicial en que haya dualidad de partes e intereses, prima el interés del Estado, con unos mínimos de control judicial, al menos para acordar o prorrogar al intervención, mínimos garantistas que no pueden ser atacados ante órgano jurisdiccional alguno, en razón, entendemos, no solo del secreto de las actuaciones, sino y fundamentalmente de la urgencia y necesidad de la medida, que si pudiera ser recurrida, y tuviera que esperar una nueva decisión de un órgano superior, carecería de eficacia ante situaciones críticas; y además, de ser conocida la actuación por los afectados, resultarían innecesarias por ineficaces.

Con ello, este control judicial previo, abunda en la idea anterior de que no se corresponde con ninguno de los procedimientos judiciales establecidos en nuestras leyes, uno de cuyos principios básicos es la posibilidad de que las decisiones judiciales puedan ser sometidas a un órgano superior para que sean ratificadas, modificadas o anuladas, en caso de controversia; y en los supuestos de derechos fundamentales, no solo ante la jurisdicción ordinaria, sino ante la constitucional, y el TEDH.

Pero quizás de entre todas las singularidades de este particular procedimiento, la que más extrañeza puede llegar a producir es el hecho de que el magistrado del TS, una vez autoriza la intervención de las comunicaciones, pierda todo control sobre las mismas, y ello porque el Director del CNI no tiene obligación legal alguna de dar cuenta al magistrado del desarrollo de la actuación, ni de los resultados que con la misma se han obte-

nido, a quién le queda únicamente la facultad, motivada, de autorizar o no las prórrogas.

La resolución adoptada por el magistrado como se ha señalado debe estar debidamente motivada, lo que excluye el arbitrio, que se conjugaría mal con el inicial control judicial de la intervención a autorizar. Además deberá de reunir unos presupuestos y requisitos, que en parte coinciden con los que la jurisprudencia ha señalado como garantías constitucionales de la limitación del derecho a la intimidad:

- La medida ha de estar establecida por la ley, y en el presente caso resulta indudable que el requisito se cumple al establecerse la limitación en una ley orgánica.
- Se acuerda mediante una resolución motivada que adoptará la forma de auto; si bien habida cuenta que desconoce el resultado de las intervenciones, difícilmente salvo que en la solicitud se le aporte base suficiente podrá motivar la decisión adoptada.
- Sobre ciudadanos españoles y sobre extranjeros en sus actividades en España. No cabrá la autorización para las intervenciones telefónicas fuera del territorio nacional, aunque la Ley 11/2002, establezca que el CNI puede actuar fuera del territorio nacional; pero entendemos que la competencia del magistrado no permite la aplicación extraterritorial de sus decisiones, lo que no impide que se contacte con los Servicios Secretos de otros países en petición de colaboración.
- El auto deberá de estar motivado tanto para su estimación como para su desestimación, y en él el magistrado antes de adoptar una decisión deberá de comprobar que la medida reúne los requisitos jurisprudenciales antes señalados.
- La medida deberá ser proporcionada para el objetivo que se quiere conseguir con su adopción, debiendo denegarse si considera que la intervención telefónica resulta excesiva para el resultado que se pretende.
- Deberá ser necesaria, analizando si no existe un medio menos gravoso para la intimidad que pueda conducir a obtener el mismo resultado.
- Entendemos, además, que de la solicitud se deben de derivar unos indicios racionales, en este caso no de criminalidad, sino de actividades que puedan afectar a los intereses económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, y fundamentalmente actividades que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los españoles, la sobe-

ranía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población. Valorando tanto la presunta gravedad de la actividad, como el interés afectado para autorizar esta medida, y teniendo en consideración que nos encontramos ante fines de naturaleza no jurídica.

Nada parece impedir que se pueda desarrollar en paralelo una actuación penal realizada por un órgano judicial, sin que este conozca las actividades que esta realizando el CNI, dada su naturaleza secreta, y la finalidad que en ningún caso tiene que ver con un proceso penal, ni con la obtención de prueba, teniendo finalidades distintas. No obstante, debemos de señalar que el CNI, como órgano del Estado, no podrá dejar de promover la acción de la justicia cuando de la información obtenida se derive la comisión de un delito, conforme establece el artículo 262 de la LECrim., siempre que la denuncia no suponga la divulgación de material de deba ser desclasificado.

Un último aspecto a considerar, en orden a la especial naturaleza de la institución que tratamos, es que no solo no tiene el magistrado el control de las actividades una vez que estas han comenzado, sino que tampoco conoce el material obtenido, ni tan siquiera de aquél que por no ser útil a la finalidad perseguida deba ser desechado. El apartado 4 de la LO 2/2002, establece que corresponde al Director del CNI ordenar la inmediata destrucción del material e informaciones, que obtenidas con la intervención telefónica autorizada, no guarde relación con el objeto o el fin de la misma.

Cabe preguntarnos si el material así obtenido resultaría con validez probatoria en un proceso penal; señala DE LA OLIVA que habiéndose obtenido el material con una autorización judicial no debería de resultar problemático, no obstante existen serias dificultades para su validez:

a) No puede dotarse de validez a la prueba obtenida mediante la intervención telefónica autorizada por el magistrado y practicada por el CNI, cuando el sujeto afectado por la medida limitativa de su derecho, no ha tenido oportunidad de saber el resultado de la misma, o recurrir su práctica, una vez realizada.

b) El material obtenido por medio de la intervención tiene la naturaleza de material secreto conforme establece la Ley 9/1965 de Secretos Oficiales, por lo que se requeriría la previa desclasificación de los resultados, lo que es un proceso complejo y lento, a este respecto merece destacarse la STS (Sala 3.^a) de 04 de abril de 1997 (Ponente Trillo Torres), en la que anuló un acuerdo del Consejo de Ministros por el que no se desclasificaban unos documentos del CESID interesados por el Juzgado de Instrucción.

A estos dos argumentos cabe añadir, que la medida no va dirigida contra el presunto responsable de la comisión de un delito, ni tampoco se rea-

liza en el seno de una investigación de naturaleza penal, así que la prueba obtenida carecería de validez para ser utilizada en un procedimiento penal. A esta falta de validez de la prueba contribuye el hecho de que el magistrado carece de control sobre la ejecución de la medida, limitándose a las autorizaciones, también desconoce el resultado de la misma, y no se le hace entrega de las grabaciones ni de sus transcripciones, sin que sea custodiada con garantía por un Secretario Judicial; de modo que estaríamos ante una prueba prohibida al no haberse obtenido con las garantías legales para acreditar su autenticidad.

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

V.1. LIBROS

- ALONSO PÉREZ, Francisco: «*Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas: legislación, comentarios, jurisprudencia*». Edit. Dykinson, Madrid, 2001.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier: «Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar», En *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. LASAGABASTER HERRANTE, Iñaki, Director. Edit. Thomson, Civitas. Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: «*Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*». Edit. Thomson Civitas. Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «*Derecho Procesal Penal*». Edit. COLEX. Madrid, 2003.
- LÓPEZ DE BARJA DE QUIROGA; Jacobo: «*Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*». Edit. Akal/Iure. Torrejón de Ardoz, 1989.
- LÓPEZ-FARGOSO ÁLVAREZ, T: «*Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*». Edit. COLEX. Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: «*La suspensión e intervención de la comunicaciones del preso*». Edit. Tecnos. Madrid, 2000.
- MONTERO AROCA, Juan: «*La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*». Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la: «*El control judicial previo de la inteligencia militar*». Escritos sobre derecho, justicia y libertad. Edit. Universidad Autónoma de México. 1.ª Edicc. México, 2006.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo de: «*La Prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*». Thomson. Edit. Aranzadi. 3.ª Edicc. Pamplona, 2003.

V.2. REVISTAS

- ALONSO PÉREZ, Francisco: «Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario». En *La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Núm. 4. 2001. Págs. 1486-1490.
- BARCELONA LLOP, J: «Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad». En *Revista de Administración Pública*. Núm. 112, enero-abril 1987.
- CATALÁ I BAS, Alexandre H.: «La problemática adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus consecuencias». En *Revista del Poder Judicial*, núm. 66. Segundo trimestre 2002. Edita: Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2002.
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M.I.: «Escuchas telefónicas: planteamiento práctico desde la perspectiva jurisprudencial». En *Revista General del Derecho*. Núm. 616-617 (enero-febrero), 1996.
- ESTRELLA RUÍZ, Manuel: «Entrada y Registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc». En *Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas restrictivas de los derechos fundamentales*. Edit. CGPJ. 12/1996, págs. 351-391.
- FELIP, Joseph María: «Cuatro años de CNI y la nueva cultura de la inteligencia en España». En www.documentos.serviciodeinvestigaron.es. Cátedra Servicios de inteligencia y Sistemas democráticos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.
- GALLEGO, Javier: «Análisis de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI». En www.documentos.serviciodeinvestigaron.es. Cátedra Servicios de inteligencia y Sistemas democráticos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo». En *La Ley*, año XVII, núm. 4024, de 26 de abril de 1996.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: «Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes». En *Cuadernos de Derecho Judicial: La restricción de los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal*. Edit. CGPJ. 29/1993, págs. 79-113.
- MACIÁ GÓMEZ, Ramón: «Requisitos jurisprudenciales de la intervención telefónica y de la entrada y registro». En *Diario de Jurisprudencia El Derecho*. Núm. 567, pág. 1 y ss. Publicado el 23 de abril de 1997.

- MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel: «La intervención de las comunicaciones: doctrina jurisprudencial». En *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1139-7691. Aranzadi. Pamplona, 1999.
- MONTÓN REDONDO; A.: «Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas». En *La Ley*. Tomo 4, 1995.
- PULIDO QUECEDO, Manuel: «Sobre escuchas telefónicas e imparcialidad judicial». En *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 622, 2004.
- RAFOLS LLACH, Juan: «Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisiones y grabación en lugar cerrado». En *Cuadernos de Derecho Judicial: La prueba en el proceso Penal*. Edit. CGPJ. 1/1992, págs. 559-571.
- RODRÍGUEZ RAMOS, I.: «Las intervenciones telefónicas». En *Cuadernos de Derecho Judicial; la prueba en el proceso penal*. CGPJ, Madrid, 1/1992, págs. 451-509.
- ZARAGOZA TEULER, Vicente A: «Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales». En *Pórtico legal*, artículos doctrinales.

NOTAS. COMENTARIOS

EL DELITO DE «MOBBING» EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS ARMADAS

Luis Lafont Nicuesa
Fiscal del TSJ del País Vasco

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es el análisis de un tema poco explorado como es el tratamiento jurídico-penal del «mobbing» o acoso moral en la esfera de las Fuerzas Armadas.

Las dos características principales de dicho tratamiento es la existencia de diversos preceptos penales en que pueden ubicarse los comportamientos delictivos de «mobbing» y el alto nivel técnico de las Resoluciones de los Tribunales de la Jurisdicción militar, caracterizada por la ausencia de dudas en la asunción del concepto de la integridad moral¹, bien jurídico agredido en el delito de acoso moral, y por la elevada calidad en la descripción de dicho bien jurídico, lo cual convierte a sus resoluciones en modelos de estudio por quienes ejercemos nuestra actividad en otros órdenes.

Desde esta perspectiva, el método de exposición va a ser el del caso, examinando dos resoluciones pioneras en el tratamiento penal del «mobbing», al hilo de las cuales se reflexionará sobre aspectos generales del acoso moral como el concepto, el bien jurídico protegido y los medios de prueba.

¹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 5ª) de 25 de noviembre de 1998, 20 de diciembre de 1999, 23 de enero de 2001, 2 de octubre de 2001, 9 de noviembre de 2001, 5 de junio de 2002, 20 de septiembre de 2002, 12 de diciembre de 2003, 5 de mayo de 2004, 27 de octubre de 2004, 18 de febrero de 2005, 18 de noviembre de 2005, 10 de julio de 2006.

Como veremos, dentro de la tipología del acoso moral puede distinguirse entre un «mobbing» vertical que puede ser descendente y ascendente, y horizontal. Por razones de espacio, limitaremos nuestro análisis al acoso vertical descendente, es decir, aquel que se produce por el superior en la estructura organizativa hacia el inferior.

II. PANORAMA NORMATIVO

Los tipos penales aplicables del Código Penal Militar(CPM) pueden residenciarse en los siguientes artículos:

Art.103. *«El superior que abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior; le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado...».*

1. Básicamente, la jerarquía es una proyección particularmente intensa de un poder de dirección manifestado en torno a la sujeción a una esfera rectora y organicista.

2. La jerarquía no es un valor vacío ni un fin en si misma, sino que es una potestad instrumental que tiene por finalidad cumplir las misiones y funciones de las Fuerzas Armadas. El abuso se interpreta como una separación flagrante de dicho fin, una desviación de poder al actuar una potestad para el cumplimiento de un fin distinto del previsto por el Ordenamiento jurídico.

3. Tampoco es un valor absoluto carente de límites. El contenido esencial de la integridad moral como respeto a la persona, integra un límite al que el ejercicio razonable del principio de jerarquía debe adecuarse. Más aún, el respeto no es sólo un límite externo sino que forma parte del mismo concepto. La jerarquía es el ejercicio del poder de dirección y rector para el cumplimiento de los fines de la institución dentro del respeto a la personalidad humana.

Art.106. *«El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado...».*

Este es en mi opinión el precepto que mejor recoge la conducta sistemática de agresión a la integridad moral en que consiste el «mobbing» vertical descendente al implicar el concepto de trato una conducta integrada por una pluralidad de actos, incorporando por tanto el elemento de la sistematicidad. Asimismo, el concepto de degradante describe con bastante exactitud la rebaja que la ejecución del comportamiento delictivo supone para la integridad moral del acosado en cuanto merma del respeto debido

a la persona por su condición de tal. El carácter incompatible de la acción agresora con la naturaleza de la persona queda asimismo incluido en la referencia inhumana, aunque el trato inhumano no es algo esencialmente distinto al trato degradante, constituyendo ambas manifestaciones del bien jurídico de la integridad moral.

Art.138 *«El militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaleciendo de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado...».*

Como veremos, este es el delito que el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006 al ser aplicable en supuestos de hostigamiento psicológico.

Art.139 *«El militar que, en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencia innecesaria para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar, u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas será castigado...».*

III. EL VOTO PARTICULAR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 5.^a), DE 17 DE ENERO DE 2006

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006 ratifica la absolución de un teniente coronel de la Guardia Civil y de un Comandante del delito continuado de abuso de autoridad que se les imputaba haber cometido sobre un guardia enfermo.

El Tribunal Supremo considera que existió un rigor indebido que merece una sanción pero administrativa *«Sin perjuicio de lo cual, el relato probatorio pone de relieve una serie de hechos que si bien aisladamente considerados no resultan reprochables, en ningún caso en la perspectiva punitiva, valorados en su conjunto es criterio de la Sala que no puede excluirse la relevancia disciplinaria de los mismos por eventual extralimitación o exceso en el ejercicio del mando; extremo sobre el que no nos corresponde realizar adicionales consideraciones».*

El fallo minoritario identifica muy bien que el proceso hostigador que recoge el pronunciamiento mayoritario integra conceptualmente un supuesto de «mobbing» o acoso moral, haciendo consideraciones generales tomando como modelo el acoso laboral en el trabajo, fijando su tipicidad en la esfera penal civil y militar y concluyendo, al igual que el voto mayoritario, que los hechos por su ausencia de gravedad no tienen rango de delito.

Expone el voto discrepante: *«El análisis detallado de los hechos probados revela inequívocamente que todas las acciones ejercidas por los*

mandos ahora enjuiciados en contra del guardia civil D. Domingo se debieron a una finalidad común: presionarle moralmente mediante una serie de acciones en principio legales prevaleciendo para ello su condición de superior; infringiendo con tal proceder las RROOFFAA.

Efectivamente, en todas las acciones enjuiciadas se aprecia una nota común que las dota de unidad: presionar moralmente al recurrente mediante una variedad de acciones tendentes todas ellas a la consecución de un fin espúreo claramente ilegal. Estas acciones próximas en el tiempo constituyen un acoso moral dentro del ámbito castrense cuya consideración como delito dependerá, entre otras razones, de su grado de intensidad, pues no todo acoso en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico integra un ilícito penal. A estos efectos, además del acoso, se requieren la concurrencia de una serie de presupuestos que tienen como sustrato "el acoso moral en el trabajo".

La posición no mayoritaria recoge de forma clara que no estamos ante una suma de actos espontáneos, sino que existe algo que le da unidad y que responde a un plan preconcebido y elabora un concepto de «mobbing»: presión moral dirigida a la persona mediante una pluralidad de acciones próximas entre sí dirigida a un fin espúreo claramente ilegal.

Se identifica adecuadamente la dinámica de la conducta al exigir la reiteración de la acción. Asimismo, la presión moral describe correctamente la esencia del comportamiento delictivo y el bien lesionado: la integridad moral de la persona. Discrepo sobre el elemento finalista en el sentido de que deba perseguirse un fin espúreo o ilegal, ya que no existe otro fin jurídicamente relevante que no sea la lesión de la integridad moral. Otros propósitos no tienen trascendencia para formar la esencia de la conducta, aunque puedan tenerla para cualificar su gravedad. Es posible incluso que la finalidad que mueve al acosador no sea ilegal. Es el caso, como veremos posteriormente en un supuesto, de quien despliega el comportamiento acosador para mejorar la eficacia de la unidad. El acoso tendría como fin obtener la obediencia automática de que quien se ve como amenaza para esa eficacia asuma un determinado papel dentro de la unidad y si no se consigue que abandone la misma.

Asimismo, se asienta el principio de que el Derecho penal como ultima ratio. No todo acoso moral es penal. Depende de un *plus* de gravedad, de una intensidad concreta en el desvalor de la acción. El supuesto debe ser un ejercicio desproporcionado de las facultades del mando. La cualificación penal surge de una desconexión total y evidente entre las potestades que derivan del mando y una cobertura jurídica normativa. Sería el caso del insulto, de la amenaza, la vejación en forma

de burla, la difusión de rumores injustificados, etc., de las mismas conductas que convierten un «mobbing» puramente profesional a corregir en la vía social o Contencioso-administrativa a un «mobbing» penal a castigar por los arts.173 y 175 del Código Penal (CP). Del acoso que se manifiesta en medidas que afectan únicamente al vínculo profesional como pueden ser la movilidad funcional, los recortes de salario, la negación de descansos o permisos al acoso basado en conductas en que concurre un aumento de gravedad como serían los insultos y amenazas que permiten la actuación penal.

Bajo esta tesis, la descripción inicial del voto particular desterraría cualquier posibilidad de apreciar un delito en cuanto se señala que el comportamiento hostigador se desplegó en actuaciones *«en principio legales»* reconociendo por tanto que existía una cobertura jurídica y no una vía de hecho.

La resolución minoritaria acude a la esfera laboral para describir el «mobbing» *«El acoso moral en el trabajo que, como hemos dicho anteriormente está en la base del mobbing, se manifiesta de diversas formas, desde las más graves: trato inhumano o degradante, hasta las más leves: vejaciones o una presión psicológica sin otros aditamentos»*.

Se enuncia expresamente una triple intervención jurídica: la penal, la laboral y la disciplinaria, dejando tácitamente abierta otra como podría ser la Contencioso-administrativa. La Resolución minoritaria enlaza la relación entre el orden penal y los demás como el que acudir al primero *«no impide el reproche»* por las demás. Lógicamente, dentro del respeto a las reglas del «non bis in idem».

Dentro de la gravedad penal se distingue el trato degradante de conductas leves, como serían las vejaciones o las lesiones psicológicas sin aditamentos. La referencias a la conducta leve de vejaciones no ofrece dificultad, castigándose conforme al art.620.2 del Código Penal.

La alusión a la presión psicológica como una de las formas más leves de acoso no significa que las afecciones mentales que deriven de un proceso de acoso no tengan rango de delito si requieren tratamiento médico. Como veremos uno de los delitos que el voto particular describe es la producción de un resultado de lesión, particularmente de lesión psíquica creada o agravada por las conductas persistentes, sancionables por el cauce del delito de lesiones.

Señala el voto particular *«El Derecho Penal castiga sólo algunos de estos comportamientos, bien por la vía del desvalor de acción o del resultado o ambas a la vez, lo que no impide su reproche por otras vías como son la laboral, disciplinaria, etc.*

a) *Conductas de presión, que pueden comprometer la libertad del individuo en su vertiente de proceso de adopción de decisiones, lo que apunta hacia el delito de amenazas.*

b) *Conductas de presión que implican un trato degradante que compromete la integridad moral del trabajador (arts 173 y 175 del CP).*

c) *Resultados de lesión, particularmente de lesión psíquica creada o agravada por las conductas persistentes, sancionables por el cauce del delito de lesiones»*

d) *Conductas de presión, especialmente previstas en el art. 311 del CP».*

Por tanto se configuran cuatro posibles conductas delictivas: las amenazas, el delito de integridad moral, las lesiones y el perjuicio de las condiciones de trabajo a castigar por el art.311 CP.

Según mi criterio, esta catalogación presenta los siguientes problemas:

A. No se identifica el bien y el delito que siempre estarán presente en la conducta de acoso: la integridad moral² y los delitos del art.173 y 175 del Código Penal. Al fijar varios delitos se introduce una confusión entre los medios de hostigación que, efectivamente, pueden dar lugar a varios delitos y el desvalor del plan unitario al que responde del proceso de hostigación que es la vulneración de la integridad moral al imponer una posición de dominio.

No obstante no diferenciar entre los delitos citados enumerándolos en un plano de igualdad, la argumentación del voto particular sí identifica que la esencia de la conducta responde a un plan específico de vulnerar la integridad moral a través de una presión ilegítima. Ello se advierte en las siguientes expresiones: *«El análisis detallado de los hechos probados revela inequívocamente que todas las acciones ejercidas por los mandos ahora enjuiciados en contra del guardia civil Antonio se debieron a una finalidad común: presionarle moralmente...»*. De igual forma, en la definición que efectúa el voto particular se señala: *«Efectivamente, en todas las acciones enjuiciadas se aprecia una nota común que las dota de unidad: presionar moralmente al recurrente mediante una variedad de acciones...»*. Conviene por tanto, diferenciar entre el delito que responde a la nota común que configura la unidad y que estará siempre presente en la conducta de acoso: los delitos de los arts. 173 y 175 CP, y las concretas acciones que integren el iter hostigador que se despliegue por los acosadores que pueden ser muy diversas según los casos. En unos supuestos pueden darse las amenazas, en otros lesiones, ambos delitos o ninguno de ellos.

² Recogido como derecho fundamental en el art.15 CE.

B. La enunciación de estos delitos en pie de igualdad introduce un riesgo de dispersión y de olvido de conductas hostigadoras que pueden dar lugar a otros delitos. Así, por ejemplo podrían incluirse el delito de injurias del art.208 CP, contra la seguridad en el trabajo de los arts.316 y 317 o las coacciones del art.172 CP.

En la esfera militar, el voto particular considera que los supuestos de «mobbing» pueden encajar dentro del art.138 CPM exponiendo *«En el ámbito castrense la respuesta penal a algunas de las conductas consideradas constitucionalmente como mobbing, se encuentra en algunos preceptos, uno de los cuales es el previsto en el art. 138 CPM, aplicable a supuestos de hostigamiento psicológico realizados por un superior prevaleciendo de la condición de tal, pues como señalamos al inicio de este voto particular, la disciplina tanto se quebranta por la insubordinación del inferior como por el abuso de autoridad del superior»*.

En el caso concreto se llega a la misma convicción de la Sentencia mayoritaria que los hechos en su conjunto sólo tienen rango de infracción disciplinaria.

Expone el voto particular al relatar la conducta que: *«Las acciones realizadas de forma conjunta por los mandos de la Guardia Civil inculcados, existiera o no acuerdo previo (coautoría sucesiva versus coautoría necesaria), en lo que aquí interesa, consistieron en:*

a) Ordenar al guardia civil Antonio presentarse en el despacho del Comandante Jesús en presencia de otros mandos al solo fin de preguntarle por las razones que le llevaron a denunciar a un Teniente por abuso de autoridad.

b) Incoar una información reservada sobre el referido guardia civil.

c) Sancionarle como autor de una falta leve por no presentarse en el botiquín, conforme a lo ordenado por un Teniente contra el que se había presentado una denuncia por abuso de autoridad sin investigarse el comportamiento de este último.

d) Finalmente, exigírsele que antes de salir del Cuartel se presentase ante el Comandante Ricardo estando dado de baja y, por tanto, carente de razón de ser; según ha declarado esta Sala en alguna ocasión». Todas estas acciones, consideradas conjuntamente, constituyen a nuestro juicio una clara extralimitación en el ejercicio del mando en razón al fin perseguido, que no fue otro que el de presionar psicológicamente al guardia civil D. Domingo, en abierta contradicción con el art. 35 de las RROO FFAA, que dispone: "Todo militar será respetuoso y leal con sus jefes; profesará un noble compañerismo, sólo supeditado al bien del servicio, y mantendrá con sus subordinados un contacto personal que le permita

conocer y atender sus inquietudes y necesidades, tratándoles con corrección, sin permitirse familiaridades en el servicio o fuera de él, que puedan afectar a su autoridad o prestigio. No prodigará las represiones, sino que las usará con un fundado motivo y siempre con justicia". Alcanzada la anterior conclusión, resta por determinar si tales hechos integran un delito o bien una falta disciplinaria.

Así centrada la cuestión, consideramos que, dada la leve intensidad de la presión ejercitada, de una parte, y de otra, la no causación de un perjuicio objetivable en la salud psíquica de la víctima, y, finalmente, atendida la proporcionalidad que debe existir entre la acción valorada y la respuesta dada por el Derecho, los hechos enjuiciados no son subsumibles en el tipo penal del art. 138 CPM. Por el contrario, sí podrían constituir una falta disciplinaria, no siendo este el momento para proceder a su calificación y posterior encuadre en cualquiera de los tipos disciplinarios en principio aplicables».

A. La referencia a si existe o no plan previo alude a un concierto entre los acusados y no a la existencia de un plan de dominio que dota de unidad jurídica a actos aparentemente dispersos. En el «mobbing», sean los acosadores individuales o colectivos, siempre va a existir un plan unitario por el que se decide desplegar actos sistemáticos de hostigamiento contra una o varias personas de forma individualizada. Ese plan puede traducirse en un acuerdo con otros acosadores o no. Sin dicho concierto anterior, cada acosador responde por sus propios actos hostigadores y no por los de los demás. Tal plan es una pretensión de dominio, jurídica si el acoso se produce desde el superior al inferior, o social en los demás casos de acoso moral. Este afán de dominio es el elemento que unifica primariamente todas las formas de acoso moral ya se produzcan en el ámbito familiar, en el trabajo o el puesto funcional («mobbing»), en el ámbito inmobiliario («blockbusting») o en la esfera escolar («bullying»).

B. El delito que se valora por el voto particular si puede aplicarse es el art.138 CPM, al considerarse que cubre los actos de hostigamiento psicológico. No obstante, debe señalarse que el concepto de violencia psicológica es sustancialmente distinto del de acoso moral, en cuanto que el primero lesiona el bien jurídico de la salud, distinto del de la integridad moral y produce un resultado constatable médicamente.

C. El art.35 de las Reales Ordenanzas puede recoger en el ámbito disciplinar exigencias generales de la integridad moral, como el respeto al superior y el trato correcto al subordinado, estando implícito en el concepto de trato la noción de sistematicidad así como determinados actos hostigadores como podría ser, aplicable al presente caso, el supuesto de sanciones arbitrarias impuestas sin fundado motivo

D. En el presente supuesto se estima que los hechos no son constitutivos de delito. Para ello se parte de que son actuaciones «*en principio legales*», por lo que nos encontraríamos ante acciones con una cobertura jurídica, no dictadas prescindiendo por completo de una previsión normativa. Efectivamente, existe una cierta cobertura formal en la actuación reprochada a los mandos, no se separan de manera grosera de las formas del procedimiento ni concurre una total falta de legitimación para actuar, una ausencia de autorización.

Asimismo, se valora «*la leve intensidad de la presión ejercitada*». Efectivamente, se trata de corregir un ejercicio riguroso o desviado de facultades propias de la potestad de mando, de presiones que tienen exclusivamente una manifestación profesional y que no cruzan el umbral de los insultos, las amenazas, la injuria, las lesiones psicológicas u otros actos hostigadores graves que en conjunto determinen un acoso sancionable como delito. Para ello se parte del principio de proporcionalidad. La entidad de las conductas que se limitan al ámbito socio-profesional difícilmente tendrán una intensidad suficiente para justificar la respuesta penal.

E. Se destaca al descartar la gravedad «*la no causación de un perjuicio objetivable en la salud psíquica de la víctima*». Conforme se ha señalado, tal dato puede graduar la gravedad y las consecuencias penales pero no integra la esencia de la conducta del «mobbing».

IV. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL MILITAR TERRITORIAL CUARTO DE OVIEDO, DE 25 DE ENERO DE 2006

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y HECHOS

Estamos ante una Resolución muy detallada. Aunque no alude directamente al «mobbing», recoge un comportamiento típico de acoso moral. La Sentencia considera probado que un Sargento de la Guardia Civil ocasionó de forma persistente y continuada, entre los años 2000 y 2002, a un Guardia Civil un trato degradante, humillante y vejatorio del siguiente tenor: expresiones de frases injuriosas y contenido despreciativo hacia dicho Guardia Civil en presencia de superiores, iguales y civiles, tales como «idiota, gilipollas, guapito de cara», «mira el guapo de cara», «que guapo está ahí en la garita», «que listo es», «este ya no se enterará como le estoy jodiendo», «le voy a hacer la vida imposible», «en cuanto pueda le voy a joder», «ya tenía que haberle metido un paquete cuando se mar-

chó para que se fuese contento», «fantasma», «listo que eres un listo», «este se va a pudrir en el puesto haciendo puertas» o «te vas a enterar, ya te enterarás». Todas estas expresiones, señala la Sentencia *«fueron dirigidas por el Sargento Javier de forma persistente y continua hacia el Guardia Ignacio y con la finalidad de presionar y hostigar a este último, sin que en ningún momento por aquel mediase provocación o respuesta alguna que diera lugar a que las mismas se produjeran.*

De la misma forma el indicado Sargento Javier al cruzarse con el Guardia Ignacio le dirigía miradas despreciativas, sonrisas y silbidos, le hacía burlas con las manos cuando circulaba con el vehículo oficial o realizaba aceleraciones con el coche delante del Guardia en ademán de atropellarle a la vez que efectuaba comentarios sarcásticos del mismo... En otros momentos, el aludido Suboficial mantuvo al Guardia excluido de las tareas propias de la Unidad durante varios días, convocando posteriormente una reunión con sus subordinados, acusando a aquel de ser «un vago», «un caradura», «un mal compañero» y «de vivir a su costa», recomendándole cambiar de Unidad de persistir en su actitud. El Sargento... trató en todo momento de aislar al Guardia del resto de los componentes del equipo, llegando a aquel a recriminar al que conversara con el citado Guardia en tono amenazante, con frases como «que sea la última vez que te veo hablar con Ignacio». Además asignó a este en el día de descanso servicio de atención al teléfono de forma innecesaria.

Como consecuencia de la presión a la que estuvo sometido el citado Guardia, este solicitó la baja laboral, siendo diagnosticado de ansiedad y depresión cuyo origen tuvo lugar en el medio laboral».

Los hechos que se relatan son un caso claro de acoso de los que se deduce una alta intensidad que permite traspasar los límites de la simple infracción disciplinaria. Tal proceso hostigador sistemático y prolongado en el tiempo puede sistematizarse en tres apartados:

A. Menoscabos profesionales que por si solos no habrían superado la mera responsabilidad administrativa.

Tal acoso profesional consistió en no asignar al Guardia trabajo, al excluirlo temporalmente de la unidad y encomendarle labores innecesarias como panelar un frigorífico. La Sentencia, como veremos, también incide en aspectos colectivos como la negación a los integrantes de la Unidad de derechos básico como el de descanso.

B. Actos dirigidos a aislar al acosado

El acosador recriminó a aquellas personas que hablaban con el acosado. Si además se hubiera acreditado la difusión de rumores infundados

sobre el acosado entre sus compañeros habría vulnerado además del derecho a la integridad moral el del honor.

Uno de los aspectos esenciales es distinguir, entre lo que es una simple opinión que debe emitirse por razón del cargo profesional que se ocupa, y la difusión de un rumor infundado que como parte del acoso busca desprestigiar al acosado y aislarlo. En este caso, el penado como superior del acosado y responsable suyo en una concreta unidad debe evaluar la aptitud y rendimiento del acosado y comunicarlo al superior jerárquico. Ahora bien, tales opiniones deben emitirse por los cauces previstos, con moderación en la expresión y no dar lugar a una publicidad innecesaria.

C. Una conducta vejatoria que permite apreciar una responsabilidad penal desde la perspectiva de la lesión de la integridad moral de la persona.

El acosado soporta insultos y menosprecios que desconocen el respeto que la merece como persona.

2. CONCEPTO Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Señala la Sentencia, que el material probatorio *«es evidentemente disperso, camuflado, revelador en muchas ocasiones de muy escasa entidad delictiva, susceptible de diversas valoraciones pero por otro lado, constante en el tiempo y sus manifestaciones, revelador de una actividad persistente, ofensiva y despreciativa de la víctima, su entorno y los valores personales y espirituales que le son propios «Gota gota cava lapidem, non bis semper cadentem»: es esta conducta constante y reiterada la que va minado la voluntad y el propio aprecio del ofendido ».*

Con un exhaustivo análisis de la Jurisprudencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo (Sentencias de 2 de junio de 1997, 25 de noviembre de 1998, 20 de diciembre de 1999, 23 de enero, 2 de octubre de 2001 y 20 de septiembre de 2002) del TEDH y del TC la Sentencia define el concepto de trato degradante como: *«cualquier atentado a la dignidad de la persona que lesiones su integridad moral de forma lo suficientemente grave para que objetivamente, pueda generarle sentimientos de humillación o vejación... Dos son, pues los requisitos para la apreciación del trato degradante: la existencia de un trato degradante que alcance un mínimo de gravedad, y que dicho trato pueda generar en la persona sentimientos de temor, angustia e inferioridad susceptibles de humillarle, vejarse o envilecerle y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral».*

Entiendo que estas bases permiten conceptualizar el «mobbing» como una conducta reiterada integrada por una pluralidad de actos en ocasiones de

escasa entidad, que, sin embargo, en conjunto es grave y que aparentemente puede parecer disperso, pero que en responde a un plan unitario y concreto de imponer el dominio de la voluntad a través de un ataque manifiesto mediante actos de menosprecio que desconocen las exigencias de respeto de la persona y que, naturalmente puedan producir un sentimiento de humillación. A ello debe añadirse el ámbito laboral o funcional en que se desarrolla la conducta.

Los párrafos transcritos recogen con bastante detalle los elementos de la conducta de acoso moral:

A. Se manifiesta en actos plurales y un comportamiento sistemático (una actividad persistente).

B. Debe revestir un mínimo de gravedad que puede producirse mediante la reiteración de conductas que aisladamente consideradas sean leves.

En este sentido, la Sentencia expone, que: *«Los epítetos producidos por el Sargento Javier contra el Guardia Ignacio reseñados en los hechos probados de nuestra sentencia... constituyen frases en sí mismas ofensivas y en otros casos, consideradas individual y aisladamente de nula o trascendencia penal, pero puestas en conexión, proferidas todas ellas de forma constante por un superior sobre persona a él subordinada jerárquicamente, constituyen un vínculo idóneo para determinar el deterioro y quebranto de la propia estima con resultados lesivos para la integridad mental del individuo, cual así ha ocurrido en el presente caso...»*

C. La conducta debe ser objetivamente apta para producir un sentimiento de humillación.

El bien jurídico protegido³ es la integridad moral de la persona, cuya lesión produce un sufrimiento autónomo consistente en un sentimiento de temor, angustia e inferioridad que jurídicamente se contiene en los conceptos de humillación y daño moral que no tienen porque constatare médicamente y que debe ser objeto de una reparación civil específica en concepto de daño moral distinta de las lesiones corporales o psíquicas.

Es importante destacar nuevamente que el único fin que integra la esencia del acoso moral es el de lesionar la integridad moral de la persona. Cualquier otra finalidad, aunque pueda estar conectada con la conducta del acoso moral, será accesoria y no necesaria. Aunque el «mobbing» opere como medio para alcanzar el fin, como un paso que permita alcan-

³ La Sentencia alude también como bien protegido en el art.106 del Código Penal Militar a la disciplina como valor esencial de la institución.

zar una finalidad concreta, el acoso siempre conserva una sustantividad propia. La singularidad que dota de autonomía al «mobbing» es la lesión de la integridad moral como manifestación de la dignidad de la persona. En unos casos el «mobbing» se puede ver como un medio para que salga de la empresa, para que cese en una actitud reivindicativa, para mejorar los rendimientos de la organización o en otros casos cabe que se despliegue una conducta acosadora sin un fin concreto. El plan preconcebido que dota de unidad a un conjunto de actos que aparentemente son dispersos es el de humillar y negar la posibilidad de autodeterminarse de la persona reduciéndola a un objeto. Otros fines que pueden, o no, darse y que son distintos en cada caso no forman parte de la esencia de concepto.

En el supuesto examinado, a través del «mobbing» se perseguía mantener el alto rendimiento de la Unidad.

La Sentencia manifiesta, que: *«la total dedicación al servicio del Sargento motivó unos resultados espectaculares de eficacia de la Unidad que mandaba, pero para conseguir estos logros precisaba obligar a sus subordinados a un ritmo de trabajo que en modo alguno se compadecía con las necesidades del servicio»*.

Efectivamente, la Unidad en la que se produjeron los hechos tenía una alta efectividad lo que determinó que se confiriera al Sargento un amplio margen de dirección y actuación sobre sus miembros y que no existiera, como veremos, una actuación decidida del superior jerárquico para poner fin a la situación degradante una vez que se conoció la misma.

Desde esta perspectiva, el Sargento pretendía imponer plenamente su voluntad exigiendo un determinado «rol» a los agentes bajo su mando sobre los pilares de plena obediencia y dedicación total renunciando a derechos básicos como el descanso. Tal renuncia se consideró que se compensaba con el complemento económico específico. Para la Resolución judicial existió un *«olvido palmario del derecho al descanso que toda persona tiene en el desempeño de su trabajo»*, recogiendo como, fue precisamente el Teniente Coronel quien, a la vista de las informaciones que pudo recabar, organizó una reunión de mandos con la finalidad de conseguir al menos 24 horas de descanso ininterrumpido para los miembros de la Unidad.

Desde esta perspectiva, el acoso moral se presentaba como una forma de actuación que buscaba el que la Unidad siguiera consiguiendo sus resultados profesionales a costa del descanso necesario de sus miembros, y desplegar una conducta hostigadora contra quien presentara en su actitud una amenaza a la eficacia de la Unidad, bien exigiendo descansar, bien relajando su nivel de actuación.

3. CLASES DE ACOSO MORAL

El acoso moral atendiendo a un criterio subjetivo puede diferenciarse en:

A. Horizontal: sería el que se produce entre personas del mismo rango en la escala jerárquica.

B. Vertical: el acoso moral lo protagonizan personas de graduación diversa, pudiendo distinguir entre el vertical descendente en que el acoso moral lo realiza el superior jerárquico sobre el inferior, y el vertical ascendente que lo efectúa el inferior sobre quien ocupa peldaños superiores en la estructura jerárquica.

Todas estas modalidades de «mobbing» pueden tener trascendencia penal si la conducta hostigadora es grave, si bien el acoso vertical ascendente muy difícilmente se presentará en la realidad, ya que el superior en el ejercicio de sus facultades impedirá normalmente que una falta de respeto ocasional se reitere y alcance el rango de la habitualidad.

En el acoso vertical en el seno de las Fuerzas Armadas, un principio que de forma específica se lesiona en el «mobbing», como es el de respeto, informa normativamente a la relación jerárquica en los dos extremos: del inferior a superior y viceversa. No obstante, ello no impide que en el vertical descendente se aprecie una mayor gravedad, el cual deriva de un especial desvalor al abusarse de una posición de superioridad lo que exige una intervención particularmente intensa del Derecho penal.

Sobre los particulares efectos del acoso descendente incide la Resolución judicial: *«A lo anteriormente expuesto, se ha de añadir el mayor efecto intimidatorio que para el subordinado tiene el comportamiento del superior al que debe subordinación y respeto; y que conlleva su correlato, en el deber del superior de respetar la dignidad del inferior, tal como se proclaman en el artículo 171 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y aplicable a los miembros de la Guardia Civil... Por otro lado, una de las obligaciones o deberes del mando, que se recoge en el artículo 99 de las antes citadas Reales Ordenanzas, determina que al subordinado se le debe tratar con respeto y guardar la consideración que merece. Deberes, los anteriormente señalados que fueron quebrantados por la conducta del Sargento... en un ejercicio desafortunado e inaceptable de sus facultades de mando»*. El acoso vertical descendente se caracteriza por añadir a la transgresión del deber de respeto que deriva del art.99 de las Ordenanzas el mayor efecto intimidatorio que tiene su acción y el ejercicio desviado de las facultades de mando como características que deben agravar la respuesta jurídica a la acción delictiva.

La relación jerárquica en el acoso vertical puede ser genérica o concreta. La genérica implica simplemente un rango superior y la concreta exigiría además un mando preciso en la Unidad del acosado. Ambos modalidades de acoso moral reúnen un *plus* de gravedad, aunque en el concreto el contacto directo con el acosado implica mayores posibilidades de desplegar una actividad hostigadora con trascendencia penal.

Otro criterio de clasificación, también subjetivo, puede establecerse atendiendo al destinatario de la agresión moral. En el caso analizado, el comportamiento acosador no sólo se dirigía hacia una única persona. La Sentencia señala que, al menos dos Cabos y tres Guardias eran objeto de comportamientos similares. El comportamiento autoritario, brusco en las formas e incluso vejatorio dirigido a un colectivo, no se corresponde tanto con una situación de «mobbing» que requiere conceptualmente un ataque personalísimo, sino con una forma de actuación despótica. Esto puede plantearse de forma frecuente en el marco de estructuras como las Fuerzas Armadas o de Seguridad en que el principio de jerarquía se presenta de forma muy intensa al ser un elemento esencial para conseguir una actuación eficaz. Desde esta perspectiva, se suele alegar que el supuesto acoso consiste, en realidad, en una forma de actuación brusca y recriminatoria general el cual no se dirige a lesionar la integridad moral de la persona, sino que es producto de una forma de ser concreta de quien realiza la acción. Es decir, que se comporta igual con todos.

Sobre esta base podríamos distinguir las siguientes posibilidades:

A. Personalísimo: El acoso se individualiza con una sola persona. Es el caso más claro y no plantearía problemas.

B. Colectivo: forma de actuación que tiene como destinatario el grupo como tal, sin concretarse en una o varias personas específicas. En sentido estricto no existe acoso moral, aunque pueda haber un comportamiento abusivo.

C. Individualizado plural: Sería un comportamiento intermedio entre los dos anteriores. El proceso hostigador se dirige personalísimamente contra algunas o todas las personas dentro de la organización; aunque los actos acosadores se ejercen contra varios, tales actos no se manifestarían al colectivo, sino que se proyectan de forma individualizada sobre personas determinadas, este sería el caso analizado. Como señala la Resolución judicial, dichas personas « *fueron sometidos de forma individual*» a la situación de acoso, por lo que concurriría el requisito del «mobbing» de que sea un ataque individualizado y directo.

Penalmente, existirían tantos delitos como personas sometidas a una vulneración grave de su integridad moral.

4. POSIBILIDAD DE APRECIAR LA MODALIDAD DELICTIVA DE COMISIÓN POR OMISIÓN

La responsabilidad del acoso puede extenderse a los superiores jerárquicos del acosador en aquellos casos en que, conociendo por cualquier circunstancia la existencia de una situación de acoso moral, no hacen nada para evitarlo. Los pilares jurídicos sobre los que debiera asentarse dicha responsabilidad son una posición de garante, un deber reforzado del superior de evitar que se produzca una vulneración en los derechos fundamentales del inferior a su cargo y la comisión por omisión o posibilidad de producir un resultado no haciendo. La Sala 5ª del Tribunal Supremo (Sentencias de 11 de octubre de 2001) integra la comisión por omisión en el marco de la responsabilidad disciplinaria por negligencia como *«un obrar no conforme a Derecho que viene a significar descuido, omisión, falta de aplicación o falta de actividad o del cuidado necesario en un asunto por quien no está impedido de tenerlo y debe prestarlo, equivaliendo la expresión «negligencia en el cumplimiento», como dice la sentencia del 11/05/00, a su «realización en forma defectuosa o imperfecta, y su referencia a las obligaciones profesionales a la amplia gama de los deberes que le competen como Guardia Civil que abarcarían desde el servicio mal realizado hasta una función administrativa deficientemente ejecutada».*

En el caso analizado, la falta de actuación de los superiores ocasionó a los integrantes de la Unidad *« la más absoluta orfandad»*. Para la Sentencia examinada *«Ha quedado demostrado que la propia estructura del servicio de policía judicial ayudó a que pudiera cometerse el delito de abuso de autoridad de su mando respecto a sus subordinados. El hecho de existir una Jefatura orgánica distinta de la Jefatura funcional, así como también facultades por mandos del acuartelamiento, hacen que los integrantes de dicha unidad de policía judicial sufriesen una desorientación respecto a que mando debían acudir en solicitud de apoyo para evitar el acoso y persecución a que venían siendo sometidos. Tal desorientación no elimina las presuntas responsabilidades en que pudieran haber incurrido quienes de una u otra forma propiciaron el que pudieran efectuarse estas conductas. Así, es revelador que los ofendidos y perjudicados... acudiesen al Teniente... para manifestarles sus inquietudes y afrentas solicitando su protección y sin que ello supusiese el dar parte de su superior pues solo deseaban que «se les dejase en paz», llegando incluso uno de los guardias a llorar de impotencia en su despacho. Existe prueba de que esta incidencia privada, dolorosa y desde todo punto de vista inaceptable fue puesta de manifiesto por dicho Oficial al procesado que recriminó al quejoso con*

palabras como «llorón»... Así pues, la conducta de este mando pudiera ser constitutiva, al menos de una falta grave de las previstas en la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil. Es evidente que su conducta motivó el desamparo de sus subordinados». Asimismo también se considera que el Capitán⁴ responsable funcional de la Unidad conoció de la cuestión «aunque no adoptó medida alguna al no querer formular partes los integrantes de la Unidad, aunque si es cierto contrastaba sus versiones con los criterios del Sargento».

De estos párrafos transcritos cabe extraer las siguientes conclusiones:

A. La falta de actuación de los superiores refuerza el efecto intimidatorio del acoso, generando en las víctimas un sentimiento de desamparo y de orfandad que permite la continuación de la acción delictiva.

B. Las estructuras organizativas pueden facilitar el acoso moral al desorientar a las víctimas del acoso, ya que pueden no tener claro a quien deben acudir para poner fin al proceso acosador. El asunto se agrava en el caso de las Unidades de Policía Judicial, en que la dualidad de jefaturas, una orgánica y otra funcional, pueden producir un elemento de confusión en el subordinado.

C. La puesta en conocimiento puede ser formal o material. El efecto reactivo del superior no sólo debe producirse cuando se le formulen quejas a través de los mecanismos formalmente establecidos. Cualquier circunstancia por la que el superior conozca la situación de acoso moral debe producir automáticamente su reacción. El que en el presente caso no se elevaran partes de quejas por los subordinados es indiferente. El superior conoció por medio del contacto directo con los subordinado los hechos acosadores, siéndole referidos por alguno de ellos con una gran carga emocional por lo que quedó generado un deber de actuar para poner fin a la situación.

D. La reacción del superior no exige que sea eficaz. Cualquier responsabilidad exigirá una pasividad absoluta, no siendo suficientes actuaciones escasas o ineficaces, salvo que la misma encubran la voluntad de no impedir el delito lo que será difícil de probar en la práctica. No obstante no basta con acciones meramente formales que encubran un propósito específico de tolerar el acoso moral. Las actuaciones exigibles al superior cuando tenga conocimiento de la situación de acoso son las de desplegar una actuación investigadora, requiriendo, en su caso, al acosador al cese de la conducta y promoviendo los mecanismos disciplinarios correspondientes. En el presente caso, el comportamiento del superior no fue de total

⁴ La Sala deduce testimonio contra el mismo.

abstención ya que, al menos, contrastó las versiones de los agentes con el criterio del penado, pero debieron practicarse más actuaciones de investigación y corrección de la situación. La actuación no sólo resultó insuficiente, sino que produjo un efecto perjudicial para los intereses de la víctima ya que, como expone la resolución judicial, facilitó *« en todo momento al Sargento Javier una información privilegiada sobre los pasos que daban los ofendidos en demanda de apoyo y protección »*.

La actuación debió ser más completa y contundente en cuanto existían indicios claros de que las quejas eran ciertas. Inicialmente, debe descartarse cualquier animo de los agentes de perjudicar al sargento ya que, como señala la Sentencia: *« Mal puede argumentarse una reivindicación orquestada contra el suboficial cuando ha quedado demostrado que en ningún momento quisieran dar parte de él y sólo pretendían de sus superiores la mediación para que les dejase en paz »*. A ello deben añadirse datos suplementarios, como la espectacular incidencia de bajas en el servicio y la propia actitud del Sargento, ya que cuando el Teniente le manifestó excelentes resultados profesionales de la Unidad de Policía Judicial, el Sargento manifestó: *« también las pirámides se hacían con esclavos »*.

La frase resulta muy expresiva, estando presente en ella una justificación de la pretensión de dominio que es la esencia del acoso moral. En esencia, la formula reproduce el mensaje de que el fin justifica los medios, y de que para conseguir la máxima eficacia de la unidad sería lícito despojar a la persona de todos los derechos, reduciéndola a un objeto sujeto a una potestad dominical de quien tendría lo más amplios poderes sobre ella, cercenando cualquier posibilidad de autodeterminación de la misma.

E. La responsabilidad es puramente administrativa

Por todo ello la Sala concluye: *« En este marco, la sensación es la de que ante los excelentes resultados de la Unidad se miraba para otra parte sin esclarecer suficientemente los problemas existentes protegiendo a los necesitados con olvido de los reiterados mensajes que los hechos arrojan »*.

Efectivamente, ante la existencia de indicios fiables de la comisión de conductas de acoso moral, cabe concluir cierta tolerancia del mando superior hacia tal situación que no emprende una investigación eficaz porque considera que la lesión de la integridad moral sería un precio que puede pagarse ante los éxitos obtenidos por la Unidad. El «mobbing» sería percibido como un medio de acción apto para realizar otro principio de funcionamiento de la Administración como es el de eficacia. No obstante, es claro que el principio de eficacia nunca puede obtenerse a costa del prin-

cipio de legalidad, de los derechos fundamentales de la persona y del principio de jerarquía uno de cuyos ejes, como hemos visto, es el de respeto recíproco entre superior e inferior.

5. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

A. Declaración del acusado

La Sala no de credibilidad a la declaración del acusado sobre las siguientes razones:

a) Contradicción en su declaración

Para la Sala, el acusado *«incurre en contradicción afirmando que desde que el guardia Ignacio dejó de estar a sus ordenes en la Policía Judicial no volvió a cruzarse con él más que en un par de ocasiones, lo que queda palmariamente desmentido por una generalizada testifical y lo absurdo del aserto, al estar ofendido y ofensor destinados en el mismo acuartelamiento y necesariamente deben coincidir en puertas y dependencias comunes»*.

La contradicción no deriva de que en una fase procesal declarara una cosa y en el acto del juicio diera una versión distinta sino de que lo que manifiesta no resulta creíble proyectando reglas de lógica mínima. Aunque en un momento dado no formaran parte de la misma Unidad, estaban en el mismo acuartelamiento en el que forzosamente debían coincidir en los espacios comunes. Desde esta perspectiva no puede prosperar una alegación sobre una supuesta falta de oportunidad física de desplegar una conducta acosadora.

b) El acusado reconoció pautas de conductas en su comportamiento con la Unidad susceptibles de integrar indicios de «mobbing».

Manifiesta la Resolución judicial, que: *«Es el propio procesado el que reconoce (fol.106) respecto a sus subordinados que deben saber cuales son sus obligaciones, manifestando que «una forma de expresarlo era dejar en cierto modo de lado a ese Guardia empleando a los demás en los servicios», es decir reconoce como técnica de control de voluntades el aislamiento para seguidamente promover reuniones con el resto del equipo afeando su conducta para una vez humillado y seguidor de las pautas unilaterales y arbitrarias de conductas impuestas según su criterio»*.

El modelo de comportamiento que el acusado reconoce se corresponde con indicios típicos de un «mobbing» si bien no es lo suficientemente grave para integrar por sí sola una responsabilidad penal. El agente, al no asumir el papel impuesto por su superior, es aislado de la organización,

privado de realizar su actividad que se carga sobre los compañeros, y simultáneamente se le minusvalora públicamente ante dichos compañeros.

B. Declaración de la víctima y demás testigos

La prueba de una situación de acoso moral, al igual que cualquier conducta delictiva oculta y dispersa en el tiempo, presenta dificultades que se agravan en la prueba testifical. El silencio con el que el testigo ha asistido al proceso hostigador por indiferencia, evitar problemas o miedo a ser el siguiente es de prever que persistirá en el acto del juicio y que su declaración no será contundente. En el presente caso se da la circunstancia de que los testigos también habían padecido ofensas y humillaciones similares al querellante por parte del acusado.

La Sentencia pone de manifiesto en diversos párrafos el particular ánimo subjetivo de los testigos. Recoge la declaración de un testigo que sumamente afectado por estas conductas llegó a definir como de *«pánico la sensación que se tenía frente al superior y que le llevó a sufrir ataques de ansiedad y de baja laboral, situación a la que llegó la mayor parte de la plantilla de la Unidad, humillada y ofendida por su superior»*. Asimismo y en relación a otra testifical expone la Resolución la *«especial consideración merece para esta Sala la declaración del Cabo 1º D. Julio, que emocionado y temerosos de las consecuencias de su declaración hasta el punto de tener que expresársele la protección de este Tribunal, manifestó sobre la total animadversión que el Sargento tenía hacia el guardia Ignacio a quien insultaba y amenazaba con perjudicarle, así como a los compañeros que con él se relacionasen»*.

Dos son las consecuencias que cabe fijar:

a) El Tribunal viene a considerar de especial trascendencia la *«carga de emotividad»* de estos testimonios. Bajo el principio de inmediatez y de contacto directo, el órgano judicial estima que las emociones que se le manifiestan son reales y que no surgen de la nada, lo que se le cuenta es verdad. En definitiva, que no se está fingiendo ante él. No cabe deducir un patrón de conducta consistente en que, quien ha sido objeto de una situación de acoso moral, debe mostrar en su declaración ante el Tribunal una afección o emotividad determinada.

b) Frente a situaciones de miedo en los testigos que el Tribunal percibe, este último sin perder su imparcialidad es sensible a dicho miedo y expresa la protección del Tribunal como medio de reforzar en el testigo su seguridad anímica y que cumpla su deber procesal de declarar lo que vio. El amparo del Tribunal en juicio, operando como garante de que no sufrirá represalias por su declaración puede ser un medio eficaz para lograr que el testigo declare sin titubeos.

Además el Tribunal otorga credibilidad a los testigos al valorar que *«Todos estos insultos y menosprecios en su tenor literal, fueron repetidos ante la Sala sin contradicción alguna por el denunciante y por la totalidad de testigos de las acusaciones que concretaron los lugares y formas que se profirieron»*. Por tanto se pondera:

a) La ausencia de contradicción: han declarado de forma uniforme sin contradecirse ellos mismos con sus declaraciones previas, ni con lo que manifiestan los demás testigos.

b) La precisión en el relato de hechos: la declaración no es vaga ni general. Dentro de los límites de la memoria se la conducta hostigadora se encuadra espacialmente, detallando de forma precisa las formas en las que se manifestó.

Asimismo, expone la Sala: *«Debe hacerse constar que todos estos testigos declaran de forma totalmente congruente, reconociendo lo que habían oído y lo que no habían oído, con excelentes expedientes profesionales y sin sombra alguna de sospecha sobre su parcialidad»*. Por tanto se viene a valorar:

a) La ausencia de exageración: No se advierte en la testifical un resentimiento hacia el acusado. Los testigos relatan los hechos que han presenciado, y dicen también lo que no han oído lo que revela que no tienen la intención de perjudicar a toda costa al penado.

b) El expediente profesional previo: aunque la Sala utiliza este argumento de forma incidental no parece que las vicisitudes del expediente profesional puedan utilizarse como argumento para establecer la credibilidad o no de un testigo. Desde esta perspectiva, en el marco de la jurisdicción penal ordinaria, en los delitos cometidos en la esfera laboral o funcionarial, la trayectoria profesional es irrelevante para determinar si un testigo dice la verdad. Del mismo modo el legislador tampoco le da importancia ya que no incluye la vida profesional entre las preguntas iniciales que la ley impone que el Juzgador formula al testigo antes de declarar sobre si tiene algún vínculo de amistad o parentesco con el acusado. El que se tenga un *curriculum* profesional intachable no es una garantía de imparcialidad a la hora de declarar. Un ejemplo es el acusado a cuya declaración el Tribunal no le da ninguna verosimilitud, y no obstante tenía un expediente profesional excepcional siendo responsable de una unidad con un alto rendimiento.

La relación previa del testigo con el acosador y acosado plantea las siguientes posibilidades de valoración de prueba:

a) Presunción de imparcialidad de todos los testigos

b) Presunción de parcialidad: En este caso los testigos han sufrido también la humillación de un superior, pero ello no permite concluir que

declaren por resentimiento hacia el superior. Antes hay que someter la declaración al filtro de la inmediación en el acto del juicio, y el órgano judicial no parece deducir del contacto directo un sentimiento de venganza hacia su superior que pudiera mediatizar su declaración.

c) Valoración concreta en cada supuesto: no cabe acudir a presunciones automáticas y abstractas, sino que es resultado que en cada caso resulte de la inmediación el que determinará la credibilidad del testigo.

C. La prueba médico-forense

La Resolución judicial considera que se ha vulnerado la integridad mental del ofendido «... *si bien esta Sala no puede valorar el grado de perjuicio al no contar con prueba pericial en tal sentido que pudiera de haber aportado en el momento procesal oportuno las partes acosadoras*».

Discrepo parcialmente de esta valoración. En sentido estricto no se ha producido una lesión de la integridad corporal, sino de la moral. El trato degradante probado ha lesionado, como hemos visto, el bien jurídico de la dignidad y de la integridad moral. Este bien jurídico tiene una autonomía respecto a la integridad psíquica en sus exigencias y en el resultado producido. La lesión de la integridad moral produce un sufrimiento específico como es el daño moral que genera una pretensión de resarcimiento económico y que no puede ser apreciado en una prueba pericial médica al no ser constatable por los sentidos. El daño moral se presume al ser inherente a la humillación como resultado natural de una conducta lesiva de la integridad moral. En consecuencia, dicho daño moral integraba un perjuicio actual, cuya extensión no debía derivar de una prueba pericial, sino de la gravedad de la conducta hostigadora. Es la entidad de la acción delictiva la que debe determinar la extensión del daño moral y, en consecucional dar lugar a una responsabilidad civil.

CANOVA USERA⁵, señala que el elemento decisivo en la lesión de la integridad psíquica no es que «el sujeto activo tenga el propósito de humillar ni que el sujeto paciente se haya sentido humillado, lo determinante es la producción de un trastorno en la psique de la víctima que le impida el libre desarrollo de su personalidad... En definitiva, la humillación no sería constitutiva de la acción lesiva de la integridad moral, aunque de darse, la cualificaría como trato degradante. Tampoco es preciso, en consecuencia, ánimo de envilecer en el victimario. Lo anterior acaba conduciendo a la distinción entre lesión de la integridad psíquica, si se causó un trastorno en el libre desarrollo de la personalidad por menoscabo psicológico, y lesión de la integridad moral, cuando se degrada a la víctima. Diferenciamos así

⁵ CANOVA USERA,R.: El derecho a la integridad personal, 2006, pp.94-95.

entre integridad física, psíquica y moral: tres bienes jurídicos que, al diferenciarse, permite una mejor protección».

La tesis es sugerente, pero el libre desarrollo de la personalidad no es, en mi opinión, un elemento relevante en la integridad psíquica ni un elemento diferencial con la integridad moral. El libre desarrollo del individuo, como autodeterminación de la persona dentro de los límites que marca el orden público, y el propio respeto que la persona se debe a sí misma, es un elemento fundamental en la integridad moral. La enfermedad, constatable médicamente, y la humillación son los elementos que respectivamente caracterizan de forma diferenciada a la integridad psíquica y moral.

«LA DETENCIÓN DEL MILITAR PROFESIONAL: ALGUNAS CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO»

Capitán Auditor José Luis Martín Delpón
Juez Togado

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE ESTUDIO

Dentro del proceso penal, las medidas cautelares de carácter personal son todas aquellas que están orientadas a asegurar la persona del delincuente y aquellas responsabilidades pecuniarias que puedan derivarse de la causa en cuestión. Estas medidas cautelares personales recaen única y exclusivamente en el imputado y afectan, con la salvedad de la citación, al derecho fundamental a la libertad deambulatoria, prevista en el artículo 17 de la Carta Magna. Debido a esta afectación constitucional de tanto calado como es la libertad individual, la detención, una de dichas medidas cautelares, está regida inexorablemente por la necesidad de motivación, proporcionalidad e imperio del principio de legalidad.

Tradicionalmente, este instituto procesal ha sido regulado de modo especial para los militares que se ven sometidas a esta medida, si bien sin perder de vista en todo momento la legislación común, cuyos principios y directrices nunca podrán –y no son de hecho– transgredidos por la legislación militar específica. El objeto del presente estudio no es otro que el análisis de dicha normativa especial y el planteamiento de ciertos problemas de procedimiento y de índole práctico que surgen en las Unidades militares cuando se les pone en conocimiento la detención de alguno de sus miembros. Las peculiaridades del estatuto del militar profesional y la posi-

bilidad de ser trasladado a un centro militar de detención preventiva obligan a un pormenorizado análisis de aquellas cuestiones que pueden suscitarse ante la noticia de una detención.

2. CONCEPTO GENERAL¹

En un primer acercamiento, la doctrina científica del derecho procesal penal ha definido de diversos modos la medida cautelar de la detención. Así, GOMEZ ORBANEJA define la detención como la medida consistente en la limitación de la libertad individual de una persona, con carácter provisional, para ponerla a disposición del juez instructor a los fines del sumario². Por su parte, FENECH la considera como un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de carácter provisional, y que tiene por fin ponerla a disposición, mediata o inmediatamente, del Instructor del proceso penal para los fines de éste, en expectativa de su posible prisión provisional³.

LORCA NAVARRETE la define como la situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de sus voluntad, una conducta lícita. Sea cual la sea la definición adoptada, lo esencial del concepto de la detención es que es una medida cautelar procesal⁴. GIMENO SENDRA la considera como «una medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísima, que pueda adoptar la Autoridad judicial, policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, bien de ponerlo a disposición de la Autoridad Judicial, bien si se encuentra ya en dicha

¹ Entre la bibliografía general, destaca, entre otras, CASAL HERNÁNDEZ, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; FERNÁNDEZ SEGADO, *El derecho a la libertad y a la seguridad personal*, en Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid - N. 4 (dic. 2000), p.53-98, FREIXES SANJUÁN, *El derecho a la libertad personal: análisis de constitución, legislación, tratados internacionales y jurisprudencia (Tribunal Europeo y Tribunal Constitucional)*, Barcelona: PPU, 1993; GARCÍA MORILLO, *El derecho a la libertad personal: (detención, privación y restricción de libertad)*, -Valencia: Tirant lo Blanch, 1995; GIMENO SENDRA, *El proceso de habeas corpus*, -2.ª ed. / corregida, actualizada y ampliada por Javier Vecina Cifuentes Madrid: Tecnos, 1996; GONZÁLEZ AYALA, *Las garantías constitucionales de la detención: los derechos del detenido*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999 o RODRÍGUEZ RAMOS, *La detención*, Torrejón de Ardoz: Akal, D.L. 1987.

² GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 1987, 10.ª Edición, p. 208.

³ FENECH, *El proceso penal*, Madrid 1982, 4.ª edición, p.145.

⁴ LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990, pp. 271 a 280.

situación, de resolver sobre la misma, restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos interina»⁵.

Si se tuviera que manejar algún criterio clasificatorio, entre las clases de detención, podríamos distinguir las detenciones atípicas de las típicas⁶. Las primeras son aquellas que no se encuentran recogidas « *ni participan con plenitud de la naturaleza de las medidas cautelares, por lo que en ocasiones, poseen una dudosa legitimidad constitucional* ». En cambio las segundas, son aquellas que se desarrollan conforme a lo previsto en los artículos 489 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRIM), artículo 201 y siguientes de la Ley Procesal Militar (en adelante LPM) y todo ello, bajo el pórtico constitucional del artículo 17. Como ya se expuso en el primer epígrafe la detención preventiva afecta frontalmente a un derecho fundamental, pilar de todo el sistema de libertades públicas. A continuación daré algunas pinceladas al respecto.

3. LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y SU AFECTACIÓN CONSTITUCIONAL.

3.1. Primera aproximación. Un rápido análisis de la legislación española nos arroja como resultado que los únicos supuestos en los que, de conformidad con el artículo 17, se puede privar a una persona de la libertad son la detención preventiva, la prisión provisional y la prisión. Ello no obsta para que haya otros supuestos en los que dichas privaciones puedan producirse al amparo de la legalidad vigente. Se pueden destacar fundamentalmente los supuestos de retención al amparo de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana⁷ o la retención para efectuar la prueba de alcoholemia (por ejemplo, SSTC 107/1985, de 7 de octubre; 22/1988, de 18 de febrero) y el internamiento en centro psiquiátrico u otro centro asistencial⁸.

⁵ GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1997

⁶ PEREZ-CABEZOS Y GALLEGOS y PUYOL MONTERO, *Derecho Procesal Penal y Militar*, editorial REUS. S.A. Madrid 1994, p. 239.

⁷ En virtud del artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana, las Fuerzas de Seguridad están capacitadas para requerir a todas aquellas personas que no pudieran identificar a que sean acompañados a dependencias policiales y puedan ser finalmente identificados. La medida de retención sólo podrá durar el tiempo imprescindible.

⁸ De cualquiera de las maneras, reiterada jurisprudencia del TC (por todas, la STC 98/1986) reconoce que no hay zonas intermedias entre la detención y la libertad, así nociones como privación o restricción de libertad carecen de sentido.

3.2. La regulación en el derecho internacional público. Desde la óptica de las normas de Derecho Internacional Público que consagran la aplicabilidad de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, se deben distinguir dos grandes grupos. El primero, los instrumentos internacionales de carácter general y universal. El segundo, los instrumentos derivados del Derecho Comunitario, con carácter territorialmente limitado.

La Declaración Universal de los Derechos Humando, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, dispone en el artículo 11 que « *toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad*». Con esta base, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, igualmente aprobado por las Asamblea General, de 16 de diciembre de 1966, establece en su artículo 9.3. que « *toda persona detenida o presa a causa de infracción penal... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad*». Este precepto en su apartado cuarto ahonda en la configuración del sistema de garantías al remarcar que « *toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un Tribunal a fin de que decida con la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal*».

Basta indicar en este punto que los precepto antes invocados son plenamente aplicables en nuestro ordenamiento ya que el artículo 10 de la CE una vez que establece en su párrafo primero que « *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*», prevé en su párrafo segundo que « *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*» Dichos Tratados Internacionales quedan incorporados y vigentes a nuestro ordenamiento por mor de los artículos 93 y siguientes de la CE.

3.3. Regulación en el derecho comunitario. Dentro del derecho comunitario, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, redactado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, consagró en su artículo 5.3. que « *toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad podrá estar condicionada a una garantía que asegure la com-*

*parecencia del acusado en juicio»*⁹. El párrafo cuarto de este precepto preveía que *«toda persona privada de su libertad, mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un Tribunal a fon de que éste se pronuncie en breve plazo acerca de la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal»* y, en consonancia con ello, el artículo 6 asentaba en el ámbito europeo las garantías derivadas de la presunción de inocencia. Tampoco se plantea duda alguna respecto a la vigencia y aplicabilidad del Derecho Comunitario en nuestro ordenamiento.

3.4. Formulación constitucional. La detención preventiva tiene su consagración constitucional expresa en el artículo 17¹⁰, precepto el cual se haya enmarcado dentro de los derechos fundamentales previstos en el Título I, bajo la rúbrica «De los derechos y deberes fundamentales», Capítulo II «Derechos y libertades», Sección Primera «De los derechos fundamentales y libertades públicas», a cuyo tenor establece lo siguiente:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*
2. *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*
3. *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.*

⁹ Cabe apuntar que al citado Convenio Europeo el Gobierno español formuló a la hora de ratificarlo una reserva a los artículos 5 y 6, en tanto que era incompatible con la potestad disciplinaria de las Fuerzas Armadas a la hora de imponer sanciones privativas de libertad, previstas en el entonces vigente Código de Justicia Militar.

¹⁰ En el ámbito estrictamente castrense, la regulación de la potestad disciplinaria militar, recogida en la Ley Orgánica 8/1998, prevé el arresto como sanción a imponer tanto por la comisión de una falta leve o grave, de los artículos 7 y 8 respectivamente del citado cuerpo legal. El arresto, recogido entre las sanciones posibles, en los artículos 9, 13 y 14 de la Ley Disciplinaria constituye un verdadera privación de libertad, si bien legalmente amparada, no sólo porque la Ley habilitadota ostenta el carácter de orgánica sino también porque la propia Constitución, por vía negativa, autoriza esta opción al consagrar en el artículo 25.3. de la Carta Magna que *«La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.»*

4. *La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*¹¹.

Por tanto, el poder constituyente acabó regulando la detención preventiva centrándose, en esencia, en el periodo máximo de duración de la medida cautelar y excepcional en cuestión¹². Fijó dicho periodo en setenta y dos horas, entendiéndose expresamente que el uso de dicho tiempo debe estar orientado a la práctica de aquellas diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Finalizadas las setenta y dos horas, como máximo, o el tiempo a lo largo del cual se haya dilatado la medida de detención el detenido *«deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial»*¹³.

Algunas primeras consideraciones se pueden hacer en relación con la regulación constitucional.

a) En primer lugar, como medio de protección de la eficacia y vinculatoriedad de los derechos fundamentales, el derecho a la libertad deambulatoria queda afecto al principio de reserva de ley. Dicho principio se haya contenido en el artículo 53.1. de la Carta Magna al disponer que *«los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).»*

b) En segundo lugar, las previsiones constitucionales en materia de libertad deambulatoria aparecen ligadas muy estrechamente con el principio de legalidad penal, ya que, obviamente, será en el seno de un proceso penal donde se pueda adoptar la aplicación de una medida de este porte. Así, el artículo 25 de la CE dispone que *«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no*

¹¹ Esta garantía fue regulada mediante la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del Procedimiento de Habeas Corpus.

¹² En los trabajos preparatorios de la Comisión Constitucional y en concreto en el Anteproyecto elaborado, recogía el plazo máximo de setenta y dos horas pero con la obligación de que el detenido debería ser puesto a disposición judicial en las 24 horas siguientes a producirse la detención y el juez en el plazo de 72 horas debía pronunciarse motivadamente sobre la libertad o la puesta a disposición judicial. La redacción actual se lleva a cabo a raíz de la enmienda del Sr. Sancho Rof con los votos de UCD y de Alianza Popular.

¹³ Fundamentalmente hay dos posibles variaciones en el plazo de setenta y dos horas constitucionalmente previsto. Por un lado, en el supuesto de elementos terroristas o miembros de bandas armadas, en cuyo caso, según el artículo 55.2 CE y el artículo 520 bis de la LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el plazo podrá ampliarse cuarenta y ocho horas más, siempre que en las primeras 48 horas de la

constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.»

c) Máxime cuando la legalidad que habilita al órgano jurisdiccional a llevarla a cabo ostenta en rango de Ley Orgánica. Este instrumento formativo viene diseñado en el artículo 81 de la Constitución, quedando limitado por el ámbito de aplicación del mismo, a saber, el « *desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*»¹⁴. (SSTC, entre otras, 160/1986, de 16 de diciembre o 118/1992, de 16 de septiembre).

d) La titularidad de este derecho del artículo 17 viene atribuida a las personas físicas siendo independiente la nacionalidad de los mismos, aunque la regulación en el caso de los extranjeros varía en relación con los nacionales, en atención a la norma específica que lo regula¹⁵.

El párrafo segundo del artículo 17 viene desarrollado en el artículo 520 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo tenor establece que la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

detención se comunique al juez y éste así lo autorice, mediante resolución motivada en las 24 horas siguientes. Se podrá incluso solicitar la incomunicación del detenido. Tanto en estos supuestos como en aquellos en los que se decreta la incomunicación, ello conllevará que, en todo caso, el Abogado será designado de oficio y no podrá entrevistar de forma reservada con el detenido y éste no podrá comunicar su detención, tal y como prevé el artículo 527 de la LECrim. El otro supuesto en el que el plazo queda alterado es en el caso de declaración del estado de excepción en cuyo caso se autoriza a la autoridad gubernativa para que pueda detener a cualquier persona por un plazo no superior a diez días, aunque debiendo comunicarse al juez la detención en un plazo de veinticuatro horas y manteniéndose las garantías del párrafo 3.º del artículo 17 CE, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Para el estado de sitio, el régimen de la detención preventiva será el mismo añadiéndose la opción de poder autorizar la suspensión de garantías, según el artículo 32 de la Ley Orgánica.

¹⁴ Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en múltiples pronunciamientos, destacando la STC 160/1986, de 16 de diciembre o la 118/1992, de 16 de septiembre.

¹⁵ Ley Orgánica, de 11 de enero, de libertades y derechos de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, y por la L.O.14/2003, de 20 de noviembre.

3.5. Derechos inherentes a la condición de detenido¹⁶. Toda persona detenida o presa, según el párrafo segundo, será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio¹⁷.

d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.

e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.

f) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

¹⁶ El ATC núm. 234/2005, de la Sala Segunda, de 6 junio, recuerda la doctrinal jurisprudencial del Alta Intérprete de la Carta Magna en lo que atañe a las garantías constitucionales del detenido, remitiéndose a la STC 21/1997, de 10 de febrero, al decir que éstas *«se han configurado legalmente en el artículo 520.2 LECrim y cuya finalidad es la de asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra en la eventualidad de quedar sometido a un proceso»*. Lo que el propio precepto constitucional quiera evitar, sin duda, es que se pueda producir una situación de indefensión respecto de la persona detenida, tal y como lo ha corroborado sentencias, entre otras, STC 107/1985, STC 196/1987 y STC 341/1993. Estamos, según consagra el TC, en el Auto 282/1993, de 20 de septiembre, ante una verdadera obligación de informar de los hechos que se le imputan al detenido y de los derechos que le asisten

¹⁷ La STC núm. 165/2005 (Sala Segunda), de 20 junio, se hace eco de la tradicional doctrina en virtud de la cual es preciso distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales, enmarcada en el artículo 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el artículo 24.2 CE, enmarcada ahora en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido. Esta bicefalía de la asistencia letrada ya vino reconocida en el ámbito internacional. Así, en los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en los artículos 9 y 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, sin perjuicio de la interpretación del TC en sentencias, entre otras 196/1987, de 11 de diciembre, 188/1991, de 3 de octubre o 7/2004, de 9 de febrero.

El párrafo cuarto incluye que la autoridad judicial y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso, se abstendrán de hacerle recomendaciones sobre la elección de Abogado y comunicarán en forma que permita su constancia al Colegio de Abogados el nombre del Abogado elegido por aquél para su asistencia o petición de que se le designe de oficio. El Colegio de Abogados notificará al designado dicha elección, a fin de que manifieste su aceptación o renuncia. En caso de que el designado no aceptare el referido encargo, no fuera hallado o no compareciere, el Colegio de Abogados procederá al nombramiento de un Abogado de oficio. El Abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad y en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas, contadas desde el momento de la comunicación al referido Colegio.

Es importante reseñar que la asistencia del Abogado consistirá en, según establece el párrafo sexto del presente precepto a las siguientes actuaciones:

a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el núm. 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f).

b) Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido

4. LA REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL ÁMBITO CASTRENSE. LA LEGISLACIÓN PROCESAL MILITAR

4.1. Antecedentes. El antecedente inmediato de la detención de los militares se encuentra en los artículos 668 y siguientes del Código de Justicia Militar¹⁸. Tanto el propio cuerpo normativo original como las

¹⁸ El Código de Justicia Militar de 1945 (en adelante CJM) se aprobó a raíz de su publicación de la Ley de 17 de julio de ese mismo año, en el Boletín Oficial, número 201, del 20 de julio, comenzando su vigencia veinte días después de la misma, la cual se llevó a cabo el 25 de agosto de 1945, sufriendo sucesivas reformas en su articulado por las Leyes de 8 de junio de 1947, 21 de abril de 1949, 26 de febrero de 1953, 17 de julio de 1953 y de 30 de marzo de 1954, 17 de diciembre de 1964, 30 de diciembre de 1969, 15 de noviembre de 1971, 17 de marzo de 1973 y, por último, la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo. La edición manejada para el presente artículo es la de DIAZ-LLANOS LECUONA, R., *Leyes Penales Militares*, Editorial Compañía Bibliográfica Española, Madrid, 1968

sucesivas reformas supusieron una verdadera recepción en la esfera del Derecho Procesal y Penal Militar de todas las innovaciones doctrinales que se iban engarzando, paralelamente, en el derecho común, abandonando no sólo el primitivo espíritu de las Ordenanzas militares sino también introduciendo las modernas técnicas codificadoras de aquel entonces¹⁹. Así, la regulación de la detención del militar quedaba coherente con la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 487 y siguientes.

Con este precedentes, en las Primeras Jornadas de los Servicios de los Cuerpos Jurídicos de la Defensa, en relación con la detención de militares se expusieron las siguientes conclusiones²⁰.

- La normativa específica sobre detención de militares tiene remotos antecedentes en nuestro Derecho Histórico con base en un principio de honda raigambre en la Institución Castrense: el de que los militares en activo nunca pueden sustraerse a sus mandos naturales y, en consecuencia, no pueden ser detenidos más que por sus jefes, y han de sufrir la detención o prisión preventiva bajo custodia en establecimientos militares.
- Esta regulación especial de la detención de militares no constituye un privilegio de clase, sino que es una exigencia derivada de la peculiar naturaleza de la Institución militar y de la índole de las funciones y servicios que tiene encomendados, por lo que no vulnera el principio constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.
- En el actual ordenamiento jurídico, la regulación específica sobre la detención de militares está constituida por las normas contenidas en los artículos 676 del CJM, y 172 y 173 de las Reales Ordenanzas Militares, aprobadas por Ley 85/78, de 28 de diciembre, así como por las del Decreto de 11 de julio de 1934, integrando todas ellas un conjunto armónico de disposiciones.
- Con arreglo a esta normativa: a) los militares en activo no podrán ser detenidos mas que por las Autoridades o Jefes Militares de los que dependan, debiendo a tal efecto las Autoridades Gubernativas o Judicial que hubieran ordenado la detención interesar su ejecución a aquéllas Autoridades o Jefes. b) solamente cuando no fuera posible interesar de las citadas Autoridades o Jefes militares la detención, por tratarse de casos de manifiesta urgencia o flagrante delito, podrá

¹⁹ RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, p.1036 y 1037.

²⁰ Puede ser consultado el texto en la Revista Española de Derecho Militar, número 43, p. 263.

efectuarse la misma de forma inmediata por las Autoridades gubernativas o judiciales no militares. C) aún en los citados supuestos de manifiesta urgencia o flagrante delito, la detención de un militar que estuviese prestando servicio de armas o cualquier otro cometido de carácter esencialmente militar, sólo podrá ser practicada por los Jefes o Superiores a cuyas órdenes se encuentra a no ser que se hubiere puesto fuera del alcance de dichos Jefes o Superiores. D) en todos los casos en que proceda la detención de un militar por las Autoridades Gubernativas o Judiciales, éstas deberán comunicar inmediatamente la misma a las Autoridades militares y la formación del atestado o diligencias quedando a «disposición» de la Autoridad Gubernativa o judicial que hubiera ordenado la detención. E) los militares detenidos sufrirán la detención en establecimiento militar, o en su defecto en prisión civil con separación de los demás presos o detenidos.

- Las normas específicas sobre detención de militares son aplicables en su totalidad al personal militar en servicio activo y en situaciones que pudieran ser equiparables según la legislación sobre situaciones militares, entre ellas la de reserva de Generales y Almirantes. A los Jefes, Oficiales y Suboficiales en situación de retirados sólo le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 676 del CJM (cumplimiento de la detención en establecimientos militares) y en el párrafo segundo del artículo 173 de las RROO (permanencia mínima en dependencias policiales), pero no le serán aplicables las normas del Decreto de 11 de julio de 1934, por lo que pueden ser detenidos por las Autoridades Gubernativas o Judiciales en todo caso, incluso cuando no se trate de supuestos de urgencia o flagrancia.

4.2. Regulación en la Ley Procesal Militar²¹. El Capítulo VIII del Título II de la Ley Procesal Militar, bajo las rúbrica « de las medidas cautelares sobre la persona» contempla como medidas personales cautelares la citación, la detención, la prisión preventiva y la libertad provisional. En concreto, la detención viene regulada en los artículo 200 a 214 del cuerpo

²¹ Los antecedentes de la tramitación parlamentaria de la actual Ley Procesal Militar se publicaron en su integridad en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, número 3 y 4, páginas 764 a 1125 y 1189 a 1532, respectivamente. Vid. MILLAN GARRIDO, *La nueva legislación orgánico-procesal militar española: Algunas consideraciones introductorias*, en Comentarios a las Leyes Procesales Militares, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Subdirección de Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, páginas 36 a 57.

legal analizado, derogando lo previsto en el antiguo Código de Justicia Militar²².

LORCA NAVARRETE reconoce que *«la normativa específica sobre detención del militar se fundamenta en un principio plenamente acogido en el ámbito castrense: el de que los militares en activo nunca puedan sustraerse a sus mandos militares y, por ello, no pueden ser detenidos más que por sus jefes y han de sufrir la detención o prisión preventiva bajo su custodia en establecimiento militar»*²³. De estas palabras se extraen dos consecuencias ineludibles y que marcan el desarrollo del presente trabajo:

1. Los militares en situación de actividad son detenidos, como regla general, conforme a los dictámenes de la normativa común vigente, i.e. la LECRIM.
2. Única y exclusivamente cuando el militar en activo se encuentre a disposición de su Mando Militar o cuando no se retrase la efectividad de la detención, ésta se llevará a cabo por los propios Jefes del detenido. Dicha obligación pasará a ser inexcusable cuando el militar se halle en servicio de armas u otro cometido esencialmente militar o cuando el militar detenido se halle físicamente en recinto militar.

4.2.1. Principio de legalidad²⁴. En primer lugar, el artículo 200 no hace más que cristalizar la exigencia constitucional de que la detención sólo podrá venir justificada por un aplicación estricta de la ley. Así, prevé que *« Ninguna persona podrá ser detenida sino en los casos y formas prescritos en la Ley.»* El artículo 489 de la LECRIM prevé de forma pareja que *«Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban.»* En palabras de LORCA NAVARRETE la detención debe ser *«legal»*, es decir se debe practicar en los casos y en la forma prevista por la Ley. Así, si hablamos de un militar, se acude a las disposiciones de la LPM, en cambio si es de una persona en la que no concurra dicha circunstancia, se estará a lo dispuesto por la LECRIM, sin perjuicio del carácter supletorio de ésta última, respecto de la primera²⁵.

²² Donde se preveía un plazo ordinario de detención preventiva de cinco días. A pesar de tener reformas postconstitucionales, la derogación expresa en lo que atañe a la detención se produjo en el año 1989 con la publicación de la LPM.

²³ LORCA NAVARRETE, *Comentarios...*, p. 278.

²⁴ Véase RUIZ VADILLO, *El Principio de legalidad en el Derecho Procesal Militar*, en Comentarios a las Leyes Procesales Militares, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Subdirección de Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, páginas 880 a 891.

²⁵ LORCA NAVARRETE, *Comentarios...*, p. 274.

4.2.2. ¿Quién puede practicar la detención?²⁶ Por su parte, el artículo 201 establece que «*La detención de las personas responsables de hechos que, pudiendo ser constitutivos de delito, aparezcan como de la competencia de la jurisdicción militar, podrá acordarse por el Juez Togado que incoe las actuaciones, así como por las autoridades o sus agentes facultados legalmente para ello.*»

Respecto a la competencia de los Juzgados Togados Territoriales hay que indicar que en virtud a lo previsto en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante LOCO), corresponde a los mismos la instrucción de todos los procedimientos judiciales cuyo conocimiento sea competencia de la jurisdicción militar, con las excepciones establecidas en esta ley. Así, el artículo 61 dispone que las funciones de dichos Juzgados serán:

1. La instrucción de los procedimientos penales militares por hechos ocurridos en la demarcación de su competencia y cuyo conocimiento corresponda al respectivo Tribunal Militar Territorial.

2. La instrucción y fallo de los procedimientos por falta común que se atribuyan a la jurisdicción militar seguidos contra las personas con fuero ante el Tribunal Militar Territorial a cuyo territorio pertenezcan.

3. El conocimiento de la solicitud de habeas corpus con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de su ley orgánica reguladora.

4. La vigilancia judicial penitenciaria en relación con los establecimientos penitenciarios militares y sus internos.

5. La práctica de las diligencias que otro órgano jurisdiccional les encomiende.

6. Las actuaciones a prevención y prórrogas de jurisdicción que determine la legislación procesal militar.

7. Las funciones que se les encomienden por otras leyes²⁷.

²⁶ Así, como consecuencia el artículo 491 establece que el «*particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior.*»

²⁷ Así, en aplicación de este precepto, el artículo 203 prevé que el detenido o, en su nombre, el cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos y los representantes de los menores e incapacitados, podrán, en cualquier momento, comparecer verbalmente, sin formalismos ni necesidad de Abogado, ante el Juez Togado o Tribunal Militar a cuya disposición se encuentre el detenido, para exponerle las consideraciones que estimen oportunas respecto a los motivos, tiempo y condiciones de la detención y al objeto de que se resuelva inmediatamente sobre la legalidad y las condiciones de la detención, conforme a Derecho. Al mismo tiempo, el artículo 204 preceptúa que la elevación de la detención a prisión y la libertad del detenido se acordar por auto, que se notificará al Fiscal Jurídico Militar, al acusador particular, si lo hubiere, y al interesado y se pondrá en conocimiento del Jefe de quien dependa el detenido. Dichos autos serán susceptibles de recurso de apelación.

La detención de aquel militar que aparezca como presunto autor de un delito de cuyo enjuiciamiento se ocupa los órganos de la Jurisdicción Militar encuentra su razón de ser en la rapidez que debe orientar nuestra actuación procesal. JIMÉNEZ JIMÉNEZ consideró que «*la rapidez o la capacidad de reacción inmediata cuando se produce un hecho delictivo afectante a las Fuerzas Armadas*» debe ser una de las características predicable de la Jurisdicción Militar²⁸.

El artículo 202 dispone que «*Los Órganos Judiciales Militares, los Fiscales de la Jurisdicción Militar*²⁹, *las Autoridades Militares y sus agentes, en los casos en que proceda la detención de una persona en quien no concurra la condición de militar en actividad, observarán las normas de la legislación común.*» Este artículo es el que señala, por primera vez en nuestro articulado, cómo se debe reaccionar ante la detención de una persona que no es militar. No plantea más problema en cuanto que la legislación común será la aplicable a estos efectos. Si bien, nos pone en la línea de uno de los factores que habrá que vigilar especialmente respecto a la detención de un militar y es, precisamente, acreditar que lo es.

De conformidad con la normativa procesal vigente, tres tipos de sujetos pueden practicar la detención: un particular cualquiera, las Fuerzas de seguridad y autoridad gubernativa y los propios Jueces y Fiscales. Al tratar la medida cautelar de la detención, la mayoría de la doctrina se centra en la detención gubernativa, la judicial o la policial, pero se dejan en el tintero la posibilidad de la detención por los particulares, la cual exigirá la autorización judicial expresa posteriormente a su ejecución³⁰.

El artículo 490 LECRIM establece que cualquier persona puede detener:

- Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.
- Al delincuente *in fraganti*.
- Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.
- Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.

²⁸ JIMENEZ Y JIMENEZ, F., *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial CIVITAS, 1.ª edición, 1987, p.90.

²⁹ De conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la detención acordada por alguno de los miembros de las Fiscalías Jurídico Militares serán legal y ajustada a derecho, con la obligación de ponerlo en conocimiento inmediato de la Autoridad Judicial de quien dependa.

³⁰ DE QUEROL LOMBARDEO, J. F., *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Tomo II, Secretaría General Técnica, Ministerio de Defensa, Madrid 1995, p. 1616.

- Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.
- Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.
- Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

El artículo 492 de la LECRIM establece que la Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener, en los siguientes casos:

1. A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.
2. Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.
3. Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.
4. Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes:
 - Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.
 - Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

Según el artículo 494, los Jueces y los Tribunales podrán acordar la detención en los casos previstos en el artículo 492, «a prevención con las Autoridades y agentes de Policía judicial.»

4.2.3. Análisis del artículo 205 de la LPM. Nos encontramos aquí con un precepto verdaderamente importante en lo que atañe a la aplicación práctica en la vida de las Unidades. Es el artículo 205, a cuyo tenor establece:

La detención de un militar en actividad, dispuesta por Autoridad Judicial de cualquier jurisdicción, miembros del Ministerio Fiscal, Autoridad gubernativa, funcionario o agente, se efectuará conforme dispone el ordenamiento común para la detención, en especial si se trata de flagrante delito. No obstante, se ejecutará a través de sus jefes si estuviera a su alcance inmediato, o si no retrasa, con perjuicio grave, la efectividad de la medida. Quien practique la detención sin acudir a los Jefes del militar detenido, dará cuenta inmediata a éstos de tal detención, sin perjuicio del derecho y del deber

del militar detenido de comunicar inmediatamente con sus superiores que le confiere el artículo 173 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se observarán las siguientes reglas:

Si el militar se encuentra desempeñando un servicio de armas u otro cometido esencialmente militar, se llevará a cabo solamente por sus Jefes de quienes se interesará, a no ser que hubiera cometido delito flagrante y estuviere fuera del alcance de dichos Jefes.

Si el militar se encuentra en recinto militar se interesará la detención del Jefe de mayor empleo y antigüedad que se encuentre destinado y presente en él.

Dentro del precepto analizado, se han destacar las siguientes notas:

- En el primer párrafo, el precepto procesal comienza indicando que el ámbito subjetivo de aplicación será el de *la detención de un militar en actividad*. Ello implica que no sólo estamos hablando de militares en servicio activo, conforme a lo previsto en el artículo 138 de la Ley 17/1999, de Régimen del Personal Militar Profesional, sino que el propio artículo habla de «actividad». Así, esta situación puede expandirse a los militares en la reserva que ocupan un destino específico de esta situación y se hallan, por ello, en situación de actividad. Además, la aportación de recursos humanos prevista en el Título XIII de la Ley citada, obliga a incluir en el ámbito de acción de la norma, en mi opinión, al reservista activado. No así, al que no se encuentra en su periodo de activación. Como ya he reseñado más arriba, uno de los factores que han de ser acreditados en el momento en que se comunica la detención de un militar, es precisamente eso, que se trata de un militar en situación de actividad, ya que no deja de ser una situación beneficiosa acogerse al artículo 205 de la LPM³¹.
- Continúa el tenor del artículo indicando que la detención ha de ser «*dispuesta por Autoridad Judicial de cualquier jurisdicción, miembros del Ministerio Fiscal, Autoridad gubernativa, funcionario o agente*». Se ello se infiere que cualquiera de las modalidades de detención previstas en la Ley son aplicables a los efectos del artículo 205 de la

³¹ LORCA NAVARRETE, *Comentarios...*, p. 278 recoge que las normas específicas de la detención del militar son aplicables «*en su totalidad al personal militar en activo y situaciones afines como las de reserva*».

LPM. Habrá que corroborar que es una verdadera detención y no una retención, al amparo de la Ley de Seguridad Ciudadana, la cual no opera en este sentido. Lo que sí que está claro en cualquiera de los supuestos es que siempre habrá una autoridad judicial a cuya disposición se ha puesto el detenido y será ésta quien domine todo el proceso de traslado del militar detenido. Sólo la autoridad judicial y nunca la militar será la competente para autorizar el traslado y todas las vicisitudes a las que se pueda ver sometido el mismo.

- Dispone el artículo analizado que esta detención *«se efectuará conforme dispone el ordenamiento común para la detención, en especial si se trata de flagrante delito»*. De aquí se deduce que el momento en que la Autoridad Militar hace suyo el militar detenido tiene que hacerse constar ineludiblemente la documentación en la que se demuestra que la detención ha sido practicada conforme a los cauces legales, ya indicados. En íntima relación con este precepto, el artículo 214 preceptúa que *«El militar que hubiera incurrido en la comisión de faltas o infracciones administrativas y acreditado su condición, no podrá ser conducido a ninguna dependencia policial, debiendo limitarse los Agentes de la Autoridad gubernativa o judicial a tomar nota de los datos personales y del destino del mismo, a efectos de tramitar la oportuna denuncia.»* Es decir, sólo por delito y no por la comisión de una falta penal o infracción administrativa se pone en marcha la maquinaria procesal de la detención del militar³².
- *«No obstante, se ejecutará a través de sus jefes si estuviera a su alcance inmediato, o si no retrasa, con perjuicio grave, la efectividad de la medida.»* Obviamente si la detención va a recaer sobre un militar que se encuentra en su Unidad de destino, la detención se hará «a través» del Jefe de Unidad. La expresión indicada no supone que sea el Jefe de Unidad el que debe practicar materialmente la detención sino que previo su conocimiento la Fuerza Pública podrá proceder a la detención. Como correlato de lo anterior, el artículo 206 dispone que *«La Autoridad o Jefe Militar de quien se interese la*

³² Este extremo viene ratificado en la legislación común, al recoger el artículo 495 de la LECRIM que *«No se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle»*. En cambio choca comprobar que la Constitución no hace mención alguna a esta exigencia penal material. En el diario de sesiones número 43, de 24 de agosto de 1978, se puede consultar el voto particular de Gregorio Peces Barba quien abogaba por la inclusión, al igual que hacia la Constitución de 1931, del requisito de comisión delictiva como habilitante de la detención.

detención de un militar dará cumplimiento inmediato al requerimiento en los exactos términos en que éste se exprese». Sin duda, la Autoridad deberá dar conocimiento de la detención practicada a la Autoridad jurisdiccional a cuya disposición esté el detenido. Por vía negativa, el artículo 207 considera que «en el caso de que la Autoridad o Jefe Militar a que se hubiere encomendado la detención no pudiera cumplirla inmediatamente por encontrarse accidentalmente fuera de la circunscripción de su mando el que deba ser detenido trasladar con toda urgencia la comisión a la que lo fuera del lugar en donde éste se encuentre, comunicándolo así a la autoridad judicial o gubernativa que la hubiera acordado.»

- Aunque si se practica la detención *«sin acudir a los Jefes del militar detenido, dará cuenta inmediata a éstos de tal detención, sin perjuicio del derecho y del deber del militar detenido de comunicar inmediatamente con sus superiores que le confiere el artículo 173 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.»* En este precepto se juntan por un lado la obligación de las Fuerzas del Orden Público se poner en conocimiento de la Autoridad Militar el hecho de la detención –situación cotidiana– y, por otro lado, la obligación del militar de ponerlo en conocimiento de sus Jefes.

4.2.4. ¿Dónde debe ejecutarse la medida de detención acordada a un militar? ¿Dónde debe ser trasladado? Si acudimos a lo previsto en el artículo 208 de la LPM, *La detención de un militar en actividad acordada por quienes señala el primer párrafo del artículo 205 se cumplirá en establecimiento penitenciario militar de la localidad donde se produzca la detención y si no existiere, en otro establecimiento militar.* Como el único establecimiento penitenciario militar que actualmente existe es el de Alcalá de Henares, en el ámbito territorial habrá que acudir a lo dispuesto por la Autoridad Militar.

Desde el momento en que nos comunican la detención de un militar por un delito no militar, ¿a disposición de quién se encuentra? Como ya he indicado, la detención lleva adherida la puesta a disposición judicial. Una vez que se haya determinado qué juez es el competente para el conocimiento de la causa y que ha adoptado la medida cautelar de detención, sólo dicha autoridad judicial podrá disponer del detenido, lo que implica que sólo ella podrá autorizar el traslado, la visita a un centro hospitalario o cualquier aspecto que pueda afectar al mismo. Además, el artículo 209 ratifica esta idea al prever que *«El militar detenido estará a disposición de quien haya dispuesto su detención, siendo conducido ante el mismo cuantas veces fuere requerido para ello.»*

Este mismo artículo admite la posibilidad de que «*el Juez podrá acudir cuantas veces lo considere necesario al establecimiento en que se halle detenido*», lo que hace absolutamente necesario, una vez producido el traslado, indicar a la autoridad judicial dónde se halla el detenido y comunicar a los Servicios de Seguridad de los respectivos acuartelamientos que ante una visita de dicha autoridad no se ha de poner traba alguna, puesta que es esta autoridad y sólo esta la que controla y supervisa el proceso de la detención y la evolución del plazo máximo de detención preventiva³³. No hemos de olvidar que dicho plazo se haya supeditado a la realización de aquellas diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos, tal y como prevé el artículo 17.3. de la Constitución.

4.2.5. ¿Cuándo se nos debe comunicar la detención por la fuerza pública y cuanto tiempo tenemos para trasladarlo? Casi se podría afirmar que la nota temporal es la más importante de las circunstancias que caracterizan la situación de la detención preventiva bajo el mandato del artículo 17 de la Carta Magna. Así, el TC, en STC 31/1996, de 27 de febrero, 21/1997, de 10 de febrero, 174/1999, de 27 de septiembre, 179/2000, de 26 de junio, 288/2000 y 224/2002, reconoce que la limitación temporal ha de estar inspirada siempre por el criterio del plazo lo más breve posible, sin que sea necesario agotar el límite de 72 horas. Se pueden citar como características las siguientes:

1. Todas las limitaciones de libertad previstas no sólo en la Constitución sino en la legislación de desarrollo presentan un límite máximo, de tal modo que no dicha situación de privación no puede extenderse más allá del mismo. Aún así, el plazo de la detención preventiva es el más riguroso de nuestro ordenamiento, ya que a diferencia del instituto de la libertad provisional –cuyo plazo queda diferido a la legislación procesal–, en el caso de la detención es la propia Constitución la que limita imperativamente el plazo en 72 horas.
2. Desde la óptica de interpretación del artículo 17.3. en relación con los instrumentos internacionales que consagran derechos fundamentales, la Constitución es más exigente respecto del plazo que los citados Tratados Internacionales. En efecto, el CEDH es partidario, en su artículo 5, del criterio del plazo lo más breve posible, mientras que el PIDCP, en su artículo 9.3., dispone la detención se llevará a cabo sin dilación y sin demora. Esta carácter riguroso ha

³³ El propio artículo en su párrafo *in fine* establece que «*designado el lugar de la detención se comunicará a la mayor brevedad a quien la hubiere ordenado*»

sido reconocido en el Fundamento de Derecho 4.º de la STC 21/1997, de 10 de febrero.

3. Desde el óptica teleológico, el sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, *evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada*, tal y como ha previsto STC341/1993, de 18 de noviembre y en la STC 179/2000, de 26 de junio.

La jurisprudencia ha establecido que en la detención preventiva operan en esencia dos tipos de plazos, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la *«realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos»*, tal y como reza el artículo 17.2. Dicho plazo, por su propia naturaleza, puede variar dependiendo de la naturaleza del caso o las circunstancias de la detención. En términos de la STC 23/2004³⁴, *«para la fijación de tal plazo habrán de tenerse en cuenta estas circunstancias y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida»*³⁵. Será en este periodo, donde se debe llevar la labor de información al detenido de los hechos por los que se le detiene y los derechos que le asisten en calidad de detenido y, es muy posible, que sea en este tiempo cuando se le reciba declaración, si es que no ejercita su derecho a no prestarla. El segundo plazo, por otro lado, es un plazo máximo absoluto que presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención, que, como reseña el Fundamento de Derecho 7.º de la STS 86/1996, no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en dependencias policiales.

La existencia de dos tipos de plazos íntimamente relacionados hace surgir una pregunta ineludible ¿Pueden coincidir ambos plazos? y en caso de que así no ocurriera ¿Qué plazo tiene preferencia: el relativo o el abso-

³⁴ En virtud de esta sentencia se estimo el recurso de amparo interpuesto, por considerar que la detención policial había excedido del plazo de 72 horas, constitucionalmente marcado. Concretamente, el Fundamento de Derecho 4.º consignó que *«En las circunstancias descritas, y no constando otras causas que justificaran la prolongación de la detención policial, ésta quedó privada de fundamento constitucional. En el instante de acabar las averiguaciones policiales tendentes al esclarecimiento de los hechos, momento que nunca puede producirse después del transcurso de setenta y dos horas, pero si antes, la policía tenía que haberlo puesto en libertad, o bien haberse dirigido al Juez competente (SSTC 86/1996, F. 8; 224/1998, F. 4; 224/2002, F. 4). «*

³⁵ En el mismo sentido, SSTC 31/1996, de 27 de febrero; 86/1996, de 21 de mayo y 224/1998, de 24 de noviembre.

luto? La STS 31/1996 y 86/1996 nos ofrecieron la respuesta al considerar que si no coinciden, tendrá preferencia aquel que resulte más beneficioso para el detenido, ya que el plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto. Según recoge la STS 224/1998, en su Fundamento de Derecho 4.º, «*En atención a tales plazos la vulneración del art. 17.2 CE se puede producir, no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial*»

La normativa vigente sólo marca el plazo máximo de 72 horas para la detención preventiva no estableciendo plazos inferiores dentro de los cuales se deben practicar estas gestiones de traslado de detenidos³⁶. Además, el artículo 210 utiliza el concepto indeterminado de «*tiempo indispensable para la práctica del atestado*». Ello parece indicar que una vez que las primeras diligencias han sido practicadas, como ocurre con el atestado, la autoridad gubernativa que lo ha detenido comunicará a la autoridad militar el hecho de la detención, quien en un plazo razonable procederá al traslado. Debe tenerse en cuenta que la permanencia en los locales policiales se llevará a cabo conforme a la exigencia de este propio artículo: *Durante su estancia en tales dependencias deberá permanecer separado de los demás detenidos*. En este sentido, el artículo 210 dispone que «*El militar detenido a que se refieren los artículos anteriores sólo permanecerá en dependencias policiales, gubernativas u otros establecimientos no militares de detención, el tiempo indispensable para la práctica del atestado o diligencias.*»³⁷.

4.2.6. ¿A quién se entregará el detenido y quien lo puede trasladar? En principio, el artículo 211 no hace especiales distinciones. Así, reconoce que «*En los supuestos en que la detención no se hubiere efectuado por sus Jefes y una vez practicado lo dispuesto en el párrafo prime-*

³⁶ LORCA NAVARRETE, *Comentarios...*, p. 276 donde el autor hace una serie de disquisiciones doctrinales interesantes en relación con los plazos de, por un lado, 72 horas que marca la CE y de, por otro lado, de 24 horas que marcan los artículos 295 y 496 de la LECRIM.

³⁷ LORCA NAVARRETE, *Comentarios...*, p. 278. Critica el autor que el contenido de este precepto catalogándolo de «extravagante» por cuanto considera, textualmente: «*parece que el militar delincuente es menos delincuente que el delincuente común, ya que no de otro modo se puede justificar la exigencia de que el militar detenido permanezca en dependencias judiciales comunes en el tiempo indispensable y, reitero, es, exigencia es, sin duda extravagante*».

ro del artículo 210, se entregará el detenido a la Autoridad o Jefe Militar de que dependa o, el su defecto, a la Autoridad Militar superior de la plaza en que se hubiese verificado la detención, con indicación de los motivos que la hubieran originado.» Como se puede observar, el precepto abre dos opciones. Una, que se el propio Jefe Militar de que dependa el que se encargue del traslado. Dos, que se la Autoridad Militar superior de la plaza. De cualquier de las maneras, considero que deben ser miembros de la Policía Militar quienes deben llevar a cabo la detención. El artículo 213 contempla como norma preventiva que «Los traslados del personal militar detenido o sobre el que hubiera recaído auto de prisión, se efectuarán siempre por militares de igual o superior empleo al del interesado.»

4.2.7. ¿Qué obligaciones deben ser exigidas al militar que es detenido? El artículo 212 establece que «Los militares que fueran detenidos conforme a estas normas, acreditarán su identidad y condición de militar en el mismo momento de la detención y podrán exigir a los agentes que la practiquen que, asimismo, se identifiquen. Los militares detenidos deberán acatar las órdenes y determinaciones de las Autoridades o agentes que hubieran acordado o practicado la detención, sin perjuicio de poner posteriormente en conocimiento de sus Jefes las infracciones o abusos que hubieran podido observar.» Como ya he marcado con anterioridad, no se va a plantear problema alguno respecto de la identificación del detenido³⁸. Ahora bien, el hecho de que el detenido se identifique como militar es un extremo que deberá ser estrictamente comprobado con anterioridad a que la Autoridad Militar se haga cargo de él.

4.2.8 ¿Cuál es el régimen jurídico de entrada y salida que se aplica a los militares una vez que ingresan en el Establecimiento de detención preventiva? La normativa reguladora del régimen al que se hayan sometidos los militares que ingresan en este tipo de centros viene recogida tanto en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 como en el Reglamento de 20 de noviembre de 1992, de Establecimientos Penitenciarios Militares (en adelante REPM)³⁹.

³⁸ Máxime cuando el artículo 493 de la LECRIM prevé que «La Autoridad o agente de Policía judicial tomará nota del nombre, apellido, domicilio y demás circunstancias bastantes para la averiguación e identificación de la persona del procesado o del delincuente a quienes no detuviere por no estar comprendidos en ninguno de los casos del artículo anterior. Esta nota será oportunamente entregada al Juez o Tribunal que conozca o deba conocer de la causa.»

³⁹ Según la Disposición Adicional Segunda del REPM las referencias que el Reglamento hace a las Fuerzas Armadas o a sus miembros comprenden al Cuerpo de la Guardia Civil o a sus miembros.

El título habilitante para el ingreso en el Establecimiento Habilitado viene recogido en el artículo 10 del REPM, que dispone que el ingreso de los detenidos y presos se hará mediante *«orden o mandamiento de la autoridad u órgano judicial competente»*. Continúa este artículo previendo dos alternativas en manos de los directores del establecimiento:

- Por un lado, exige el artículo citado que los detenidos serán puestos en libertad por el Director del establecimiento *«si transcurridas las setenta y dos horas siguientes al momento del ingreso no se hubiese recibido mandamiento u orden de prisión del órgano judicial competente»*.
- Por otro lado, prevé que *«en el supuesto que la orden de detención a disposición de autoridad u órgano judicial determinados no proceda de éstos, el Director del establecimiento lo comunicará a quien sea competente dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso del detenido; si en el plazo de setenta y dos horas desde el ingreso no se recibiera orden o mandamiento judicial, procederá el Director a ponerlo en libertad, comunicándoselo a la autoridad que ordenó el ingreso y al órgano judicial a cuya disposición fue puesto»*.

La detención en la que se acompaña de la incomunicación del detenido tiene un régimen jurídico más estricto⁴⁰. Así, el artículo 11 recoge que tras la debida identificación del detenido y su reconocimiento médico, a éste se le asignará una celda *«y sólo podrá ser visitado por el Médico, en su caso, por el personal encargado del incomunicado y por las personas que tengan expresa autorización del órgano judicial.»*⁴¹.

Si como título habilitante del ingreso en Establecimiento de detención preventiva debíamos contar con la orden o el mandato de la autoridad judicial competente, para la puesta en libertad del detenido, el artículo 13, reseña que sólo el mandamiento de libertad de dicha autoridad será el que traiga como consecuencia la finalización de la medida cautelar de deten-

⁴⁰ Dejando de lado el hecho de que los detenidos que lo sean con especiales cautelas debido a su peligrosidad criminal, les será aplicado el artículo 12 que dispone que *«los detenidos y presos que sean calificados, conforme a los criterios que para tal conceptualización se establecen en la legislación penitenciaria común, de peligrosidad extrema o inadaptados al régimen propio de las secciones de preventivos, serán ingresados en departamentos especiales, con régimen similar al señalado para las secciones de régimen cerrado de los penados.»*

⁴¹ Finaliza el precepto indicando que *«Mientras permanezca en esta situación, el Director del establecimiento adoptará las medidas encaminadas a la eficacia del aislamiento, de acuerdo con lo que dispongan las Leyes Procesales Penales, así como las especiales indicaciones que en cada caso formule la autoridad u órgano judicial competentes»*.

ción. En efecto, el citado artículo establece que *«la libertad de los detenidos y presos sólo podrá ser acordada por la autoridad u órgano judicial competente, los cuales librarán al Director del establecimiento el mandamiento necesario para que aquélla tenga lugar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de este Reglamento. Previamente a dictarse por el Director del establecimiento la orden de puesta en libertad, se procederá a revisar el expediente personal del interesado para comprobar que el mismo no se halla sujeto a otras responsabilidades.»*

Con carácter previo a la puesta en libertad se deberá nuevamente a proceder a la identificación, se le suministrará el pasaporte reglamentario para incorporarse a su Unidad, si procede, o a su domicilio habitual, y se le expedirá *«certificación comprensiva del tiempo de privación de libertad»*.

4.2.9. ¿Qué derechos le otorga el ordenamiento jurídico al detenido militar ingresado en una de estos Establecimientos? Aunque no haría falta hacer mención alguna al respecto, puesto que el artículo 25 de la CE es plenamente aplicable a estos efectos, sin perjuicio de lo marcado en la LOGP, el REDM expresamente contempla en su artículo 3 que *« se garantiza la libertad ideológica y religiosa de los internos y su derecho al honor, a ser designados por su propio nombre, a la intimidad personal, a la información, a la educación y a la cultura, al desarrollo integral de su personalidad y a elevar peticiones y recursos a las autoridades.»* Continúa el precepto atribuyendo a los responsables de estos establecimientos la responsabilidad de velar por la vida, integridad y salud de los internos y de facilitarles el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, *«sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que sean incompatibles con el objeto de su detención, prisión o cumplimiento de la condena.»* Asimismo, finaliza el precepto, *«velarán por el ejercicio del derecho al trabajo y a las prestaciones del Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y por el reconocimiento y respeto de cualesquiera otros que tuviera adquiridos.»*

4.2.10. Otros problemas. Existen determinadas cuestiones que no vienen recogidas en la normativa que hasta ahora se ha venido analizando, pero que acudiendo a la LOGP se pueden resolver convenientemente. He consignado, en esencia, dos cuestiones:

- ¿Tienen derecho al reconocimiento médico los detenidos preventivos en unidades militares o, en cambio, puede el Mando Militar obligar a que pasen dicho reconocimiento médico previo al ingreso?
- ¿Puede acudir a un Centro Hospitalario y acreditar allí el reconocimiento forense, en caso de escasez de personal médico disponible y quién debe autorizar este traslado?

Respecto a la primera cuestión. El artículo 1 de la LOGP establece que las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. La Disposición Adicional Primera del REPM reconoce la aplicabilidad de las disposiciones de la LOGP como del Reglamento de 1996, aplicable, por tanto, a los efectos de los detenidos por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que, con posterioridad, se ponen en manos del Mando Militar, en virtud de los artículos 205 y concordantes de la LPM.

A su vez, el artículo 2 de la LOGP prevé que la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales. Se debe incluir, por tanto, las disposiciones de la LECRIM, en concreto, artículo 520 y siguientes, respecto de los derechos y garantías del detenido. El propio REPM dispone en su artículo 2 que los detenidos « gozarán de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y demás derechos que les conceda el resto del ordenamiento jurídico a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido de la resolución judicial...»

Además, el ordinal tercero del artículo 3 establece que la administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos. Trasladado al caso especial de la detención de militar se podría, en mi opinión, hacer la ficción jurídica que donde pone Administración Penitenciaria se podría entender Administración Militar.

A mayor abundamiento se puede citar el artículo 40 de la LOGP que recoge que la asistencia médica y sanitaria estará asegurada por el reconocimiento inicial de las ingresadas y los sucesivos que reglamentariamente se determinen. El reglamento utiliza el verbo «*estará asegurada*», dándole un tinte de obligatoriedad y no meramente facultativo a dicho reconocimiento.

El artículo 20.1. del RGP también parece corroborar esta obligatoriedad al establecer que los detenidos y presos ocuparán una celda en el departamento de ingresos, donde «*deberán ser examinados*» por el Médico a la mayor brevedad posible. Como en el anterior supuesto, la obligatoriedad aparece de un modo diáfano y por tanto no facultativo de cara a la acción del mando militar. En mi opinión, todas las vicisitudes de carácter médico que pueden plantearse en uno de estos Centros de Detención habilitados deben ser resueltas por miembros del Cuerpo Militar de Sanidad quienes, sin perjuicio del reconocimiento médico obligatorio inicial y final del detenido, deberán controlar la medicación a la que están sometidos,

bien desde el inicio de la detención, bien desde antes de la misma, no debiendo recaer en el mando militar la capacidad de decisión acerca de la administración y suministro de los medicamentos que tenga prescrito el detenido, en aras de evitar posibles responsabilidades derivadas del consumo de ciertos medicamentos.

En relación con la segunda cuestión, no hay duda que puede acudir a un centro hospitalario en caso de urgente necesidad, ya que nada puede impedir el derecho a la salud del detenido. Por su parte, el artículo 4 dispone que el detenido «*deberá permanecer*» en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento, que será el Juez competente a cuya disposición se haya, por ello, cualquier traslado fuera del Establecimiento donde la Autoridad Militar haya fijado la detención, por ejemplo, a un centro médico u hospitalario exigiría la autorización de dicha autoridad judicial.

El ingreso en el Centro de Preventivos viene previsto en el artículo 15 al establecer que el ingreso de un detenido, preso o penado, en cualquiera de los establecimientos penitenciarios se hará mediante mandamiento u orden de la autoridad competente. Ya que el ingreso se hace con cargo a la competencia judicial, parece lógico y sensato a efectos del Mando, que las vicisitudes que puedan afectar al detenido en las celdas del Establecimiento Habilitado deban ser autorizadas por el Juez Competente, quien podrá ser, preferentemente el Juez a cuyo disposición se haya ingresado el detenido o, como segunda opción, el Juez Togado Militar de la circunscripción donde se halle el Establecimiento. Además, respecto a los traslados, el artículo 18 prescribe que éstos se efectuarán de forma que se respeten la dignidad y los derechos de los internos y la seguridad de la conducción.

El artículo 28 del REPM establece al respecto que «*la salida de los penados para recibir asistencia médica que no pueda ser prestada en el establecimiento en que se encuentren, será acordada por el Director, a propuesta razonada de los servicios médicos del mismo, dando cuenta al Juez de Vigilancia, cuya autorización previa será necesaria en el caso de que deban quedar ingresados en el centro hospitalario correspondiente, salvo en supuestos de urgencia, en que el Director, con igual propuesta, podrá conceder la autorización, dando cuenta a dicho Juez.*» Aunque en un primer momento, esta norma está circunscrita a los «penados», a continuación el mismo precepto la amplía a los presos preventivos y a los detenidos. Dispone que en estos casos, «*deberá recabarse, previamente, la autorización del órgano judicial o administrativo a cuya disposición se encuentren, salvo en supuestos de urgencia, en que el Director podrá autorizar el traslado dando cuenta a aquéllos.*»

Por esto último, convendría en aras del principio de colaboración que cuando la PM se hace cargo del detenido pudiese solicitar copia del reconocimiento médico que ya le han tenido que hacer en el momento inicial de la detención. Así, este certificado, junto con el que posteriormente se hiciese una vez ingresado en el Centro de Detención Preventiva, acreditaría la integridad física del detenido durante el traslado, ofreciendo seguridad al Mando sobre posibles acusaciones de malos tratos.

4.3. ¿Qué ocurrirá una vez que la detención se ha producido? Una vez que el detenido ha sido trasladado a las dependencias militares habilitadas al efecto, el artículo 496 de la LECRIM particulariza en relación con los artículos 497 a 499 los estadios procesales que siguen a la detención dependiendo del motivo que la hubiese originado. A pesar de que la participación de la Autoridad Militar ya ha cesado en este momento procesal, simplemente cabe apuntarlas:

El artículo 496 establece que *«el particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma»*. Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas. Eso implica que cuando tenemos conocimiento de la detención de un militar por un particular, Autoridad o agente de la Policía Judicial –sabiendo además la autoridad jurisdiccional a cuya disposición se encuentra– han podido pasar como máximo 24 horas.

Ya entrando en la fase procesal que sigue a la detención, el artículo 497 establece que *«si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuere el propio de la causa, y la detención se hubiese hecho según lo dispuesto en los números 1, 2 y 6, y caso referente al procesado del 7 del artículo 490, y 2, 3, y 4 del artículo 492, elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado. Lo propio, y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado»*.

En cambio, el artículo 498 dispone que *«Si el detenido, en virtud de lo dispuesto en el número 6 y primer caso del 7 del artículo 490 y 2 y 3 del artículo 492, hubiese sido entregado a un Juez distinto del Juez o Tribunal que conozca de la causa, extenderá el primero una diligencia expresiva de la persona que hubiere hecho la detención, de su domicilio y demás circunstancias bastantes para buscarla e identificarla, de los motivos que ésta manifestase haber tenido para la detención, y del nombre, apellido y*

circunstancias del detenido. Esta diligencia será firmada por el Juez, el Secretario, la persona que hubiese ejecutado la detención y las demás concurrentes. Por el que no lo hiciere firmarán dos testigos. Inmediatamente después serán remitidas estas diligencias y la persona del detenido a disposición del Juez o Tribunal que conociere de la causa.»

Si el detenido lo es por alguna de las causas previstas en el número 1 y 2 del artículo 490 y en el 4 del 492, el artículo 499 establece que *el Juez de instrucción a quien se entregue practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión o decretará la libertad del detenido, según proceda, en el término señalado en el artículo 497. Hecho esto, cuando él no fuese Juez competente, remitirá a quien lo sea las diligencias y la persona del preso, si lo hubiere.»*

Por último, el artículo 500 dispone que *« Cuando el detenido lo sea en virtud de las causas 3, 4 y 5, y caso referente al condenado de la 7 del artículo 490, el Juez a quien se entregue o que haya acordado la detención dispondrá que inmediatamente sea remitido al establecimiento o lugar donde debiere cumplir su condena.»*

¿Hasta cuando deberá estar custodiado el detenido en la dependencia militar habilitada al efecto? Obviamente, hasta que se haya resuelto acerca de la detención. Así, el artículo 501 dispone que el *«auto elevando la detención a prisión o dejándola sin efecto se pondrá en conocimiento del Ministerio fiscal, y se notificará al querellante particular, si lo hubiere, y al procesado, al cual se le hará saber asimismo el derecho que le asiste para pedir de palabra o por escrito la reposición del auto, consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciere.»*

5. CONCLUSIONES

Una vez que hemos analizado las especificidades procesales que el ordenamiento procesal arbitra en relación con la detención del militar, se puede inferir sin dificultad que, verdaderamente, tampoco hay tantas especialidades en cuanto al proceso. Quitando la comunicación a la Autoridad Militar de la que dependa y el traslado a dependencias militares, los cauces de la detención siguen los principios orientadores de la implantación de cualquier medida cautelar penal. Lo esencial, aquello que el mando militar debe tener en consideración en todo momento, es que la detención del militar acordada por un órgano de la jurisdicción ordinaria, implica inexorablemente la puesta a disposición judicial. Esa autoridad judicial y nunca el Mando militar será la competente para poder decidir acerca de los

traslados y régimen del mismo, acerca de la conveniencia o no de su traslado a un centro hospitalario, acerca, en suma, de cualquier vicisitud que pueda afectar a la detención. Todo ello, sin perjuicio, de que el Juez Togado, en su ámbito de adscripción jurisdiccional, es el competente en materia de vigilancia penitenciaria y del mismo modo, todas las cuestiones que puedan afectar a la estancia de la detención o –en caso de elevación– de prisión, deberán ser puestas en su conocimiento.

LOS TRIBUNALES TRIBALES PARA LA REPRESIÓN DEL GENOCIDIO RUANDÉS

Miguel Alía Plana
Capitán Auditor
Doctor en Derecho, Periodismo, Filosofía
y Ciencias de la Educación

1. INTRODUCCIÓN

Durante la primavera de 1994 fueron asesinadas en Ruanda unas 800.000 personas en uno de los más cruentos crímenes de la historia. Un dato nos puede ayudar a entender la magnitud de la catástrofe: en un informe de Naciones Unidas se concluye que unas 250.000 mujeres fueron violadas durante el genocidio, de las cuales gran parte fueron ejecutadas inmediatamente después. Entre las sobrevivientes, se calcula que unas 15.000 quedaron embarazadas, de las cuales más del 70% son hoy seropositivas según un estudio de «Save the Children»¹. La matanza comenzó apenas unas horas después de ser derribado, en un atentado, el avión en que viajaban los presidentes de Ruanda y de Burundi². Al parecer, el asesinato en masa se había planeado hacía tiempo y lo único que faltaba era

¹ BERGER, Jean-François, «En espera del veredicto», *Revista del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja* (2003), en http://www.redcross.int/ES/mag/magazine2003_1/14-15.html.

² DE WAAL, Alex, y RAKIYA, Omaar, «The genocide in Rwanda and the international response», *Current History*, vol. 19, n.º 591, 1995, p. 156.

el detonador³. Los miembros de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Ruanda (UNAMIR), desplegada en la zona, ya habían alertado del ambiente enrarecido e incluso de los primeros asesinatos, cometidos por motivos raciales⁴. Durante meses, la «Radio-Télévision Libre des Mille Collines» difundió diariamente propaganda racista incitando a la violencia, fomentando el odio e instando a los radioyentes a que exterminaran a los tutsis⁵.

El genocidio fue planeado y ejecutado minuciosamente. A partir de listas preparadas, un número desconocido de personas, portadoras de machetes, garrotes con clavos o granadas, asesinó a profesores, sacerdotes, monjas, funcionarios gubernamentales de todos los rangos; mujeres y niños⁶.

Una vez terminado el genocidio de 1994, una de las primeras medidas del nuevo Estado ruandés fue la persecución y detención de las personas implicadas en las matanzas, los crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos durante la revolución. A pesar de las declaraciones de las potencias occidentales y de sus promesas de cooperación (envío de funcionarios, policías y jueces), Ruanda apenas podía acometer una tarea básica para la reconstrucción física y moral de la nación, como era el castigo de los culpables: su aparato judicial y policial había desaparecido en las fosas comunes. Por otra parte, su sistema carcelario no podía albergar ni alimentar a la gran masa de detenidos: en 2001, había unos 130.000 en prisión y se estimaba que en condiciones normales, dado el estado desastroso en que se encontraba la administración ruandesa, se tardarían 2.000 años para cumplir este cometido⁷. Esta cifra asusta, e incluso en un país desarrollado sin guerra ni genocidio, el sistema penal no habría podido dar abasto ante tal afluencia de detenidos. ¿Qué decir de Ruanda, donde el poder judicial ha estado tradicionalmente bajo la férula del poder ejecuti-

³ Cf.- <http://www.interaction.pair.com/situation/ruanda14.html>. Uno de los mejores, más profundos y extensos informes sobre la situación y desarrollo del genocidio se debe a Naciones Unidas. Cf. «Report of the Independent Inquiry into the actions of the United Nations during the genocide in Rwanda (15 december 1999)», en <http://www.un.org>.

⁴ MACKINTOSH, Anne, «The international response to conflict and genocide: Lessons from the Rwanda experience. Report of the Joint Evaluation of Emergency Assistance to Rwanda», *Journal of Refugee Studies*, vol. 9, n.º 3, 1996, p. 334.

⁵ «Prosecuting genocide in Rwanda: The ICTR and the national trials, Lawyers' Committee for Human Rights», Washington, D.C., julio de 1997, p. 4.

⁶ *Ibid.*

⁷ Comité de Solidaridad con el África Negra, «Los Gacaca», en <http://www.rebellion.org/africa/gacaca240203.htm>; y STOVER, Eric; y WEINSTEIN, Harvey, «My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity». Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

vo, en particular por causa del sistema de elección de sus funcionarios, si el poder ejecutivo mismo no existía?⁸

2. NACIONES UNIDAS Y LA OUA ANTE EL GENOCIDIO RUANDÉS: LA PAZ DE ARUSHA Y EL FRACASO DE LA «FUERZA NEUTRAL INTERNACIONAL», LA UNAMIR Y DEL «GRUPO NEUTRAL DE CONTROL». LA «OPERACIÓN TURQUESA»

El desastre de los Grandes Lagos ha supuesto para Naciones Unidas la demostración de sus errores estructurales y de sus defectos en el diseño y despliegue de operaciones de paz. Las incompatibilidades entre los objetivos de la misión que se desplegó en la zona y la situación real, sus indefiniciones, se han asociado a la carencia de un proceso de investigación previo que aporte a los órganos decisores de Naciones Unidas, y al mando de las fuerzas desplegadas, un adecuado *background* político, en virtud del cual se tenga un conocimiento claro de las implicaciones políticas del conflicto, sus distintas partes, sus pretensiones, etc. La carencia del *background* hizo que los informes remitidos desde Ruanda, en los que se avisaba del futuro genocidio, no fueran atendidos y que los mensajes remitidos desde la zona por los militares desplegados cayeran en saco roto. No sólo falló la información/valoración previa, también el procesamiento de la información, imprescindible para su actualización constante ¿Cómo fue posible? Es inexplicable. O bien Naciones Unidas fracasó estrepitosamente por culpa de su burocracia, que ocultó la información real en su maraña de los archivos, informes, comisiones, comités y despachos; bien sus funcionarios creyeron la información irrelevante, en un alarde de incompetencia, porque los datos de campo contradecían sus lucubraciones. Casi cualquier explicación se admitiría como válida para comprender por qué razón Naciones Unidas no tomó ninguna decisión eficaz ni hizo ningún llamamiento a la comunidad internacional cuando, tras recibir constantes informes sobre la situación en Ruanda, el mundo despertó con la noticia del asesinato de 800.000 personas en el centro de África, sin que se pudiera detener la matanza, una vez iniciada.

El 4 de agosto de 1993, después de años de lucha, el gobierno de Ruanda y el Frente Patriótico Ruandés (FPR), firmaron el acuerdo de paz de Arusha. En él se otorgaba un papel fundamental a Naciones Unidas, a

⁸ NSANZUWERA, F.-X, «La magistrature rwandaise dans l'état du pouvoir exécutif», *CLADHO*, 1993, <http://persoweb.francenet.fr/intermed>.

través de la creación de una «*Fuerza Neutral Internacional*» (FNI), para la supervisión de su ejecución, durante un período de transición a la normalidad, cuya duración se estimaba en el propio tratado de unos 22 meses. Ya en junio del mismo año, ante el éxito de unas negociaciones que todavía no habían terminado, las partes implicadas habían remitido al Secretario General una carta, en la que solicitaban el establecimiento de una misión de Naciones Unidas, a la que su mandato otorgaría las funciones asignadas por el pacto de Arusha a esa futura FNI. A los esfuerzos de Naciones Unidas se sumarían los de la Organización para la Unidad Africana (OUA), a través de su Grupo Neutral de Control («*OAU-Neutral Monitoring Group*», NMOG), que se integraría en la FNI.

De acuerdo con la paz de Arusha, la FNI debía asistir a las partes en conflicto a la aplicación del propio pacto, especialmente mediante el control del proceso de integración de las fuerzas armadas de las dos partes en una única organización, de corte democrático y occidental. La FNI tenía asignada una tarea demasiado amplia. Su mandato incluía el mantenimiento del orden público, la ley y el orden, en el teatro de operaciones, así como el aseguramiento de la asistencia humanitaria a la población civil. Además, debía realizar actividades de desmovilización, desarme de milicias y grupos armados, desminado y control del cese de las hostilidades. Por último, a las anteriores tareas se añadían las de formación de la policía local, en el respeto de los derechos humanos y en los procedimientos operativos occidentales. Así pues, la FNI estaba diseñada como una misión multifuncional, con tareas complejas y que superaban el estricto ámbito militar, de acuerdo con el modelo de las operaciones de paz diseñado en la Posguerra Fría. El Consejo de Seguridad, mediante una declaración⁹, reconoció el pacto de Arusha y los esfuerzos de las partes en conflicto para alcanzar la paz, así como ponía en conocimiento de la comunidad internacional la solicitud que hacían para recibir ayuda a tal fin. Asimismo, diferiría a un momento futuro e inmediato la determinación concreta de las formas de colaboración que vincularían la FNI con Naciones Unidas, cosa que nunca se llegó a hacer, por la dinámica de los hechos. O bien la percepción del Consejo de Seguridad sobre la realidad ruandesa rayaba en la ingenuidad o bien en la mala fe, ya que solo una semana después de la firma del acuerdo de paz, Naciones Unidas publicó un informe en el que se mostraba una imagen siniestra sobre la situación de los derechos humanos en el país. El informe contenía las impresiones de WALY BACRE NDIAYE, «*Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*», (que

⁹ S/26425, en <http://www.un.org>.

había visitado Ruanda desde el 8 al 17 de abril de 1993) sobre las continuas ejecuciones arbitrarias y extrajudiciales de tutsis que se cometían en Ruanda, a pesar del acuerdo de paz¹⁰. El pacto de Arusha no era más que un mero papel sin ninguna eficacia, como demostrarían los hechos, al que las fuerzas hutus no daban el más mínimo crédito.

Para WALY BACRE NDIAYE, las acciones de los hutus podían tipificarse perfectamente, de acuerdo con lo establecido en la Convención para la represión del genocidio, como cualquiera de los delitos internacionales contra el Derecho de Gentes que define esta norma:

*...Está claro que las víctimas de los ataques, tutsis en la mayoría de los casos, han sido elegidas solamente por su pertenencia de un cierto grupo étnico y no por otra razón objetiva*¹¹.

WALY BACRE NDIAYE terminaba su informe con la recomendación de emprender una variada gama de acciones preventivas respecto al más que posible genocidio que presagiaba. Subrayó claramente en sus conclusiones las expresiones «*peligro de masacre y otros abusos y genocidio*». El informe, sin embargo, fue ignorado en su práctica totalidad por los principales actores del sistema de toma de decisiones de Naciones Unidas.

A pesar de lo anterior, las partes implicadas se reunieron con el Secretario General en Nueva York (15 de septiembre de 1993). La delegación ruandesa solicitó un despliegue rápido para la FNI, que de acuerdo con los requerimientos del proceso de paz, debía contar con una fuerza de 4.260 hombres. El Secretario General manifestó que debido a la crisis económica de Naciones Unidas y a las necesidades militares que se derivaban de otras operaciones en curso (Somalia y Bosnia), el despliegue podría tardar meses en realizarse. Durante el ínterin, los ruandeses «*debían cuidarse por sí mismos*»¹². Naciones Unidas, a pesar de sus buenas intenciones, abandonaba a su suerte a una población que ya empezaba a sufrir el prólogo de lo que vendría después.

En septiembre de 1993, dos semanas después del fin del período de transición establecido en la paz de Arusha, el Secretario General presentó un informe al Consejo de Seguridad para el establecimiento de una opera-

¹⁰ «Report of the Independent Inquiry into actions of the United Nations during the 1994 genocide in Rwanda...», op. cit., p. 2.

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

ción de paz en Ruanda¹³. El informe preveía un plan de despliegue para una fuerza compuesta por 2.548 militares y funcionarios civiles. Como el despliegue se debía desarrollar en cuatro fases, solicitaba el envío inmediato de unas 30 personas al teatro de operaciones para estudiar las condiciones del futuro despliegue. En cualquier caso, la primera fase no se podría cumplir hasta el transcurso de al menos tres meses, tiempo en el que se preveía por el tratado de Arusha el establecimiento de un gobierno de transición en Ruanda, período en el que la operación podría preparar el establecimiento de un área segura en Kigali y un sistema efectivo para el control del cese de las hostilidades. En ese punto, al final de la fase, debían haberse desplegado 1.428 militares.

La misión se dividía en cinco sectores, con tareas diferentes de control y protección: cobertura de Kigali, zonas desmilitarizadas, fuerzas del Gobierno/Frente Patriótico Ruandés y apoyo a la UNAMIR. Los tres últimos sectores se cubrirían por observadores militares de Naciones Unidas, que serían responsables del control de la ejecución de los protocolos para la integración de las fuerzas armadas, previstas en la paz de Arusha. Además, tenían asignados otros objetivos: control de la observancia del cese de las hostilidades, verificación del desarme de tropas, movimientos de fuerzas, control de los puntos de entrega de armamento (en especial el pesado) y de la desmovilización de fuerzas armadas y gendarmería. En los sectores de Kigali y la zona desmilitarizada se desplegaría un batallón de infantería y varios grupos de observación militar. Se preveía, además, el establecimiento de patrullas, puntos de control protección a las asambleas locales y creación de un grupo de policía civil de Naciones Unidas (UNCIVPOL), con el objetivo de asegurar el cumplimiento de la ley y el orden.

Esta misión fue finalmente establecida por la Resolución 872 (1993), pero con una serie de limitaciones sobre el proyecto del Secretario General, que reducían su mandato: no realizaría actividad alguna de recogida de armas, y concentrarían sus tareas de protección en torno a Kigali, de acuerdo con un perímetro que establecerían las partes alrededor de la ciudad. El carácter multifuncional se mantenía, aunque muy edulcorado, ya que el Mandato incluía, además, las previsiones siguientes:

- Control de la observancia de los ceses de hostilidades y acuerdos del alto el fuego.
- Creación de zonas desmilitarizadas.
- Prestación de seguridad general durante el final del período de mandato del gobierno de transición.

¹³ S/26488, en <http://www.un.org>.

- Asistencia a las elecciones.
- Desminado.
- Control del proceso de repatriación de los refugiados ruandeses y reasentamiento de personas desplazadas.
- Asistencia y coordinación de la asistencia humanitaria en conjunción con operaciones de socorro («*relief operations*»).
- Investigación e informe de los incidentes en los que estuvieran implicados militares, gendarmes o policías ruandeses.

La UNAMIR se situaba, pues, en una posición intermedia entre el mantenimiento de paz tradicional y las operaciones multifuncionales. El General Dallaire (Canadá), Comandante de la Fuerza, llegó a Kigali el 22 de octubre de 1993. En noviembre, remitió al Secretario General un proyecto de ROEs, que aplicaría provisionalmente hasta su aprobación definitiva. En su apartado 17 se contenía una regla: específicamente permitía el uso de la fuerza en respuesta a la comisión de crímenes contra la humanidad y otros abusos¹⁴. Todo fue arrastrado por el alud imparable de la revolución y el genocidio en que murieron 800.000 personas.

La identidad étnica de una persona pasó a ser en Ruanda su condena a muerte o la garantía de supervivencia. Encabezaron la «*cruzada racista y xenófoba*» las fuerzas armadas ruandesas, las milicias de los «*interahamwe*» («*los que están unidos*») y los «*impuzamugambi*» («*los que combaten juntos*»), ambos grupos armados muy violentos. Sus principales objetivos eran los tutsis y los hutus moderados. Por sorprendente que parezca, las masacres tuvieron lugar mientras el contingente de la UNAMIR se encontraba en el país para facilitar las negociaciones de paz entre el Gobierno hutu de entonces y el Frente Patriótico Ruandés de predominancia tutsi (FPR), aunque dramáticamente debilitado, debido a la retirada de tropas que habían realizado los países aportantes, dado lo peligroso de la zona. Mientras que Naciones Unidas intentaba desplegar una operación eficaz en Ruanda, el 19 de junio Francia ofreció repentinamente el despliegue de una fuerza propia, bajo mando y control francés, a la que llamaría «*Operación Turquesa*»¹⁵. Como justificación, se alegó que era una misión de

¹⁴ «Report of the Independent Inquiry into actions of the United Nations during the 1994 genocide in Rwanda...», op. cit., p. 5.

¹⁵ Cf. «The International Response to Conflict and Genocide: Lessons from the Rwanda Experience, Steering Committee of the Joint Evaluation of Emergency Assistance to Rwanda», Marzo de 1996, en <http://www.reliefweb.int/library/nordic/book2/pb021.html>; CONNAUGHTON, R.M., «Military Support and Protection for Humanitarian Assistance, Rwanda, April-December 1994, Operation Turquoise-Lessons Learned», en <http://131.111.106.147/freps/FR001AB.Htm>.

evacuación y apoyo humanitario¹⁶. En Naciones Unidas, el Secretario General presentó la oferta francesa como medida transitoria hasta que UNAMIR fuera desplegada completamente, al tiempo que acordaba con Estados africanos vecinos los primeros despliegues de tropas¹⁷. Optó por aceptar la ayuda francesa, aun sin el consentimiento de las partes, dada la situación sumamente grave en que se encontraba Ruanda. El Consejo de Seguridad autorizó su despliegue por Resolución 929 (94), de 22 de junio. Estaba compuesta por 2.500 legionarios franceses y unos 500 soldados africanos. Sus unidades se desplegaron rápidamente y evitaron confrontaciones armadas con el RPF y las demás facciones. La intervención estabilizó la situación en el sudoeste de Ruanda, con lo que se redujo la salida de refugiados por un «*corredor humanitario*», y facilitó la realización efectiva de la ayuda humanitaria. Por otra parte, alcanzó estos objetivos sin producir ninguna muerte (o al menos así lo afirmó Francia) y se retiró tal y como previsto dentro del límite de tiempo de dos meses especificado su mandato. Sin embargo, las cuentas no se ajustan con la precisión señalada por Francia. El gobierno francés afirma que la operación había salvado decenas de millares, parece exagerada. Probablemente la mayoría de la población de tutsi y hutu moderada que permanecía en la zona ocupada por Francia habría sido asesinada, lo cual suma entre trece y quince mil personas. No obstante, antes del despliegue ya se cometían asesinatos en la región, con lo cual los números exactos son de muy difícil cálculo. Se ha afirmado que esta operación se debió a una iniciativa personal de Mitterrand¹⁸. Con ella, Francia volvió a establecer relaciones con el Zaire, pero fue cuestionada por numerosas organizaciones de derechos humanos que veían en el «*corredor humanitario*» un mecanismo de protección por milicianos ruandeses que habían participado en el genocidio¹⁹.

¹⁶ En palabras del general Lafourcade, comandante de la fuerza, la operación «était une intervention militaire à but humanitaire et non une simple mission d'aide humanitaire. La mise en oeuvre de moyens militaires avait pour but d'arrêter les massacres et de créer les conditions de sécurité permettant l'exercice de l'action humanitaire internationale». Cf. «The International Response to Conflict and Genocide: Lessons from the Rwanda Experience», op. cit.

¹⁷ Por esos días, el Secretario General acordó con ocho países africanos el envío a la zona de cinco batallones, cuatro compañías, dos aviones y cincuenta camiones, todo ello, sin duda, insuficiente (Cf. S/1994/728, 20 de junio de 1994).

¹⁸ Cf. HUMAN RIGHTS WACHT, «Leave none to tell the story: Genocide in Rwanda», (marzo de 1999), en <http://www.igc.org/hrw/reports/1999/rwanda/>; SHALOM, Stephen R. «The Rwanda genocide: the nightmare that happened», (abril de 1996), en <http://www.wpunj.edu/cohss/polisci/faculty/ssrwanda.htm>; «Report of the Independent Inquiry into the actions of The United Nations the 1994 genocide in Rwanda» (15 de diciembre de 1999), en <http://www.ess.uwe.ac.uk/documents/RwandaReport4.htm>.

¹⁹ «Intervencionismo Occidental en la RD Congo», en <http://www.ub.es/solidaritat/observatori/esp/lagos/analisi/paper.htm>.

3. LA RESPUESTA JUDICIAL: EL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

Como consecuencia de las matanzas masivas cometidas durante la revolución ruandesa, Naciones Unidas, a imagen de lo hecho para la ex Yugoslavia, decidió establecer el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), de conformidad con la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 8 de noviembre de 1994²⁰. Tiene por finalidad enjuiciar a los responsables del genocidio y de otras violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidos en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses responsables de genocidio y de otras violaciones de esa índole cometidos del 1 de enero al 31 de diciembre de 1994, en el territorio nacional ruandés y en el de los países vecinos. Paralelamente a esta Resolución, el Consejo de Seguridad aprobó los Estatutos del Tribunal y solicitó al Secretario General que tomara todas las disposiciones políticas necesarias para su efectivo funcionamiento. El 22 de febrero de 1995, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 977²¹, en la que designó Arusha (República Unida de Tanzania) como su sede oficial. Naciones Unidas y el Gobierno de Tanzania firmaron, el 31 de agosto de 1995, el correspondiente acuerdo para llevar a la realidad esta decisión.

El Tribunal tiene por fin enjuiciar a los responsables de genocidio y de otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario²². En realidad, es casi como una ramificación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, instituido en 1993²³. Ambos comparten ciertas estructuras y funcionarios, en particular, el fiscal y la sala de apelaciones. Esto ha inducido a algunos analistas a sostener que el Tribunal para Ruanda es un injerto del Tribunal para Yugoslavia (TPIY)²⁴, aunque en sus Estatutos respectivos se observan ciertas diferencias. A diferencia de los Estatutos del TPIY, en el texto del TPIR no se exige que los crímenes sean cometidos en un conflicto armado; cada uno de los actos enumerados en los Estatutos del TPIR debe perpetrarse «*como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas*». No obstante, es reveladora la

²⁰ <http://www.un.org>.

²¹ *Ibíd.*

²² Artículo 2 de los Estatutos.

²³ Su estatuto se puede en <http://www.un.org/icty/basic/statut/statute.htm>.

²⁴ MUTUA, Makau, «Never again: Questioning the Yugoslav and Rwanda Tribunals», *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 11, n.º 1, 1997, p. 167.

interpretación que hace de los Estatutos del TPIY la sala de apelaciones de este Tribunal. En la decisión relativa a la moción de la defensa por lo que respecta a una apelación interlocutoria acerca de jurisdicción (caso Tadic'), la Sala de Apelaciones corroboró las conclusiones de la Sala de Primera Instancia por considerar que, al exigirse la prueba de la existencia de un conflicto armado, en los Estatutos se restringe el alcance del concepto consuetudinario de crimen de lesa humanidad²⁵. La Sala de Apelaciones establece, pues, que, desde Nüremberg, ya no es necesario establecer un nexo entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra.

El TPIR tiene por presidente al noruego Erik Møse, y se compone por tres salas de primera instancia, formadas por 3 jueces. El 14 de agosto de 2002, el Consejo de Seguridad amplió la lista permanente de 16 jueces, con 8 jueces más, para completar e integrar las salas del Tribunal. Fuera de estas tres salas de primera instancia, el TPIR comparte una cámara o sala de apelaciones con el TPI para la ex-Yugoslavia. El Tribunal cuenta con una Fiscalía, dirigida por Hassan Bubacar Jallow, de Gambia. Se encarga de la instrucción de los crímenes investigados por la Corte, en conjunto con una Unidad de Evidencia, y de actuar como Ministerio Público acusador.

El Tribunal para Ruanda ha sido objeto de duras críticas, por parte del gobierno de Ruanda, y de países occidentales, encabezados por los Estados Unidos. El gobierno ruandés se opuso a su establecimiento, principalmente por dos razones. En primer lugar, la sanción más grave que puede dictar el Tribunal es el encarcelamiento, y no la muerte; para el gobierno ruandés, según su legislación nacional, las personas culpables de genocidio pueden ser condenados a muerte. En segundo lugar, el gobierno ruandés argumentó que era poco realista limitar la jurisdicción temporal al período del 1 de enero al 31 de diciembre de 1994, puesto que previamente se habían cometido crímenes de gravedad y relacionados con los perpetrados en 1994, como ha investigado Naciones Unidas. Entre las razones aducidas por Estados Unidos cabe mencionar la posible parcialidad de los jueces aportados por países que hubieran estado implicados de una forma u otra en la guerra y que los declarados culpables cumplieran las condenas en prisiones de otros países y no de Ruanda²⁶. El gobierno ruandés opina-

²⁵ «Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. Dusko Tadić», N.º IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, párr. 141.

²⁶ Seis países expresaron el deseo de poner a disposición prisiones para las personas condenadas por el Tribunal para Ruanda: Austria, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Suecia y Suiza.

ba que el Tribunal no podría funcionar y que no alcanzaría ningún objetivo útil, puesto que no respondería a las expectativas del pueblo ruandés: a lo más, serviría para tranquilizar la conciencia de la comunidad internacional, que estaba presente cuando tuvo lugar el genocidio (UNAMIR) y que no hizo nada para impedirlo. Insistió en su actitud reacia por lo que respecta al Tribunal, cuyo personal en Kigali ha sido objeto de hostigamiento e incluso de malos tratos en el transcurso de su trabajo²⁷.

Los países occidentales han criticado al Tribunal como parte de una actitud de censura más general del sistema de las Naciones Unidas en su conjunto, e incluso se ha afirmado que *«los fallos del tribunal para Ruanda exceden con mucho los beneficios aportados»*²⁸. Entre otras cosas, se ha aducido que el Tribunal no hace progresos y, en general, que no funciona adecuadamente. Como resultado, Adede, secretario del Tribunal, y el fiscal adjunto Honoré Rakotomanana, de Madagascar, fueron relevados de sus funciones.

4. LA RESPUESTA RUANDESA: LOS TRIBUNALES TRIBALES «GACACA»

A pesar del establecimiento del TPIR, este órgano jurisdiccional no ha sido dotado de los medios suficientes para investigar y enjuiciar a los 120.000 implicados que permanecen encarcelados en prisiones ruandesas, en unas condiciones de hacinamiento que han sido denunciadas por Cruz Roja, Amnistía Internacional y Naciones Unidas.

Según Cruz Roja:

*(...) la situación se tornó rápidamente en catástrofe, pues en las cárceles faltaba de todo: espacio, agua corriente, infraestructuras sanitarias, atención médica, alimentos, personal, fondos para el mantenimiento. En muy poco tiempo, la mortalidad cobró proporciones alarmantes*²⁹.

Por ello, Ruanda decidió adoptar un sistema para el enjuiciamiento rápido de los responsables, mediante la aplicación de una justicia tribal, expeditiva, basada en la tradición y en las juntas locales de vecinos, lo

²⁷ Cf. «Prosecuting Genocide in Rwanda», op. cit., p. 39.

²⁸ SCHEFFER, David, «Justicia de Aldea en Ruanda», *African Affairs*, vol. 103, n.º 410 (enero 2004).

²⁹ BERGER, Jean-François, «En espera del veredicto», op. cit.

cual, como se puede pensar, no es ni con mucho una solución satisfactoria para el problema. El parlamento ruandés aprobó la Leyes Orgánicas nn. 40/2000, 16/2004 y 28/2006 por las que se creaban los tribunales denominados «Gacaca»³⁰.

«Gacaca», en idioma kinyaruanda significa «sobre la hierba»³¹, expresión que hace referencia a la junta tribal en la que se sentaban los hombres venerables de la comunidad para dirimir las disputas vecinales³². Este sistema pretende obtener, de forma rudimentaria, la confesión de decenas de miles de sospechosos, seguida de un castigo decidido por la comunidad y de su reinserción en la sociedad al cabo de unos años³³. Este proceso fue adaptado para ser aplicado a todos los imputados por los sucesos de 1994, excepto los líderes y organizadores de la violencia, que continuarían siendo procesados por la jurisdicción penal ordinaria³⁴.

La Ley Orgánica 8/96, de 30 de agosto («*Organic Law n.º 08/96 of August 30th, 1996 on the organisation of legal proceedings in cases of infringements that constitute a crime against humanity*») clasificó en cuatro categorías a los implicados en el genocidio de 1994:

1st category:

- *Planners, organisers, instigators, supervisors of the genocide.*

³⁰ Cf. National Service of Gacaca Jurisdiction, página oficial ruandesa, en <http://www.inkiko-gacaca.gov.rw>.

³¹ VANDEGINSTE, Stef, «Las jurisdicciones *Gacaca* y la persecución de los sospechosos de genocidio y de crímenes contra la humanidad en Rwanda», *Dialogue*, n.º 220, enero-febrero 2001, en http://users.skynet.be/wihogora/_asf/gacaca2.htm. Sobre esta justicia tradicional, cf. REYNTJENS, Filip (1990), «Le Gacaca ou la Justice du Gazon au Rwanda», *Politique Africaine*, vol. 40; y NTAMPAKA, Charles (2001), «Le Gacaca Rwandais, un Justice Repressive Participative», en Bosly, Henri-D. et al., «Actualité du Droit International Humanitaire, Les Dossiers de la Revue de Droit Pénal et de Criminologie», vol. 6 (2001). Existen informaciones según las cuales ya en 1995 autoridades locales en algunas regiones de Ruanda habían empleado *gacaca* para resolver conflictos menores relacionados con los sucesos de 1994: cf. Human Rights Watch y Fédération Internationale des Ligues des Droits de L'Homme (1999), «Leave None to Tell the Story. Genocide in Rwanda». Nueva York: Human Rights Watch, p. 761.

³² COMITÉ DE SOLIDARIDAD CON ÁFRICA NEGRA, «Los Gacaca», *Rebelión África*, 24 de febrero del 2003, www.rebellion.org/africa/gacaca240203.htm.

³³ SCHEFFER, David, «Justicia de Aldea en Ruanda», op. cit.

³⁴ SIMON, Jan-Michel, «Violencia masiva patrocinada por el Estado. responsabilidad criminal y reconciliación», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 112, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/art/art7.htm#N35>.

- *Leaders at the national, provincial or district level, within political parties, army, religious denominations or militia.*
- *The well-known murderer who distinguished himself because of the zeal which characterised him in the killings or the excessive wickedness with which killings were carried out.*
- *People who committed rape or acts of sexual torture.*

2nd category:

- *Authors, co-authors, accomplices of deliberate homicides, or of serious attacks that caused someone's death.*
- *The person who - with intention of killing - caused injuries or committed other serious violence, but without actually causing death.*

3rd category:

- *The person who committed criminal acts or became accomplice of serious attacks, without the intention of causing death.*

4th category:

- *The person having committed offences against property.*

Los tribunales gacaca son competentes para el enjuiciamiento de las personas clasificadas en las categorías 2, 3 y 4, mientras que será la jurisdicción ordinaria la competente para el enjuiciamiento de los contenidos en la categoría 1³⁵. El número de tribunales tribales asciende a 10.684, en razón de uno por célula (8.987), por sector (1.531), por distrito (154) y por provincia (12). Cada tribunal está integrado por una asamblea general, una corte y un comité de coordinación. Todos los habitantes de una célula (una media de 850) mayores de 18 años formarán parte de la asamblea general, que elige a 19 personas íntegras para formar la corte, que, a su vez, elige en a los 5 miembros del comité de coordinación. Cada una de las asambleas generales de célula elige igualmente a 5 delegados que forman la asamblea general del sector. Ésta elige a su vez una corte de 19 miembros y una delegación de 5 para cada distrito. Este último procede de la misma manera para constituir el órgano gacaca de la provincia. Los funcionarios, militares, agentes de policía, magistrados de carrera y los miembros de los órganos directi-

³⁵ National Service of Gacaca Jurisdiction, «The competence of the GACACA Courts», en <http://www.inkiko-gacaca.gov.rw>.

vos de los partidos políticos, de las confesiones religiosas o de las organizaciones no gubernamentales no pueden ser elegidos como miembros de los tribunales. Cada miembro debe igualmente estar «exento del espíritu de sectarismo y discriminación» (art.6 de la Ley Orgánica del 30 de agosto de 1996) y «podrá ser excluido y sustituido a causa de su cultura de divisionismo» (art.10). Al no estar definidos estos conceptos por la ley, se trata de nociones políticas que dan lugar fácilmente a abusos y venganzas.

El comité de coordinación convoca y preside las reuniones y las actividades de la corte y de la asamblea general. Toma registro de las quejas, denuncias, testimonios y pruebas presentadas, así como de las declaraciones de apelación contra las sentencias; redacta y pone en aplicación las decisiones tomadas por la asamblea general y la corte; y confecciona y transmite los informes de actividades del tribunal.

Desde el punto de vista procesal, estos tribunales son prácticamente libres, salvo en lo concerniente a la confesión de culpabilidad de los imputados. Para que la confesión de culpabilidad sea admitida, la declaración debe contener una descripción detallada de la infracción (fecha, lugar, testigos, víctimas, daños), informaciones relativas a los coautores y cómplices y cualquier otra información útil para el ejercicio de la acción pública, y una presentación de excusas (petición de perdón) por las infracciones que el declarante ha cometido (art. 53).

Para los procesados de la primera categoría, la confesión no es útil más que si la han realizado antes de que sus nombres hayan sido previamente publicados en la lista de personas sospechosas o acusadas, lista que es establecida y actualizada por el Fiscal General ante el Tribunal Supremo de la República. Son clasificados en la segunda categoría y en consecuencia juzgados por estos tribunales (art. 55). Serán considerados como procesados de la segunda categoría que no han confesado.

Para los procesados de las categoría 2 y 3, una confesión tendrá un doble efecto: reducción de las penas de prisión (en función del momento en que se ha reconocido la culpabilidad, antes o después de la elaboración de las listas) y una conmutación de las penas. El procedimiento de confesión y declaración de culpabilidad prescribe a los dos años, a partir de la fecha de la publicación de la ley en el boletín oficial. No obstante, puede ser renovado por un decreto del ministerio de justicia.

La página web del «National Service of Gacaca Jurisdiction» posee el siguiente esquema, para la comprensión de los efectos de la confesión en las penas:

CATEGORY	CONFESSION AND GUILTY RECOGNITION	SENTENCE
1.°	HAS NOT CONFESSED OR HIS/HER CONFESSION HAS BEEN REJECTED	DEATH SENTENCE OR LIFE IMPRISONMENT
	CONFESSION BEFORE THE PUBLICATION OF HIS/HER NAME ON THE LIST OF FIRST CATEGORY	25 YEARS IMPRISONMENT OR LIFE IMPRISONMENT
2.°	HAS NOT CONFESSED OR HIS/HER CONFESSION HAS BEEN REJECTED	25 YEARS IMPRISONMENT OR LIFE IMPRISONMENT
	CONFESSION AFTER ACCUSATION AND NAME PUT ON THE LIST MADE BY THE CELL'S GACACA COURT	12 TO 15 YEARS IMPRISONMENT HALF OF IT IS SPENT IN PRISON, THE OTHER IS COMMUTED TO WORKS OF PUBLIC INTEREST
	CONFESSION BEFORE ACCUSATION AND NAME PUT ON THE LIST MADE BY THE CELL'S GACACA COURT	7 TO 12 YEARS IMPRISONMENT- HALF OF IT IS SPENT IN PRISON THE OTHER IS COMMUTED TO WORKS OF PUBLIC INTEREST
3.°	HAS NOT CONFESSED OR HIS/HER CONFESSION HAS BEEN REJECTED	5 TO 7 YEARS IMPRISONMENT HALF OF THE SENTENCE IS SERVED IN PRISON THE OTHER IS COMMUTED TO WORKS OF PUBLIC INTEREST
	CONFESSION BEFORE NAME BEING PUT ON THE LIST MADE BY THE CELL'S GACACA COURT	1 TO 3 YEARS IMPRISONMENT HALF OF THE SENTENCE IS SERVED IN PRISON AND THE REST IS COMMUTED TO WORKS OF PUBLIC INTEREST
4.°		RETURN THE STOLEN THINGS OR PAY THE EQUIVALENT.

Las personas condenadas por infracciones clasificadas dentro de la categoría primera y que no han querido recurrir al procedimiento de la confesión y reconocimiento de culpabilidad, son justiciables ante los tribunales de primeras instancia y se exponen a la pena de muerte (art. 68). Las personas incluidas en la segunda categoría y condenadas sin haber confesado, incurrir en una pena que va desde los 25 años a cárcel a la perpetua. Quienes recurren al procedimiento de la confesión, pero cuyo nombre figura ya en la lista de autores, se exponen a una pena que va desde los 12 a los 15 años. Los demás se exponen a una pena de 7 a 12 años. Las personas que son condenadas tras haber confesado pasarán sólo la mitad de la pena impuesta en prisión, la otra mitad será conmutada por trabajos de interés general (art. 69).

Las personas incluidas en la categoría tercera, y condenadas sin haber confesado, incurrir en una pena que va de 5 a 7 años. Los que han confesado, pero cuyo nombre figura ya en la lista de autores, se exponen a una pena que va de 3 a 5 años. El resto, no incluidos en la lista, de 1 a 3 años. Todos los condenados pasan la mitad de la pena en la cárcel, la otra mitad es conmutada con realización de trabajos de interés general (art.70).

Las personas catalogadas en la cuarta categoría son condenadas a la reparación de los daños causados (art.71). Conforme al artículo 75, el modo y periodo de ejecución de los trabajos de interés general serán determinados por un decreto presidencial.

Según el artículo 66, toda sentencia dictada debe señalar, entre otros, los nombres de los miembros de la sala que han tomado parte en las deliberaciones, los cargos contra los imputados, la infracción de la que el acusado ha sido considerado culpable, las penas pronunciadas, los considerandos de la sentencia, la presencia u ausencia del imputado, así como el plazo legal para el recurso y el órgano ante el que se interpone (cabe un solo recurso ante el órgano inmediatamente superior). Las sentencias pueden ser recurridas en apelación en un plazo máximo de 15 días.

Las decisiones del tribunal de apelación en procesos contra imputados clasificados en la primera categoría son susceptibles de recurso de casación (cuyo plazo es de 15 días). Las sentencias no pueden ser objeto de recurso de casación más que en un solo caso: según el art. 89, el Fiscal General del Tribunal Supremo puede, a iniciativa propia o requerido, pero siempre en interés de la ley y en un plazo de tres meses, recurrir cualquier decisión que fuera contraria a la ley.

De conformidad con la ley orgánica del 30 de agosto de 1996, las víctimas que quieran obtener una reparación por parte de las personas clasificadas en la categoría primera pueden constituirse en actores civiles.

Ahora bien, para la mayoría de las víctimas este procedimiento es caro y, en realidad, las compensaciones económicas obtenidas son excepcionales. Para ello, la ley opta por un procedimiento no judicial, haciendo referencia a una futura ley sobre creación de un fondo de compensación, cuya adopción había sido anunciada en la ley orgánica de 30 de agosto de 1996. Ahora bien, en el momento de la redacción de este artículo, este fondo es inexistente.

5. CRÍTICAS

La Unión Europea³⁶ se ha pronunciado sobre estos tribunales tribales, en 2002, de forma favorable:

c) en lo que respecta al sistema judicial y el método de administración de la justicia denominado «Gacaca» (justicia participativa que se basa en tribunales consuetudinarios), la Unión Europea manifestará que:

i) acoge favorablemente la instauración oficial de los tribunales «Gacaca» y alienta al Gobierno de Rwanda a que realice un seguimiento de las futuras actividades en estrecha colaboración con las organizaciones nacionales e internacionales no gubernamentales,

ii) reconoce el papel constructivo que podrán desempeñar los tribunales «Gacaca» en la regularización de las consecuencias del genocidio de 1994, en especial para acelerar el juicio a las personas sospechosas de haber participado en el genocidio y que siguen detenidas,

iii) subraya la necesidad de seguir aplicando el sistema «Gacaca» e introducir el servicio comunitario, teniendo en cuenta los derechos fundamentales de todas las partes implicadas,

iv) a este respecto, anima al Gobierno rwandés y al Tribunal Supremo a velar por que la administración de la justicia «Gacaca» se desarrolle en la línea de las normas internacionales en materia de derechos humanos,

v) anima asimismo a los órganos jurisdiccionales «Gacaca» a que, de manera general, hagan de la clemencia un principio básico de su

³⁶ «Posición común del Consejo, de 21 de octubre de 2002, sobre Rwanda y derogación de la Posición común 2001/799/PESC», Diario Oficial n.º L 285, de 23/10/2002, p. 0003 y sis.

actuación y a que salvaguarden los derechos que la ley garantiza tanto a los acusados, sobre todo en materia de defensa y de recursos, como a las partes civiles,

vi) alienta también al Gobierno rwandés a que aplique todas las disposiciones que garanticen una adecuada administración de la justicia «Gacaca», en particular por lo que se refiere al procedimiento judicial empleado por estos órganos jurisdiccionales,

vii) seguirá prestando su apoyo, junto con otros socios del Gobierno rwandés y de manera coordinada, al sistema «Gacaca» implantado según los principios que se acaban de exponer,

viii) exhorta a las autoridades de Rwanda a seguir concienciando a la población en general, y de manera particular a los supervivientes del genocidio, de la necesidad de aceptar estos principios, ya que ello permitiría afrontar el problema de la impunidad y, al mismo tiempo, hallar una solución pragmática al alarmante problema que representa el ingente número de ciudadanos presos en espera de juicio en unas condiciones de detención precarias,

ix) insta al Gobierno rwandés a que prosiga sus esfuerzos por reducir la población carcelaria (sobre todo los grupos vulnerables, como son las personas de edad, los impedidos y los enfermos, los que son actualmente menores de edad o lo eran en el momento en que se cometió el acto que haya dado lugar a su detención),

x) en este orden de cosas, toma nota con satisfacción de la celebración, dentro del sistema «Gacaca», de juicios preliminares de instrucción que han permitido la puesta en libertad de algunos prisioneros sobre los que no ha podido establecerse incriminación alguna.

Esta postura europea, favorable a los tribunales tribales, no es compartida por Naciones Unidas ni por Amnistía Internacional. Aunque algunos funcionarios de la Cruz Roja se hayan manifestado fervientes partidarios de estos tribunales («*la gacaca se asemeja a una catarsis nacional que tiene como objetivo reconstruir el tejido nacional rwandés*»³⁷), su eficacia política también es muy discutible, ya que la «*justicia de aldea avivará el resentimiento hutu y hará más probable la comisión de futuras atrocidades*»³⁸. Por otra parte, este sistema entronca con posturas indigenistas que desconfían de los sistemas judiciales clásicos europeos, heredados de las colonias. Así, el presidente de Ruanda, Paul Kagame, afirma que si...

³⁷ BERGER, Jean-François, «En espera del veredicto», op. cit.

³⁸ CHEFFER, David, «Justicia de Aldea en Ruanda», op. cit.

*...las gacacas tienen éxito, ello mostrará nuestra habilidad para dar con una terapia típicamente ruandesa contra todos los males de nuestra sociedad. La justicia clásica, aun provista de todos los medios necesarios, no puede resolver todos los problemas ocasionados por el genocidio. Las gacacas pondrán de manifiesto la verdad de lo acontecido, acelerarán el proceso, erradicarán la impunidad, reconciliarán a los ruandeses y consolidarán la unidad del país*³⁹.

Naciones Unidas ha manifestado sus dudas al respecto, puesto que este sistema tribal vulnera los derechos humanos amparados por la Organización, en concreto, el derecho a un juicio imparcial⁴⁰:

Derecho a un juicio imparcial (artículo 14).

13. Al parecer, el sistema de justicia popular Gacaca tiene lagunas, en particular en lo que respecta a la formación de los fiscales y los jueces. Además, algunas fuentes de información señalan actos de intimidación de que son víctima las autoridades judiciales, la escasez de abogados defensores y la dificultad de obtener la asistencia de un abogado. Sírvanse formular observaciones al respecto e indicar las medidas adoptadas por las autoridades para reforzar el sistema judicial y garantizar un juicio imparcial. Sírvanse también indicar si el principio de la presunción de inocencia está garantizado en el sistema de justicia popular Gacaca.

Y es que este sistema parece contradecir frontalmente en Principio 5 de los Principios básicos relativos a la independencia de la justicia, tal y como queda redactado por Naciones Unidas en su documento ONU A/CONF.121/22/Rev.1, 1985:

Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas proce-

³⁹ BAR, Herve, «Ruanda: los ruandeses eligen a los jueces de los tribunales populares para los juicios por genocidio», *AFP*, 4 de octubre de 2001. Es decir, la tradición occidental de derechos humanos se desecha porque pertenecen a la «inútil justicia clásica». Todo un ejemplo de modernidad democrática «a la africana».

⁴⁰ NACIONES UNIDAS, «Comité de Derechos Humanos, 88 período de sesiones (16 de octubre a 3 de noviembre de 2006), lista de cuestiones que deben abordarse a falta del tercer informe periódico de la república de Rwanda, que debía haberse presentado el 10 de abril de 1992», documento CCPR/C/RWA/Q/3, de 22 de noviembre de 2006, en http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/ccpr_c_rwa_q_3_sp.doc.

sales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.

Uno de los aspectos que más preocupan a Amnistía Internacional es el carácter extrajudicial de los tribunales gacaca, puesto que sus leyes fundacionales los han situado fuera del poder judicial ruandés, como un sistema autónomo, consuetudinario y excepcional. Además, esta ONG ha señalado que la legislación que los rige no ha incorporado los principios de imparcialidad judicial, los reos no disfrutaban de garantías procesales que puedan asegurar actuaciones justas, aun cuando en algunos casos se enfrentan con la posibilidad de ser condenados a cadena perpetua. Se cuestiona si existe igualdad de condiciones entre acusación y defensa, si los jueces son independientes e imparciales, y si quienes participan en las sesiones y vistas cuentan con protección adecuada⁴¹. De hecho, varias docenas de sobrevivientes fueron asesinados tras ser requeridos por los tribunales gacaca para deponer en calidad de testigos⁴².

La mayoría de los jueces gacaca carecen de capacitación jurídica o de formación en materia de derechos humanos. La breve formación que se les ha impartido es extremadamente inadecuada, dada la complejidad de la naturaleza y el contexto de los delitos cometidos durante el genocidio⁴³. Según los informes de Amnistía Internacional el sistema ha reclutado 254.162 magistrados legos, cuya educación se ha reducido a apenas unos días de formación en principios básicos de derecho, gestión de grupos, resolución de conflictos, ética judicial y asesoramiento pos-traumático. Por otra parte, se ha destacado que tampoco esta solución ha sido tan eficaz como se esperaba por las autoridades ruandesas: los tribunales gacaca fueron creados para realizar 63.000 juicios antes de finales de 2007, pero sólo se han emitido 6.267 sentencias a día de hoy⁴⁴.

El juicio que merecen estos tribunales a cualquier letrado occidental, pese a las declaraciones favorables de la Unión Europea, es totalmente desaprobatario.

⁴¹ Amnistía Internacional, «Ruanda», en <http://www.amnestyusa.org/spanish/countries/rwanda/document.do?id=15505417C689FAFC85256D3B0051DB13>.

⁴² TWAHIRWA, Aimable, «Lenta justicia para sobrevivientes de genocidio», *IPS*, en <http://ipsnoticias.net/interna.asp?idnews=38203>.

⁴³ AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Ruanda: el sistema de *gacaca*, la lotería de la justicia», documento AFR 47/003/2002/s, 19 de junio de 2002, web.amnesty.org/library/index/eslafr470032002.

⁴⁴ TWAHIRWA, Aimable, «Lenta justicia para sobrevivientes de genocidio», *IPS*, en <http://ipsnoticias.net/interna.asp?idnews=38203>.

**LA APLICACIÓN *RATIONE MATERIAE* DE LA LEY 31/1995,
DE 8 DE NOVIEMBRE, DE PREVENCIÓN DE RIESGOS
LABORALES, A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES
EUROPEAS**

Javier Rodríguez Ten

*Capitán de infantería. Doctor en Derecho. Profesor asociado de la
Universidad de Zaragoza. (2004-2006).*

Esmeralda Carnicer Escusol

*Comandante de Sanidad. Doctora en medicina y cirugía.
Especialista en cirugía general y del aparato digestivo*

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Segunda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas condenó a España, en Sentencia de 12 de enero de 2006 (asunto C-132/2004), por incumplir, de una parte, las obligaciones que le asisten en virtud de los artículos 10 CE y 249 TCE, y de otra, la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. El fundamento de la condena fué no haber adaptado adecuadamente en plazo nuestro Ordenamiento Jurídico a los artículos 2 (apartados primero y segundo) y 4 de dicha Directiva, habiendo excluido la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y sus reglamentos de desarrollo, la protección de determinados colectivos de trabajadores (en el sentido amplio de la palabra), para los que no se había habilitado ningún modelo alternativo partiendo de una inter-

pretación *ratio personae* del ámbito de aplicación de la norma comunitaria, que el Tribunal sostiene ahora debe ser en cualquier caso *ratio materiae*. Entre dichos colectivos se encuentra el personal militar.

El asunto tiene como origen una denuncia de particular, admitida y asumida por la Comisión, que el 25 de octubre de 2000 solicitó al Gobierno español que presentara alegaciones en el plazo de dos meses. La respuesta, fechada el 19 de enero de 2001, no fue concluyente, hasta el extremo de que el 23 de enero de 2002 se remitió al Gobierno de España un Dictamen motivado en el que se le concedió un plazo de dos meses para adoptar las medidas necesarias para atenerse a la Directiva. El 11 de abril de 2002 el Gobierno contestó al Dictamen sin haber realizado actuación alguna, por lo que la Comisión, de acuerdo con el artículo 226 CE, se vio obligada a interponer el correspondiente recurso por supuesto incumplimiento de la normativa comunitaria. El *petitum* consistió en la declaración de que el Reino de España había incumplido las obligaciones establecidas en la Directiva-marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, que establece los principios generales en materia de seguridad y salud de los trabajadores, adoptada sobre la base del entonces artículo 118.A TCE (recordemos que los artículos 117 a 120 del TCE fueron reenumerados y sustituidos por los artículos 136 a 143 CE).

El plazo máximo para la adaptación del Ordenamiento interno a la Directiva expiraba el 1 de enero de 1993. En lo que respecta a su ámbito de aplicación, el artículo 2 de la Directiva disponía que éste se extendiera a todos los sectores de actividad, sean públicos o privados (industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.), pero que no es aplicable *cuando se opongán a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las Fuerzas Armadas o la policía, o determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil*, estableciendo que en tales casos será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, dados los objetivos de la Directiva.

¹ El citado texto legal, modificado parcialmente mediante la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, texto refundido de infracciones y sanciones del orden social, la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, Ley 39/1999, de 5 de noviembre, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Ley 54/2003, de 12 de diciembre, Ley 30/2005, de 29 de diciembre, Ley 31/2006, de 18 de octubre, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Cfr. sección de «normativa» de la página web del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo: <http://www.mtas.es/insht/legislation/L/lprl.htm>

La trasposición de la Directiva al Ordenamiento español se realizó mediante la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales¹, que respecto de su ámbito de aplicación disponía originalmente en su artículo 3 que «La Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las Administraciones públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo». Siguiendo el criterio de la propia Directiva, el apartado segundo del mismo precepto aclara que la Ley «no será de aplicación en aquellas actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas de policía, seguridad, resguardo aduanero, ni de los servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública. No obstante, esta Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades».

En lo referente al personal militar (Fuerzas Armadas y Guardia Civil), aparentemente excluido de la Ley 31/1995 a partir de sus funciones genéricas de garantizar la seguridad exterior e interior², es cierto que a partir de la promulgación de la Ley 31/1995 el Gobierno español elaboró diferentes disposiciones normativas, como fueron el Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado, el Real Decreto 1932/1998³, de 11 de septiembre, de adaptación de los capítulos III y V de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, al ámbito de los centros y establecimientos militares; el Real Decreto 1449/2000, de 28 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior (modificada posteriormente en el *BOE* núm. 229, de 23 de septiembre de 2000); la Orden del Ministro del Interior, de 6 de junio de 1997 sobre responsabilidad de los servicios de sanidad en lo que respecta a la inspección médica de la Guardia Civil y del servicio de Psicología en lo concerniente a los estudios y a la acción psicosocial individual y colectiva; la Circular 1/2000, de 16 de abril, relativa a la campaña de salud integral en el cuerpo de la Guardia Civil, o el Real Decreto 179/2005, de 28 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil (que en el momento de contestarse a la demanda, estaba en fase de anteproyecto). Y también

² Lo cierto es que la Ley no hace referencia expresa a la exclusión del personal militar, pero es implícita al hablar en todo momento de personal civil.

³ En general, toda la normativa sobre riesgos laborales puede consultarse en el buscador anteriormente mencionado: <http://www.mtas.es/insht/legislation>

que existían diversas disposiciones, vigentes, referentes a seguridad en el manejo de las armas, como la Instrucción de la Dirección de la Seguridad del Estado, sobre utilización de armas de fuego por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, adoptada en abril de 1983 y la Instrucción de la Dirección de la Seguridad del Estado, sobre formación e instrucciones de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en el uso del arma, adoptada en octubre de 1983⁴. Sin embargo, es discutible que la suma de las citadas disposiciones integre un sistema de prevención de riesgos laborales propiamente dicho, aplicable durante el desarrollo de las actividades típicamente militares o policiales que cubra el vacío existente en la materia, y también resulta cuestionable que aclare (por ejemplo) cuándo debe considerarse que una actividad desempeñada por personal de las Fuerzas Armadas no es específica ni singular y debe encontrarse amparada por la legislación común sobre riesgos laborales.

II. EL DEBATE JURÍDICO

El ejecutivo español defendió la inexistencia de incumplimiento alguno, sobre la base de que las particularidades inherentes a las Fuerzas Armadas y la Policía impiden la aplicación de la Directiva 89/391/CEE a los integrantes de las mismas, que incluye la Guardia Civil (Instituto armado de naturaleza militar), añadiendo que estaba prevista la elaboración de una regulación específica y que el personal al que iba destinada se encontraba ya protegido por diferentes disposiciones administrativas, que consideraba suficientes. Por otra parte, se indicó que se encontraba en fase de tramitación, pendiente del preceptivo dictamen del Consejo de Estado, un proyecto de Real Decreto por el que se regularía la aplicación al Cuerpo de la Guardia Civil de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Sin embargo, se obvió cualquier referencia al restante personal militar, con el mismo problema.

Contrariamente, la Comisión sostuvo en su demanda que el artículo 2.2 de la Directiva 89/391 sólo introduce en el ámbito de aplicación de ésta una excepción puntual que debe interpretarse, conforme a consolidada y reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de manera estricta, y que por lo tanto la Directiva rige en todos los sectores de actividad, y que sólo

⁴ Las referencias a normativa aplicable a la Guardia Civil tienen como fundamento que la denuncia se originó por vulneración de la Directiva en el seno de la Benemérita. No obstante, en el ámbito de los tres Ejércitos y los Cuerpos Comunes de la Defensa, la situación era similar, existiendo disposiciones fragmentarias sobre seguridad en algunas actividades militares pero no una normativa sobre prevención de riesgos laborales como tal.

las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas desarrolladas en la función pública (que deben establecerse) pueden justificar la exclusión de éstas de su ámbito de aplicación. Es decir, que no nos encontramos ante la exclusión completa o estatutaria de determinadas categorías de trabajadores, sino únicamente ante la exclusión de determinadas actividades desarrolladas por éstos, siendo incorrecto utilizar el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores como referente para establecer el ámbito de aplicación de la Directiva sobre prevención de riesgos laborales. Por todo ello, se consideró que la actividad desarrollada por el Gobierno español no constituía una adaptación completa de la Directiva, en base a los siguientes argumentos:

- La Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, no resulta aplicable (entre otros colectivos) al personal militar de las Fuerzas Armadas y Guardia Civil, y tampoco existe ninguna normativa específica en materia de protección de la salud y la seguridad en el trabajo aplicable a dicho personal que cubra el citado vacío⁵.

⁵ Sobre la necesidad de realizar una interpretación *ratio materiae* preferentemente a *ratio personae*, ya nos pronunciamos hace varios años: «Es cierto que la actividad militar, por sus propias características, lleva implícita una serie de riesgos específicos, de manera similar a los que pueden ofrecer actividades «especiales» como la seguridad privada o la utilización de equipos de radiodiagnóstico, siempre dentro de unos límites racionales. Podemos decir que en toda profesión de riesgo (y la profesión militar lo es) coexisten tres clases de actividades: 1) Las que conllevan *riesgos accesorios no programables* (una patrulla de reconocimiento en una misión internacional, la participación en un conflicto armado, etc.), en las que la imprevisibilidad de lo que puede suceder es evidente, con el consiguiente riesgo. 2) Las que conllevan *riesgos accesorios programables* (por ejemplo, unos ejercicios de tiro con fuego real), en las que salvo caso fortuito o causa de fuerza mayor, su desarrollo y posibles incidencias pueden preverse y evitarse o reducirse). 3) Las que *no conllevan riesgo accesorio alguno* (la elaboración de un informe, el mantenimiento del material y equipo, las labores burocráticas, etc.), que son similares o incluso idénticas a las actividades desarrolladas en la vida civil». Por otra parte, también hay que diferenciar claramente, dentro del amplio elenco de puestos orgánicos existentes en las FAS, los puestos de *riesgo especial* (aquellos que conllevan necesariamente riesgos específicos e inherentes a la profesión militar (como pueden ser los de fusilero, tripulante de medios acorazados, etc.) de los puestos sin riesgo especial (aquellos otros en que la actividad habitual es igual o similar a la que desarrolla la empresa privada, como pueden ser los mecánicos, administrativos, contables, cocineros, asesores jurídicos, etc.), y que sólo en caso de realizarse en el marco de ejercicios o maniobras o, más en rigor, en el marco de misiones internacionales o en campaña, podrían ofrecer accesoriamente riesgos especiales). Todo lo anterior nos conduce a una conclusión: la normativa vigente sobre prevención de riesgos laborales, aunque excluida por la Ley 31/1995 de su aplicación al personal militar, es perfectamente asumible por las FAS como modelo preventivo tanto para los puestos sin riesgo especial (siempre que no se ejecuten en el marco de actividades con riesgo programable) como para los puestos de riesgo especial (en aquellos momentos y situaciones en que se realicen actividades sin riesgo alguno o con riesgo programable)». J. Rodríguez Ten y E. Carnicer Escusol: *La prevención de riesgos laborales en el ámbito del Ministerio de Defensa: hacia un modelo de gestión preventiva integral específicamente aplicable al personal militar y de la Guardia Civil*. Madrid, 2002. Págs. 14 y 15.

- El ámbito de aplicación de los Reales Decretos 1488/1998 y 1932/1998 sólo es el personal civil al servicio de las Administraciones Públicas y de la Administración militar respectivamente.
- El resto de disposiciones mencionadas por las autoridades españolas regulan la organización de la estructura preventiva, pero no contienen verdaderas normas sobre protección de la salud y la seguridad en el trabajo.
- Las Circulares e Instrucciones elaboradas en el seno de los Ejércitos y Guardia Civil, de ínfimo rango, no tienen carácter vinculante alguno y, por lo tanto, no pueden constituir medidas apropiadas de adaptación del ordenamiento interno a la Directiva 89/391/CEE.
- El (*entonces*) Proyecto de Real Decreto por el que se regula la aplicación al Cuerpo de la Guardia Civil de la normativa sobre prevención de riesgos laborales tampoco abarca la totalidad del personal no civil de la Administración Pública española, por lo que tampoco basta para suplir el carácter incompleto de la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 89/391/CEE.
- Consecuentemente, no se ha procedido a trasponer adecuadamente la Directiva, y el Gobierno español debe ser condenado por ello.

El Tribunal, resolviendo el asunto C-132/2004, recuerda que la Directiva 89/391/CEE del Consejo se dictó para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, y que su ámbito de aplicación debía entenderse de manera extensiva, hasta el extremo de que las propias excepciones previstas en la misma tenían que ser interpretadas de forma restrictiva. De hecho, se añade que el criterio utilizado por el legislador comunitario para determinar el ámbito de aplicación de la Directiva no estaba fundado en la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores de actividad contemplados en el artículo 2.2.1.º (Fuerzas armadas, Policía y Protección civil), sino exclusivamente en la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por los trabajadores de dichos sectores, que es lo que realmente justifica una excepción a las normas dictadas por la citada Directiva, en razón de la absoluta necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad (*Auto Personalrat der Feuerwehr Hamburg, C-52/04, apdo. 51*).

La citada consideración es especialmente relevante, ya que el ámbito de aplicación de la Directiva, y por extensión, el de toda la normativa sobre riesgos laborales, pasa de ser *ratio personae* a ser *ratio materiae*. Más concretamente, en los fundamentos 25 y sig. se dispone que cabe perfectamente aplicar la Directiva 89/391/CEE al personal de la Guardia Civil (y, por extensión, al resto de personal excluido por la Ley 31/1995, entre el

que se encuentra el militar), dado que sus cometidos se realizan en condiciones habituales, conforme a la misión encomendada al servicio de que se trate, y ello aun cuando las intervenciones derivadas de dichas actividades sean, por su propia naturaleza, imprevisibles y puedan exponer a los trabajadores que las realicen a algunos riesgos para su seguridad y/o su salud (*Auto Personalrat der Feuerwehr Hamburg, C-52/04, apartado 52*). El Tribunal considera que la excepción prevista en el artículo 2, apartado 2, de dicha Directiva únicamente puede aplicarse, y sólo transitoriamente, en el supuesto de acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que ésta pueda alcanzarse (*de nuevo Auto Personalrat der Feuerwehr Hamburg, C-52/04, antes citado, apartado 53*). No obstante, incluso en una situación excepcional de esta índole, el artículo 2, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva exige a las autoridades competentes que velen para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas «en la medida de lo posible» (*Auto Personalrat der Feuerwehr Hamburg, ya citado, apartado 56*). Se cita como jurisprudencia aplicable, además del reiterado *Auto Personalrat der Feuerwehr Hamburg*, la Sentencia de 3 de octubre de 2000, *Simap*, C-303/98, Rec. p. I-7963, apdos. 34 y 35; el *Auto* de 3 de julio de 2001, *CIG*, C-241/99, Rec. p. I-5139, apdo. 29, y la Sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apdo. 52.

El Tribunal considera probado que en el caso español la Ley 31/1995, con la que pretende fundamentarse la oposición a la demanda, se aplica únicamente al personal civil de las Administraciones Públicas, excluyendo permanentemente de su ámbito de vigencia todas las actividades de policía, seguridad y resguardo aduanero, sin diferenciar entre la naturaleza ordinaria o específica de sus cometidos, y que los Reales Decretos 1488/1998 y 1932/1998 sólo rigen respecto del personal civil. Además, establece que las disposiciones de una Directiva Comunitaria deben ejecutarse con indiscutible fuerza imperativa, y con la especificidad, precisión y claridad exigidas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica, por lo que las meras prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, al mantener, para los sujetos de derecho afectados, un estado de incertidumbre en cuanto a

la extensión de sus derechos y obligaciones en los ámbitos regulados por dicho Ordenamiento jurídico⁶. Continúa diciendo que las disposiciones invocadas por las autoridades españolas sólo se refieren a la organización de la estructura administrativa de los servicios y no al contenido de las normas en materia de protección de la salud y la seguridad en el trabajo que debieran haberse adoptado y, por lo tanto, no constituyen medidas apropiadas de adaptación del ordenamiento interno a la Directiva 89/391/CEE, culminando con la referencia a la falta de aprobación del Real Decreto por el que se regula la aplicación en la Guardia Civil de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, e incidiendo en su carácter meramente sectorial, al no ser aplicable a todo el personal militar (Fuerzas Armadas).

Consecuentemente, la Sala segunda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas otorga la razón al recurrente y a la Comisión, condenando en costas al Estado español y declarando que España ha incumplido las obligaciones establecidas en la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, por haber excluido injustificadamente a parte de los trabajadores (en el caso concreto, los miembros de la Guardia Civil) de la adaptación al ordenamiento jurídico interno de los artículos 2, apartados 1 y 2, y 4 de la Directiva, sin elaboración de un régimen alternativo.

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DEL PERSONAL MILITAR

Respecto de la Guardia Civil, hay que referirse al Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, que siguiendo los parámetros de la Sentencia del TJCE expuesta con anterioridad (asunto C-132/2004), y que durante la tramitación del procedimiento jurisdiccional se encontraba pendiente de Dictamen del Consejo de Estado, se atiende en su artículo 2 (ámbito de aplicación) a los criterios jurisprudenciales expuestos, conforme al siguiente modelo:

- El Real Decreto es de aplicación a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y a los miembros de las Fuerzas Armadas destinados

⁶ El Tribunal cita la siguiente jurisprudencia: *Sentencia de 24 de marzo de 1994, Comisión/Bélgica, C-80/92, Rec. p. I-1019, apartado 20*; *Sentencia de 26 de octubre de 1995, Comisión/Luxemburgo, C-151/94, Rec. p. I-3685, apartado 18*; *Sentencia de 27 de febrero de 2003, Comisión/Bélgica, C-415/01, Rec. p. I-2081, apartado 21*, y *Sentencia de 20 de noviembre de 2003, Comisión/Francia, C-296/01, Rec. p. I-13909, apartado 54*.

en Unidades, Centros y Organismos de la Dirección General de la Guardia Civil, siempre que desarrollen alguna de las actividades específicas para el cumplimiento de las misiones encomendadas por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁷.

- Las misiones de carácter militar que ejecute la Guardia Civil se registrarán por sus normas específicas⁸.
- Las funciones que realice el personal comprendido en el ámbito de aplicación de este Real Decreto que no presenten características exclusivas de las actividades de policía, seguridad, resguardo aduanero y servicios operativos de protección civil se registrarán por la normativa general sobre prevención de riesgos laborales, con las particularidades establecidas para la Administración General del Estado y las contenidas en el propio Real Decreto sobre el derecho de información al personal, órganos de representación, cauces de participación y órganos de prevención, seguridad y vigilancia de la salud, pendientes de desarrollo en Orden Ministerial y que han comenzado a definirse mediante la Orden INT/724/2006, de 10 de marzo.
- La organización preventiva no puede estar vinculada a las organizaciones sindicales, habida cuenta de la exclusión existente; la Exposición de Motivos del Real Decreto 179/2005 remite al Consejo Asesor de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil (regulado por el Real Decreto 4/2002, de 11 de enero⁹), estableciendo que «este órgano asesor puede constituirse en el medio para hacer llegar al Director General de la Guardia Civil las inquietudes en la materia».

Respecto de las Fuerzas Armadas hay que decir que a fecha de cierre del presente trabajo no existen normas legales o reglamentarias de nivel Real Decreto / Orden Ministerial relativas a la prevención de riesgos laborales dirigidas al personal militar de los Ejércitos o Cuerpos Comunes de la Defensa, dada la asunción unívoca de que la citada normativa queda excluida para el personal militar (recordemos que los avances realizados en la Guardia Civil tienen su razón de ser en la adaptación de la normativa vigente a sus cometi-

⁷ Véase también el Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

⁸ Es decir, a las normas vigentes en las Fuerzas Armadas, a las que se someterán cuando conforme al artículo 9.b de la Ley Orgánica 2/1986 se le asignen cometidos militares, en tiempo de guerra o vigente un Estado de sitio.

⁹ Es muy importante hacer constar que los miembros del Consejo Asesor de Personal de la Guardia Civil son elegidos en votación, mientras que los de los Consejos Asesores de Personal de los Ejércitos y los Cuerpos Comunes de la Defensa lo son por sorteo.

dos específicos como Cuerpo de Seguridad del Estado, y no respecto de las misiones militares que se les puedan encomendar). Como excepción, sí existen fragmentarias disposiciones referentes a la protección de la salud de las militares embarazadas, para las que se prevé la posibilidad de cambio temporal de puesto orgánico cuando el que desempeñen pueda suponer riesgos para la gestación (artículo 21 del Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, reglamento de provisión de destinos del personal militar profesional).

Sin embargo, no puede decirse que no haya existido interés, a todos los niveles, por la prevención de riesgos laborales, únicamente limitada por los tradicionales problemas presupuestarios y por la inexistencia de las disposiciones generales a las que nos hemos referido ya reiteradamente, puesto que:

- Los centros docentes militares prestan atención en todos sus niveles (formación, perfeccionamiento, Altos estudios militares) a la actividad preventiva, tanto como materia transversal como mediante su inclusión expresa en los temarios exigidos para el ingreso en los centros de formación, en los planes de estudios, mediante la convocatoria de cursos específicos, la elaboración de publicaciones, etc.
- Existen diferentes disposiciones referentes no tanto a la protección de la salud como a la seguridad en las actividades militares, que cubren de manera satisfactoria una gran parte del ámbito que nos ocupa, y que se complementa con las instrucciones de seguridad contenidas en los manuales del material al servicio del Ministerio de Defensa¹⁰.
- Tanto en el Ministerio de Defensa como en los tres Ejércitos existen órganos encargados, a diferentes niveles, de velar por la prevención de la seguridad y la salud del personal militar, equivalentes a los existentes en las empresas y centros de trabajo, sin perjuicio de la asignación puntual de dichos cometidos por los Jefes de las Unidades, Centros y Organismos, a otros órganos no creados *ad hoc* para ello, cuando la estructura orgánica y la plantilla de personal de los mismos no los contemplan.
- El control de la siniestralidad se realiza mediante la remisión a los órganos competentes de los oportunos partes de accidente, que paulatinamente van siendo normalizados e informatizados (PRISFAS, etc.).
- Mediante la normativa vigente sobre aptitud psicofísica del personal militar (Real Decreto 944/2001 y normas de desarrollo) se comple-

¹⁰ Hemos de decir que en las Unidades, Centros y Organismos en que coexiste personal civil y militar la implantación de la prevención a todos los niveles es mayor, ya que el esfuerzo principal (la implantación) hace rentable su extensión, con un coste y dedicación mínima, al personal militar que realiza funciones similares, excluyendo siempre los derechos derivados de la participación activa en los órganos preventivos habilitados en cumplimiento de la Ley 31/1995 y el Real Decreto 39/1997.

ta el modelo, puesto que a través de los reconocimientos médicos periódicos, ordinarios y extraordinarios se establece una vigilancia de la salud que en nada tiene que envidiar a la de la empresa privada, y que posibilita mediante la asignación de los coeficientes de aptitud psicofísica la adecuación de los riesgos existentes en el puesto a las condiciones personales de quien lo ocupa o es candidato a hacerlo, existiendo incluso vacantes específicas para personal con alguna limitación, que permite reasignaciones a nivel interno¹¹.

IV. POSIBLES EFECTOS DE LA SENTENCIA, A PARTIR DE LA EFICACIA DIRECTA DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS NO TRASPUESTAS ADECUADAMENTE A LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS EN EL PLAZO FIJADO

A la vista de la Sentencia analizada, debemos plantearnos una cuestión especialmente importante: en los términos expuestos, es decir, incumplimiento por parte de España de las obligaciones impuestas por la Directiva-marco sobre seguridad en el trabajo, ¿resultaría ahora mismo aplicable al personal militar la normativa sobre prevención de riesgos laborales que rige para el personal civil, circunscrita a aquellas actividades que no sean estricta y exclusivamente de policía, seguridad o militares (en este último caso, ejercicios y maniobras de instrucción y adiestramiento militar, tiempo de guerra, etc.)? En nuestra opinión, rotundamente sí, al menos hasta que no se adapte la directiva de manera concreta y detallada tanto al personal de la Guardia Civil como al perteneciente a los Ejércitos y Cuerpos Comunes de la Defensa.

La teoría del *efecto directo*, cuyo origen es la Sentencia de 5 de febrero de 1963 (*caso Van Gend en Loos, asunto 26/1962*), supone que, conforme al artículo 177 TCE, los particulares pueden exigir de un Estado miembro el cumplimiento de una norma comunitaria cuya vigencia haya comenzado (Reglamento) o cuyo plazo de ejecución haya vencido (Directivas) sin realizar la preceptiva transposición al ordenamiento interno, cuando su contenido así lo permita por su concreción y la inexistencia de condicionamientos; «el efecto útil de la directiva se vería debilitado si se impidiera a los justiciables hacerlo valer en justicia y a las jurisdicciones nacionales tomarlo en consideración en cuanto elemento de Derecho comunitario» (*Sentencia Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974, en el asunto 41/1971*). En este sentido, «en todos los supuestos en que las disposiciones de una

¹¹ La mayor parte de estas medidas rigen también en el ámbito de la Guardia Civil.

directiva aparezcan, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas a falta de medidas de aplicación adoptadas dentro del plazo, en contra de toda disposición nacional no conforme a la Directiva, o incluso en cuanto sean idóneas para definir derechos que los particulares estén en condiciones de hacer valer con relación al Estado» (*Sentencia de 19 de enero de 1982; caso Becker, asunto 8/1981*). En nuestro caso, existe todo un elenco de normas preventivas de rango reglamentario cuya concreción y detalle las hacen susceptibles de aplicación inmediata.

Otras cuestiones especialmente relevantes sobre los requisitos y condiciones de ejercicio del *efecto directo* de las Directivas y demás normas comunitarias son las siguientes:

- Puede exigirse por los particulares tanto en vía administrativa como jurisdiccional¹², pero el Estado incumplidor no puede alegarlo.
- Consecuentemente, vincula a la Administración y a los órganos jurisdiccionales de los Estados¹³.
- Puede generar el derecho a ser indemnizado¹⁴.

¹² Aunque inicialmente el TJCE se inclinó por limitar su invocación a los procedimientos jurisdiccionales, desde la *Sentencia de 22 de junio de 1989 (caso Constanzo, asunto 103/88)*, se considera que los Poderes Públicos deben garantizar la vigencia de las normas comunitarias y que la eficacia directa también opera en vía administrativa; es más, se entiende ya que la eficacia directa puede (y debe) apreciarse de oficio por los órganos administrativos y jurisdiccionales de los Estados miembros, pues lo contrario implica dificultar la vigencia del Derecho comunitario y dilatar los procedimientos (*Sentencia del TJCE de 26 de febrero de 1986, caso Marshall, asunto 154/84*).

¹³ Las Sentencias de 10 de abril de 1984 (*caso Von Colson y Kamann, asunto 14/1983*), 13 de noviembre de 1990 (*caso Marleasing, asunto C-106/1989*), 16 de diciembre de 1993 (*caso Wagner Miret, asunto C-334/1992*) y de 11 de julio de 2002 (*caso Marks & Spencer, asunto C-62/2000*), entre otras, han establecido claramente que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están obligados a interpretar la Directiva de manera teleológica y atenerse al artículo 189.3 TCE (actual artículo 249.3.º TCE), hasta el extremo de que si no cabe dicha opción respecto del ordenamiento interno, se aplicará íntegramente la norma comunitaria, protegiendo los derechos otorgados por ésta a los particulares, incluso contra la normativa estatal, cualquiera que sea su rango.

¹⁴ Cuando un Estado miembro no cumple las obligaciones establecidas en la Directiva (artículo 189.3 del Tratado CE, actual artículo 243.3.º TCE) incumple el deber de lealtad comunitaria implícitamente establecido en el artículo 5 TCE; si el citado incumplimiento genera daños y/o perjuicios a los particulares, éstos deben ser resarcidos, exigiéndose como requisitos para ello que la Directiva confiera derechos a los ciudadanos, que exista incumplimiento por parte del Estado y causalidad entre éste y los daños y perjuicios, que deben probarse y cuantificarse (entre otras, *Sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1991, casos Francovich y Bonifaci, asuntos 6/1990 y 9/1990*). La citada reparación debe ser proporcional y efectiva, garantizando el ejercicio de los derechos vulnerados y/o reparando las consecuencias de su cesación indebida (entre otras, *Sentencia del TJCE de 26 de marzo de 1993 Brasserie du pêcheur y Factortame, asuntos C-46/1993 y C-48/1993*).

V. LA RECIENTE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La Disposición Final Segunda de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, ha modificado los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, que quedan redactados del siguiente modo:

«1. Esta Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo. Ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones específicas que se establecen para fabricantes, importadores y suministradores, y de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos. Igualmente serán aplicables a las sociedades cooperativas, constituidas de acuerdo con la legislación que les sea de aplicación, en las que existan socios cuya actividad consista en la prestación de un trabajo personal, con las peculiaridades derivadas de su normativa específica. Cuando en la presente Ley se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta servicios, en los términos expresados en la disposición adicional tercera de esta Ley, y, de otra, los socios de las cooperativas a que se refiere el párrafo anterior y las sociedades cooperativas para las que prestan sus servicios. 2. La presente Ley no será de aplicación en aquellas actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas de: A) Policía, seguridad y resguardo aduanero. B) Servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública. C) Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil. No obstante, esta Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades.»

En este mismo sentido, el mismo precepto ha añadido una nueva Disposición Adicional en la Ley 31/1995, («novena bis») con la siguiente redacción: «*Personal militar*. Lo previsto en los capítulos III, V y VII de esta Ley se aplicará de acuerdo con la normativa específica militar».

Obviamente, estas modificaciones tienen como causa la Sentencia a la que hemos dedicado el presente trabajo, y de su lectura se extrae clara-

mente la intención del legislador de elaborar una normativa específicamente aplicable al personal militar basada en los parámetros establecidos para el resto de los trabajadores, si bien echamos en falta la incorporación de plazos máximos para hacerlo y, sobre todo, la posible aplicación de la normativa aplicable hasta que ello se produzca, en virtud del principio de *efecto directo* al que nos hemos referido.

VI. CONCLUSIONES

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, traspuso en España la Directiva-marco 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, que estableció los principios generales en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Tanto la citada norma como los reglamentos que la desarrollaron excluyeron de su aplicación al personal militar, cuyos derechos tradicionalmente han sido recortados en virtud de la relación de especial sujeción que les vincula al Estado, al entender el legislador español que ello era posible en virtud de las exclusiones admitidas por la propia Directiva en sus artículos 2 (apartados primero y segundo), y 4.

La exclusión completa del personal militar (y de otros colectivos) del ámbito de aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales no es, conforme a la jurisprudencia comunitaria, ajustada a Derecho, y constituye una discriminación respecto del personal civil al servicio de la Administración militar: no se sostiene que dos personas que están realizando el mismo trabajo en la misma dependencia y posiblemente en equipo cuenten con un estatuto preventivo diferente, y que mientras que uno (civil) deba contar con una determinada iluminación, equipo de protección individual, etc., el otro (militar) pueda ser obligado a prestar sus servicios sin sujeción a medida alguna, o al arbitrio de las que sus superiores puedan acordar o considerar vigentes.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 12 de enero de 2006, ha condenado a España, concretamente en el ámbito de la Guardia Civil, por excluir a su personal militar de la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales sin diferenciar entre la realización de actividades ordinarias y el desempeño de cometidos estrictamente de seguridad o militares, que sí justificarían la aprobación de normas específicas, aunque nunca la exclusión del derecho a la prevención. Si a ello unimos el transcurso del tiempo máximo para la adaptación de la Directiva que da origen al asunto, parece obvia la aplica-

bilidad directa de la normativa sobre riesgos laborales a todo el personal militar, tanto en actividades no estrictamente militares como en las que sí se encuentran revestidas de dicha característica, si bien en este último caso mediante un difícil proceso de integración normativa cuyo contenido debe adaptarse al caso concreto. Cualquier solicitud o reclamación al respecto debe ser atendida tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a partir de la *teoría del efecto directo*.

En el ámbito de la Guardia Civil, la instauración de un modelo preventivo específico que cumpla lo dispuesto por la Directiva-marco 89/391/CEE y la Sentencia de 12 de enero de 2006 del TJCE se encuentra en una fase avanzada gracias a la aprobación del Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre PRL en la Guardia Civil y la Orden INT/724/2006, de 10 de marzo, por la que se regulan los órganos de PRL en la Guardia Civil. También lo está en el seno del Cuerpo Nacional de Policía, gracias al Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de dichos funcionarios, curiosamente publicado tan sólo cinco días después de la Sentencia comunitaria. El nexo común es la realización de funciones similares en materia de seguridad, si bien la Guardia Civil mantiene su naturaleza militar y la posibilidad de asumir misiones militares.

En el ámbito de los Ejércitos queda más camino por recorrer, lo que en parte resulta lógico dadas las mayores dificultades que ofrece la fragmentariedad de cometidos militares desempeñados en Unidades operativas, logísticas, de enseñanza o administrativas, en ámbitos tan dispares como la Armada, el Ejército de Tierra, el Ejército del Aire y los Cuerpos Comunes de la Defensa. Sin embargo, en unos y otros existen numerosas disposiciones internas, en forma de normas de escaso rango como circulares, instrucciones, órdenes o normas generales o técnicas que en puridad configuran un modelo preventivo a articular mediante una debida coordinación y estructuración, bajo la necesaria jerarquía de disposiciones reglamentarias del Ministerio de Defensa, que deben ofrecer el armazón de la estructura que dé cobertura a la clasificación, revisión y modificación de las citadas disposiciones. No obstante, el primer instrumento normativo habilitado ha sido la reforma de la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que deja abierto el camino para un desarrollo normativo basado en los parámetros aplicables al resto de trabajadores.

TEXTOS

LEGISLACIÓN

LEGISLACION

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera
Documentalista

JEFATURA DEL ESTADO

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE n.º 71, de 23 de marzo de 2007).

Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. (BOE n.º 125, de 25 de mayo de 2007).

Instrumento de Aceptación de España del Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra adicional a la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (Protocolo V), hecho en Ginebra el 28 de noviembre

de 2003. (BOE n.º 57, de 7 de marzo de 2007).

Instrumento de Ratificación del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, hecho en Nueva York el 13 de abril de 2005. (BOE n.º 146, de 19 de junio de 2007).

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Real Decreto 308/2007, de 2 de marzo, sobre organización y funcionamiento de las Delegaciones de Defensa. (BOE n.º 64, de 15 de marzo de 2007).

Real Decreto 399/2007, de 23 de marzo, por el que se aprueba el protocolo de intervención de la Unidad Militar de Emergencias

(UME). (BOE n.º 131, de 1 de junio de 2007).

Real Decreto 600/2007, de 4 de mayo, por el que se regula la prima por servicios prestados por el personal militar profesional de tropa y marinería con compromiso de larga duración. (BOE n.º 118, de 17 de mayo de 2007).

Real Decreto 789/2007, de 15 de junio, por el que se modifica el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas aprobado por el Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre. (BOD n.º 125, de 27 de junio de 2007).

Orden PRE/735/2007, de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden del Ministerio de la Presidencia de 9 de abril de 1996, por la que se aprueban las bases y circunstancias aplicables a los procesos selectivos para ingreso en los centros docentes militares de formación para acceso a la Escala de Cabos y Guardias del Cuerpo de la Guardia Civil. (BOE n.º 75, de 28 de marzo de 2007).

Orden PRE/926/2007, de 2 de abril, por la que se establecen las características del expediente académico del personal del Cuerpo de la Guardia Civil y se dictan las normas para su elaboración, custodia y utilización. (BOE n.º 87, de 11 de abril de 2007).

MINISTERIO DEL INTERIOR

Real Decreto 476/2007, de 13 de abril, por el que se modifica el Reglamento de provisión de destino del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, aprobado por Real Decreto 1250/2001, de 19 de noviembre. (BOE n.º 101, de 27 de abril de 2007).

Orden INT/1390/2007, de 11 de mayo, por la que se determina la indemnización a percibir por el personal que participe o coopere en asistencia técnica policial, operaciones de mantenimiento de la paz y seguridad, humanitarias o de evacuación de personas en el extranjero. (BOE n.º 122, de 22 de mayo de 2007).

MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 787/2007, de 15 de junio, por el que se regula la estructura operativa de las Fuerzas Armadas. (BOE n.º 144, de 16 de junio de 2007).

Orden Ministerial 151/2006, de 21 de diciembre, por la que se modifica la Orden Ministerial 6/1989, de 20 de enero, por la que se regula la denominación, composición y utilización de los uniformes en las Fuerzas Armadas. (BOD n.º 1, de 2 de enero de 2007).

Orden Ministerial 66/2007, de 4 de mayo, por la que se modifica el

cupo máximo de extranjeros que pueden acceder a la condición de Militar Profesional de Tropa y Marinería, contemplado en el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, así como los anexos II y III del citado del citado Reglamento. (BOD n.º 93, de 14 de mayo de 2007).

Orden DEF/4109/2006, de 28 de diciembre, por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la concesión de la Medalla al Servicio de la Política Europea de Seguridad y Defensa creada por la Unión Europea y se delegan competencias en esta materia. (BOE n.º 8, de 9 de enero de 2007).

Orden DEF/1766/2007, de 13 de junio, por la que se desarrolla

el encuadramiento, organización y funcionamiento de la Unidad Militar de Emergencias. (BOE n.º 145, de 18 de junio de 2007).

Instrucción 160/2006, de 29 de diciembre, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se establecen los criterios para determinar los destinos en los que se cumplirán tiempos de mando y de función en los puestos de la estructura ajena a los Ejércitos. (BOD n.º 21, de 30 de enero de 2007).

Instrucción 80/2007, de 5 de junio de la Subsecretaría de Defensa, por la que se aprueban el modelo y las guías de la evaluación de los centros docentes militares. (BOD n.º 114, de 12 de junio de 2007).

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Luis B. Álvarez Roldán
General Auditor

Durante el año 2006, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sólo en una Sentencia sobre el rigor en la observancia de la doctrina constitucional, en la Administración de Justicia Militar y en la Administración del Ministerio de Defensa y los tres Ejércitos.

El Derecho Administrativo Sancionador se aplica con esmerada constitucionalidad, según evidencia la Sentencia 272/2006, que recogemos.

La esfera Contencioso-Administrativa, es revisada constitucionalmente en asuntos típicos de la milicia, aunque sin reproche para la actuación de los órganos administrativos militares.

Sentencia Tribunal Constitucional Núm. 272/2006 (Sala Primera), de 25 de septiembre

Recurso de amparo contra Resolución, de 14-03-2001, del Ministro de Defensa, que impuso al recurrente en amparo sanción disciplinaria, así como contra Sentencia, de 31-03-2003, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, desestimatoria del recurso contencioso-disciplinario interpuesto contra la resolución sancionadora. Vulneración de los derechos fundamental a la presunción de inocencia, a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa, a la intimidad personal, a la libertad

sindical, a la libertad de expresión y a la legalidad penal: inexistencia: **denegación de amparo.**

Ponente: D. Manuel Aragón Reyes.

I. ANTECEDENTES (Resumen)

...

Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo, relevantes para la resolución de este recurso, son los que se expresan a continuación:

a) Con fecha 23 de febrero de 1999 el Director General de la Guardia civil ordenó la incoación de expediente gubernativo núm. 25/99 al Sr. T. G., agente de la Guardia civil con destino en la comandancia de Soria, por la presunta comisión de una falta disciplinaria muy grave del art. 9.9 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio (RCL 1991\1540), del régimen disciplinario de la guardia civil, consistente en «observar la conducta gravemente contraria a la disciplina, servicio y dignidad de la Institución que no constituya delito».

Los hechos que se le imputaban se referían a la publicación en diversos periódicos («El Mundo», edición de Castilla y León, «El Diario Palentino», «El Mundo», edición de Valladolid, y «El Norte de Castilla»), los días 9 de noviembre y 14 de diciembre de 1998 y 27 de marzo de 1999 de declaraciones supuestamente realizadas por el Sr. T. G. (a la sazón delegado provincial en Soria de la Asociación Coproper y 6J contra la gestión de Luis R., actual Asociación Unificada de Guardias Civiles) en las que éste criticaba la actuación de los mandos de la Guardia civil en relación con distintos aspectos de la situación profesional de los guardias civiles, aseverando que se venían produciendo represalias económicas y disciplinarias contra los agentes afiliados a la asociación profesional de guardias civiles a la que el Sr. T. G. pertenece por denunciar cuestiones tales como el deficiente estado de conservación de las casas-cuartel, la ocultación de cobros ilegales de dietas o la arbitrariedad en la concesión del plus de productividad. En dichos artículos periodísticos se atribuían al Sr. T. G. aseveraciones tales como que los agentes asociados venían siendo objeto de «persecución» y de «grabaciones ilegales» por parte de los mandos de la Guardia civil, así como que «la presión de los mandos más intransigentes es aterradora» y que las represalias disciplinarias contra los asociados constituyen «terrorismo psicológico».

b) Tras la práctica de una información reservada, en la que el Sr. T. G. negó los hechos que se le imputaban, se procedió a la instrucción del expediente, tomando declaración al Sr. T. G. y a diversos testigos, incorporando la documental pertinente y practicando prueba pericial caligráfica. En el curso del expediente el Sr. T. G. interesó la práctica de diversas pruebas, dictándose por el Instructor el acuerdo de 24 de enero de 2000 por el que se admiten unas pruebas y se deniegan otras. La denegación se basa en que algunas de las pruebas propuestas habían sido ya llevadas a cabo, otras no tienen relación con los hechos y otras carecen de relevancia, destacándose entre éstas la pericial solicitada, por versar sobre un hecho indiscutible, cual es la posibilidad de manipulación de un documento.

Concluido el expediente, el Ministro de Defensa dictó Resolución de 14 de marzo de 2001 por la que, acogiendo la propuesta del Instructor, impuso al Sr. T. G. la sanción disciplinaria de un año de suspensión de empleo por la comisión de una falta disciplinaria muy grave del art. 9.9 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia civil, por haber venido apareciendo en diversos medios periodísticos emitiendo juicios de valor sobre aspectos internos de la Guardia civil que sólo podía conocer por su pertenencia a la misma, dando lugar a que fueran publicadas las noticias antes referidas. El Sr. T. G. no ha solicitado autorización previa para tratar en los medios de comunicación informaciones relacionadas con su pertenencia al instituto armado, ni ha ejercitado ante los referidos diarios el derecho de rectificación respecto de las informaciones en las que era citado como fuente.

c) Contra la citada resolución el Sr. T. G. interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por Resolución del Ministro de Defensa de 10 de julio de 2001, confirmando íntegramente la resolución sancionadora y rechazando que se haya producido lesión alguna de los derechos de defensa, asociación y libre sindicación que denunciaba el Sr. T. G. en su recurso de reposición.

d) Agotada así la vía administrativa, el Sr. T. G. interpuso contra la resolución sancionadora, confirmada en reposición, recurso contencioso-disciplinario militar (núm. 159-2001) ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en el que alegaba la vulneración de los derechos fundamentales que nuevamente invoca en el presente recurso de amparo. El recurrente solicitó el recibimiento a prueba del proceso, lo que acordó la Sala por Auto de 22 de abril de 2002 (confirmado por Autos de 6 de junio y 3 de julio de 2002), admitiendo alguna de las pruebas propuestas por el recurrente e inadmitiendo otras, en unos casos por no guardar conexión con el objeto del proceso y en otros por reputarse innecesarias. Finalmente, la

Sala dictó Sentencia el 31 de marzo de 2003 por la que desestimó el recurso contencioso-disciplinario militar, confirmando en su integridad la resolución administrativa impugnada.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (Resumen)

...

El recurrente denuncia que las resoluciones administrativa y judicial impugnadas en amparo han vulnerado sus derechos a la presunción de inocencia, a la defensa, y a un proceso con todas las garantías, así como sus derechos al honor y a la intimidad personal, su derecho a la libertad de expresión (en conexión con el derecho de asociación y la libertad sindical) y el principio de legalidad en materia sancionadora. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal rechazan que haya existido vulneración de los derechos fundamentales alegados por el recurrente, por lo que interesan que se deniegue el amparo solicitado.

...

El examen de las quejas expuestas en la demanda de amparo debe ir necesariamente precedido del recordatorio de nuestra conocida doctrina sobre la traslación a los procedimientos administrativos sancionadores de las garantías constitucionales consagradas en el art. 24 CE, condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con su naturaleza (por todas, STC 14/1999, de 22 de febrero. Partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones de plano, esto es, sin observar procedimiento alguno, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio elenco de garantías del art. 24 CE. Sin ánimo de exhaustividad se pueden citar el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable al ámbito del procedimiento sancionador con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad esencial de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que la denegación inmotivada de medios de prueba puede vulnerar el art. 24.2 CE si resulta decisiva en términos de defensa (por todas, SSTC 44/1983, de 24 de mayo,

F. 3; 28/1989, de 6 de febrero, F. 6; 7/1998, de 13 de enero, F. 5; 3/1999, de 25 de enero, F. 4; 14/1999, de 22 de febrero, F. 3; 276/2000, de 16 de noviembre, F. 7; 117/2002, de 20 de mayo, F. 5; y 54/2003, de 24 de marzo, F. 3).

...

Siguiendo el orden expositivo de las quejas tal como se articulan en la propia demanda de amparo hemos de examinar, en primer lugar, la **pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia** (art. 24.2 CE), alegándose por el recurrente la ausencia de prueba de cargo que fundamenta la imposición de la sanción, pues entiende que no ha quedado acreditado que haya enviado la documentación que se afirma que remitió por fax desde su teléfono a un medio de comunicación y que la prueba pericial caligráfica efectuada por la Guardia civil tampoco permite atribuirle la autoría de documentación en la que se basan las noticias publicadas en diversos periódicos acerca de los hechos supuestamente denunciados por el recurrente, toda vez que dicha pericia no se practicó sobre documentos originales, sino sobre fotocopias, que resultan fácilmente manipulables, a lo que se une que el recurrente negó en todo momento haber sido el autor de las manifestaciones publicadas en los periódicos.

Según tiene reiteradamente afirmado este Tribunal, el derecho a la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones, lo que comporta la exigencia de una prueba de cargo suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una *probatio diabolica* de los hechos negativos. Sin perjuicio de lo cual, es obligado recordar asimismo que no corresponde a este Tribunal la revisión de la valoración del material probatorio efectuado por la Administración, sino sólo llevar a cabo una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante (por todas, SSTC 45/1997, de 11 de marzo, F. 4; 169/1998, de 21 de julio, F. 2; 117/2002, de 20 de mayo, F. 9; 131/2003, de 30 de junio, F. 7; 74/2004, de 22 de abril, F. 4; y 35/2006, de 13 de febrero, F. 6).

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso determina la desestimación de este primer motivo del recurso de amparo, pues ya desde el pliego de cargos y finalmente en la resolución sancionadora, confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, se razona pormenorizadamente cuál es el acervo probatorio de cargo que sustenta el relato de hechos en los que se fundamenta la sanción impuesta. Así, se considera acreditado que el recurrente, en su calidad de representante

de una asociación de guardias civiles, ha venido efectuando declaraciones a diversos periódicos («El Mundo», edición de Castilla y León, «El Diario Palentino», «El Mundo», edición de Valladolid, y «El Norte de Castilla»), dando lugar a informaciones publicadas los días 9 de noviembre y 14 de diciembre de 1998 y 27 de marzo de 1999, en las que criticaba la actuación de los mandos de la Guardia civil, aseverando que se venían produciendo represalias económicas y disciplinarias injustificadas contra los agentes afiliados a la asociación profesional de guardias civiles a la que pertenece el recurrente, así como diversas irregularidades tales como el ocultamiento de un presunto cobro ilegal de dietas por parte de mandos del cuerpo o la discrecionalidad en la concesión del plus de productividad. Los cuatro artículos periodísticos a los que se refiere la resolución sancionadora obran incorporados al expediente sancionador y en los mismos aparece identificado como fuente del reportaje el recurrente con su nombre y apellidos y su condición de delegado de la asociación profesional de guardias civiles a la que pertenece, dándose incluso la circunstancia de que en uno de dichos reportajes (el publicado en el diario «El Mundo», edición de Valladolid, el 27 de marzo de 1999) aparecen publicados numerosos datos personales del recurrente (edad, lugar de nacimiento, estado civil, datos familiares, lugar de residencia, datos profesionales) e incluso su fotografía, lo que permite inferir que fue efectivamente el recurrente la fuente de las reseñas periodísticas en cuestión. Además dicha inferencia resulta corroborada por la existencia de un comunicado suscrito por el recurrente y remitido mediante fax al periódico «El Diario Palentino» (documento recabado por el Teniente Coronel jefe de la comandancia de la Guardia civil de Palencia a través de un periodista no identificado), habiendo sido objeto la firma que aparece en dicho documento de una pericia caligráfica por el Centro de Investigación y Criminalística (Departamento de Grafística) de la Guardia civil, que llega a la conclusión (sin perjuicio de las limitaciones técnicas derivadas de que el soporte documental no sea el original, sino una fotocopia) de que se trata de la firma del recurrente. Por otra parte el recurrente, aunque en todo momento ha negado su autoría, reconoció haber tenido conocimiento de la publicación de los artículos periodísticos que le citaban como fuente de los hechos denunciados en dichos artículos, sin que conste que se haya dirigido a los medios de comunicación solicitando la oportuna rectificación, como pone de relieve la Sentencia impugnada en amparo. Asimismo reconoció haber mantenido relaciones con diversos medios de comunicación por su condición de delegado de la asociación profesional a la que pertenece, de lo que infiere la resolución sancionadora la facilidad que tenía para hacer llegar

a dichos medios, con garantías de publicación, las informaciones relativas a la Guardia civil.

En definitiva, examinada la razonabilidad del discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante, debemos concluir que existe sin duda actividad probatoria de cargo, válida y suficiente para enervar la presunción de inocencia del recurrente, por lo que este primer motivo del recurso de amparo debe ser rechazado. Cuestión distinta es la concerniente a si, como también afirma el recurrente, se le denegó indebidamente la práctica de otras pruebas que hubieran podido contrarrestar la referida prueba de cargo; sobre ello se tratará al examinar la queja relativa a la presunta vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, que en la demanda de amparo se engloba dentro de la queja relativa al derecho de defensa.

...

Ya hemos señalado que, conforme a nuestra consolidada doctrina, al procedimiento administrativo sancionador le es de aplicación el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que la denegación inmotivada de medios de prueba lesiona el art. 24.2 CE, siempre y cuando la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente (SSTC 1/1996, de 15 de enero, F. 2; 219/1998, de 17 de diciembre, F. 3; 101/1999, de 31 de mayo, F. 5; 26/2000, de 31 de enero, F. 2; 168/2002, de 30 de septiembre, F. 3; 131/2003, de 30 de junio, F. 3; y 74/2004, de 22 de abril, F. 7, entre otras muchas). Por otra parte, este derecho fundamental, de configuración legal, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada que faculte para exigir cualesquiera pruebas que el interesado tenga a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (SSTC 168/1991, de 19 de julio, F. 4; 233/1992, de 14 de diciembre, F. 2; 26/2000, de 31 de enero, F. 2; 96/2000, de 10 de abril, F. 2; 165/2001, de 16 de julio, F. 2; y 43/2003, de 3 de marzo, F. 2, por todas).

Aplicando esta doctrina al presente caso, ha de concluirse que no se aprecia que se haya vulnerado en el procedimiento sancionador el derecho del recurrente a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE), pues el examen de las actuaciones evidencia que el Instructor del expediente denegó, por acuerdo adoptado el 24 de abril de 2000, la práctica de determinadas pruebas propuestas por el recurrente, en virtud de un razonamiento suficientemente motivado y mediante una interpretación y aplicación de la legalidad que no puede tildarse de arbitraria o

irrazonable. Así, en síntesis, las diversas pruebas documentales solicitadas por el recurrente fueron inadmitidas por impertinentes, al no guardar sino una muy remota relación con el objeto del procedimiento, de suerte que incluso en el supuesto de alcanzarse el mejor de los resultados apetecidos, no resultarían relevantes para determinar su culpabilidad o inocencia. La prueba pericial (para acreditar que desde un aparato emisor fax puede hacerse constar cualquier número de teléfono y titular) fue igualmente inadmitida por irrelevante, toda vez que no se cuestiona la posibilidad de manipulación a que el recurrente alude. En cuanto a la prueba testifical propuesta fue admitida, si bien con la limitación del interrogatorio a las concretas preguntas que tienen relación con el objeto del procedimiento sancionador.

A la misma conclusión se llega en cuanto a pretendida lesión del derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa en el recurso contencioso-disciplinario militar. En efecto, en respuesta al escrito de proposición de prueba del recurrente, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo por Auto de 22 de abril de 2002, confirmado por Autos de 6 de junio y 3 de julio de 2002, admitió alguna de las pruebas propuestas e inadmitió otras, en unos casos por no guardar conexión con el objeto del proceso y en otros por reputarse innecesarias, al constar ya en el expediente, razonando convenientemente la Sala su decisión sobre la impertinencia o la innecesariedad, según los casos, de las pruebas rechazadas.

En suma, tanto el órgano competente en el procedimiento sancionador como la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en el recurso contencioso-disciplinario militar han razonado con toda amplitud que la inadmisión de algunas de las pruebas propuestas por el recurrente obedece, en unos casos, a que no guardan relación con el objeto del proceso, y, en otros, a que no son necesarias para resolver, juicios éstos que, a la vista de las actuaciones, no pueden calificarse de irrazonables o arbitrarios, y que, por tanto, superan el canon de constitucionalidad exigido por nuestra consolidada doctrina al respecto, sin que, por lo demás, el recurrente argumente en su demanda de amparo de modo convincente que la resolución final del procedimiento podría haberle sido favorable de haberse practicado las pruebas en cuestión, es decir, que la falta de actividad probatoria se ha traducido en una efectiva indefensión material, lo que conduce a rechazar, como ya se dijo, que haya existido la lesión del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa que se alega en la demanda de amparo.

...

Se aduce seguidamente por el recurrente que se han **vulnerado garantías fundamentales de su derecho de defensa (art. 24.2 CE) por haber-**

se incorporado de forma irregular a la información reservada y luego al expediente sancionador unos documentos supuestamente suscritos por el recurrente sobre la base de los cuales se confeccionaron las informaciones publicadas en los diferentes diarios, sin que se conozcan el origen y el medio de obtención de esos documentos, pues el Teniente Coronel jefe de la comandancia de la Guardia civil de Palencia que recabó tal documentación no ha revelado la identidad del periodista que supuestamente se la facilitó.

Pues bien, para dar cumplida respuesta a esta queja resulta preciso advertir que, como se recuerda en la Sentencia impugnada en amparo, el art. 44.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia civil, establece que «todos los organismos y dependencias de la Administración están obligados a facilitar al Instructor los antecedentes e informes necesarios para el desarrollo de su actuación, que se solicitarán por el conducto y en la forma reglamentada, salvo precepto legal que lo impida», constando en las actuaciones que la documentación a que alude el recurrente fue aportada al Instructor por el Teniente Coronel jefe de la comandancia de la Guardia civil de Palencia, a quien el Instructor tomó declaración por haber sido dicha comandancia la que remitió los recortes de prensa en los que se hacía mención a las informaciones facilitadas a los periódicos por el recurrente.

En consecuencia, huelga por completo hablar de incorporación irregular al expediente sancionador de los documentos referidos cuando existe suficiente amparo legal para dicha diligencia, sin que, por otra parte, se advierta lesión alguna para el derecho de defensa del recurrente por el mero hecho de desconocer la identidad del periodista que facilitó la referida documentación al Teniente Coronel jefe de la comandancia de la Guardia civil de Palencia. El recurrente tuvo pleno y oportuno conocimiento de los documentos en cuestión, aportados al expediente sancionador (así como de los informes emitidos por los directores de los periódicos concernidos), sin que sea necesario para la eficaz defensa del recurrente (como lo evidencia, por lo demás, el examen de las actuaciones) conocer quién facilitó esos documentos a la comandancia de la Guardia civil de Palencia.

...

De igual modo debe ser rechazada la queja referida a la **pretendida vulneración del derecho de defensa (art. 24.2 CE) por incoarse el expediente mediante información reservada en la que no se le puso de manifiesto al recurrente la acusación** ni se le informó de la procedencia de los documentos antes mencionados, respecto de los que se le requería para que reconociese su autoría.

Como acertadamente se pone de manifiesto por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la práctica de la información reservada previa al expediente disciplinario, prevista en el art. 32.2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia civil, no ha ocasionado indefensión alguna al recurrente, a quien le fue puesta de manifiesto inmediatamente y tuvo oportunidad de negar ya entonces (como así lo hizo) su relación con los hechos investigados, sin que tampoco quepa apreciar vulneración del principio acusatorio por no haberse efectuado en la información reservada, que no tiene carácter sancionador (sino que mediante la misma se pretende la averiguación de unos hechos para, en su caso, incoar un expediente disciplinario), un acto de acusación formal, pues el momento procesal oportuno para ello es el pliego de cargos que se formula en el expediente disciplinario (por todas, SSTC 297/1993, de 18 de octubre, F. 4, y 205/2003, de 1 de diciembre, F. 5), sin perjuicio de que las diligencias practicadas en la información reservada puedan, en su caso, ser valoradas por el órgano decisor (STC 56/1998, de 16 de marzo, F. 5, y ATC 204/1993, de 28 de junio, F. 3). Por lo demás, el examen de las actuaciones permite comprobar que el recurrente conoció oportunamente los cargos que contra él se formulaban, habiéndosele dado correcto traslado del pliego de cargos, así como de la propuesta de resolución, respecto de los cuales tuvo ocasión de defenderse en los términos que estimó pertinentes.

...

Para concluir con el examen de los motivos de amparo basados en supuestas infracciones de los derechos reconocidos por el art. 24.2 CE debemos referirnos al relativo a la vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías, que habría tenido lugar porque las diligencias de información y notificación del expediente y la toma de declaración al recurrente no aparecían inicialmente autorizadas con la firma del Instructor del expediente, como exige el art. 44 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia civil.

Esta queja ha de correr la misma suerte que las precedentes, dada su manifiesta irrelevancia constitucional. En efecto, como se señala en la Sentencia impugnada, amén de que el art. 44 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia civil, no establece expresamente la necesidad de firma del Instructor del expediente, siendo el Secretario del mismo (cuya firma constaba desde el principio en ambos documentos) quien da fe de lo actuado, es lo cierto que ese pretendido defecto procedimental fue subsanado en presencia del propio recurrente, firmando el Instructor las diligencias en cuestión, y siendo debidamente

cumplimentado lo acordado en las mismas. En definitiva, **la involuntaria omisión de la firma del Instructor constituiría, a la sumo, una mera irregularidad procedimental**, carente de relevancia constitucional, al no haber producido un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa del recurrente (por todas, SSTC 186/1998, de 28 de septiembre, F. 2; 52/1999, de 12 de abril, F. 5; 2/2002, de 14 de enero, F. 2; y 35/2006, de 13 de febrero, F. 5).

...

Alega asimismo el recurrente, con invocación del art. 20 CE, **la vulneración de sus derechos al honor y a la intimidad**, porque el oficial de la Guardia civil designado para realizar la información reservada tuvo acceso, sin estar autorizado para ello, al historial profesional del recurrente, lo que determinaría la nulidad de la prueba pericial caligráfica practicada, ya que los documentos que fueron empleados para el contraste de firmas eran diversas instancias cursadas por el recurrente, que fueron extraídas ilegalmente de su historial.

La queja que formula el recurrente tendría su encaje más correcto en el derecho a la intimidad personal que garantiza el art. 18.1 CE, que se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce, e implica la preservación de un ámbito de cuestiones relacionadas con la esfera íntima del individuo frente a la intromisión ajena o, dicho de otro modo, «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 170/1997, de 14 de octubre, F. 4; 231/1988, de 1 de diciembre, F. 3; 197/1991, de 17 de octubre, F. 3; 57/1994, de 28 de febrero, F. 5; 143/1994, de 9 de mayo, F. 6; 207/1996, de 16 de diciembre, F. 3; 202/1999, de 8 de noviembre, F. 2; y 186/2000, de 10 de julio, F. 5, entre otras muchas).

Sin embargo, debemos rechazar que se haya producido la vulneración de derecho a la intimidad personal en el presente caso, toda vez que, como acertadamente pone de relieve el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, los documentos extraídos del historial profesional del recurrente para realizar el contraste de firmas fueron recabados conforme a la previsión contenida en el art. 53.3 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia civil (que autoriza a los instructores de expedientes disciplinarios a incorporar a los mismos la documentación personal y antecedentes del interesado, aun cuando tengan carácter reservado, a fines de esclarecimiento de los hechos que son

objeto de investigación), sin que conste que tales documentos contuvieran datos pertenecientes a la intimidad del recurrente, por lo que la queja debe ser desestimada.

...

sostiene también el recurrente la lesión de su **derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), en relación con los derechos de asociación (art. 22 CE) y libertad sindical (art. 28.1 CE)**, pues aun en el caso de que se entendiera que fue el recurrente (lo que éste niega) quien facilitó a los periodistas la información publicada en los diarios sobre la existencia de graves irregularidades en la Guardia civil, las manifestaciones que se recogen en las reseñas periodísticas habrían sido efectuadas en el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en su calidad de representante de una asociación profesional legítimamente constituida (la actual Asociación Unificada de Guardias Civiles) y respecto de materias de las cuales el recurrente no tiene conocimiento por razón del destino que desempeña en la Guardia civil, por lo que no cabría imponerle sanción disciplinaria alguna.

Sobre el alcance y los límites del derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 20.1 a) CE cuando de miembros de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se trata ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en ocasiones anteriores, cuya doctrina resulta obligado traer ahora a colación para dar respuesta a la queja del demandante de amparo.

Así, ya en la STC 81/1983, de 10 de octubre, F. 3, señalábamos que «la estructura interna del Cuerpo Superior de Policía al que pertenece como inspector el recurrente y la misión que el art. 104.1 de la CE atribuye, entre otros, a dicho cuerpo, obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la medida necesaria para no incurrir en vulneración a este respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial».

...

En la STC 371/1993, de 13 de diciembre, FF. 4 y 5, tras reiterar que hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites más estrictos o específicos en cuanto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por razón de la función que desempeñan, hacíamos notar, en la misma línea marcada en análogos supuestos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho garantizado en el art. 10 del Convenio (con cita de la STEDH de 8 de junio de 1976, caso Engel y

otros), que tales limitaciones presentan especial singularidad cuando se trata de miembros de las Fuerzas Armadas, ya que no debe olvidarse que resultan indispensables a la organización militar, para poder cumplir sus fines, las características de profunda jerarquización, disciplina y unidad, las cuales se verían en entredicho de quedar amparadas bajo el manto protector de la libertad de expresión conductas que fueran claramente indicativas de una desmesura en el ejercicio de la crítica a determinados aspectos de la actuación del Instituto armado. De suerte que «no cabe negar que la exigencia del debido respeto a los órganos constitucionales y las autoridades civiles y militares resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los militares», justificado por las exigencias de la específica configuración de de las Fuerzas Armadas, «y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado. No puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria medida más estricta que la exigible de las [personas] no pertenecientes a las Fuerzas Armadas, y que excluiría manifestaciones «levemente irrespetuosas», en la expresión de opiniones críticas o discrepantes por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares».

Del mismo modo, en la STC 270/1994, de 17 de octubre, F. 4 (dictada con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por un agente de la Guardia civil que fue objeto de sanción disciplinaria de separación del servicio por la manifestaciones realizadas en una rueda de prensa), recordando la doctrina anterior, señalábamos que las altas misiones que el art. 104.1 CE atribuye a los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado «se pondrían en peligro si se considerasen amparadas por el derecho a la libertad de expresión aquellas críticas que fueran vertidas por los mismos sin la medida necesaria para no incurrir en una vulneración del respeto debido a sus superiores ni atentar contra el buen funcionamiento del servicio y de la institución», debiendo ponderarse en cada caso si el funcionario ha hecho un ejercicio de su derecho a la libertad de expresión dentro de los límites derivados de los deberes que ha de cumplir en su condición de miembro de las Fuerzas Armadas o de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

En fin, en la STC 127/1995, de 25 de julio, F. 3, se insiste en la misma doctrina, señalando que «la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, establece, de acuerdo con el diseño constitu-

cional del derecho de sindicación de la policía (art. 28.1 CE), ciertas limitaciones a su ejercicio que se explican por las especiales características de la función policial y el carácter de instituto armado. Concretamente los límites vienen dados por el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como el crédito y prestigio de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios y la garantía del secreto profesional (art. 19). Tales limitaciones alcanzan, en particular, a la libre acción o actividad sindical, dentro de cuya expresión debe encuadrarse, en lo que aquí interesa, la libertad de información (STC 273/1994). Los principios de jerarquía y subordinación, que definen al cuerpo (art. 18 de la Ley Orgánica 2/1986), pueden limitar la libertad de información en materia sindical; de manera que esta libertad no despliega sus efectos con la misma virtualidad cuando se trata de miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad. Así lo hemos reconocido en la STC 81/1983 al manifestar que la crítica en el ejercicio de la condición de representante sindical deberá hacerse con la mesura necesaria para no incurrir en vulneración al respeto a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial».

La aplicación de la doctrina citada al caso que nos ocupa conduce a rechazar la queja del recurrente, toda vez que la Sentencia recurrida en amparo procedió a realizar una correcta ponderación desde la perspectiva del derecho reconocido en el art. 20.1 a) CE de las manifestaciones vertidas por el recurrente a través de diversos periódicos, en las que se formulaban graves denuncias respecto a diversas cuestiones relacionadas con el funcionamiento interno de la Guardia civil, con el empleo de juicios de valor ciertamente ofensivos hacia los superiores jerárquicos.

Y, en efecto, atendiendo a las circunstancias descritas en los antecedentes de esta Sentencia, ha de concluirse que dicha ponderación fue correctamente realizada, sobre todo si se tiene en cuenta que las manifestaciones efectuadas por el recurrente a través de los medios de comunicación incluían expresiones formalmente irrespetuosas e incluso, como señala la resolución judicial impugnada, ofensivas hacia los superiores jerárquicos, al imputarles actuaciones no sólo arbitrarias, sino también ilegales, no pudiendo, en consecuencia, estimarse amparadas tales manifestaciones por el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

...

Por último, aduce el recurrente la vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), señalando que la lesión de los

derechos fundamentales alegados en los precedentes motivos de amparo conlleva la atipicidad de la conducta sancionada.

Pues bien, así planteada esta queja, carente de un núcleo autónomo de razonamiento, es claro que el rechazo de los motivos de amparo precedentes conduce a rechazar igualmente que haya existido vulneración del art. 25.1 CE. En todo caso baste señalar que, como expresa con acierto el Ministerio Fiscal, en modo alguno se advierte en el presente asunto lesión alguna del principio de legalidad en materia sancionadora, al haber sido sancionado el recurrente a consecuencia de una conducta tipificada legalmente con anterioridad a la comisión de la infracción en el art. 9.9 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia civil («observar la conducta gravemente contraria a la disciplina, servicio y dignidad de la Institución que no constituya delito»), siendo la subsunción de los hechos en la falta disciplinaria muy grave prevista en dicho precepto legal, realizada por la Administración sancionadora y ratificada por la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, plenamente razonable, pues no se aparta de los criterios lícitos de interpretación ni violenta el tipo infractor aplicado (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, F. 7; 151/1997, de 29 de septiembre, F. 4; 13/2003, de 28 de enero, F. 3; y 163/2004, de 4 de octubre, F. 7).

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Francisco Javier T. G.

IV. COMENTARIOS

La Sentencia recoge unos hechos de rabiosa actualidad, en el ámbito social, militar y de la Guardia Civil, fijando lo acertado de la actuación de los mandos del Benemérito Instituto en el cumplimiento de su obligación, que es plenamente respetuosa con una exquisita observación de los preceptos constitucionales y de su jurisprudencial aplicación.

Sentencia Tribunal Constitucional Núm. 152/2006 (Sala Primera), de 22 de mayo.

Ponente: D. María Emilia Casas Baamonde

Recurso de amparo contra Sentencia, de 03-04-2002, de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que declaró conforme a derecho la designación al recurrente para la realización de guardias de seguridad. Vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: existencia: **otorgamiento parcial del amparo.**

I. ANTECEDENTES (Resumen)

...

Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por Orden del General Comandante Militar de Madrid de 19 de septiembre de 1997 el demandante de amparo, militar de carrera, que en aquella fecha ostentaba la graduación de Sargento Primero de artillería, Cuerpo General de las Armas, Escala de Suboficiales del Ejército de Tierra, con destino en la Fiscalía Jurídico-Militar del Tribunal Militar Territorial Primero, fue nombrado como **imaginaria de la guardia de seguridad del acuartelamiento «Reina Cristina».**

b) El demandante de amparo presentó escrito dirigido al General Comandante Militar de Madrid solicitando ser excluido del turno de guardias de seguridad del citado acuartelamiento. Esta solicitud fue desestimada mediante Resolución de 3 de noviembre de 1997 del General Comandante Militar de Madrid. El actor formuló entonces recurso administrativo ordinario contra la citada Resolución ante el General Jefe de la Región Militar Centro, que fue igualmente desestimado por la Resolución de 10 de marzo de 1998.

c) Contra esta última Resolución del General Jefe de la Región Militar Centro de 10 de marzo de 1998 formuló el demandante de amparo recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, que quedó registrado con el núm. 687/98 de los de su clase, correspondiendo su conocimiento a la Sección Novena del indicado Tribunal. La «pieza angular del recurso», según se expresaba en el mismo, es la de que

el recurrente pertenece a un organismo, la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Primero, y que ello, en su parecer, impedía que se le asignaran «ningún tipo de guardias ni servicios en el Acuartelamiento Reina Cristina», puesto que el art. 107, párrafo 2, de la Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra restringiría los mismos, cuando el acuartelamiento no disponga en plantilla de unidad de servicios, al personal de las «Unidades y Centros alojados», pero no al de los organismos.

d) La Sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 354/2002, de 3 de abril, desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por el recurrente. Considera que «[l]as alegaciones en las que la parte actora funda, básicamente, su pretensión impugnatoria son, en resumen, los arts. 192 y 193 de la RR OO del Ejército de Tierra conforme a los cuales los miembros del Cuerpo de Especialistas no tiene aptitud legal para realizar guardias de orden en cuanto requieren «acción de mando», ni tampoco guardias de seguridad para las que se precisa «empleo de fuerza», correspondiendo su realización al Cuerpo General de las Armas, correspondiéndoles únicamente realizar las «guardias de los servicios», y demás funciones relacionadas con su especialidad entre las que entra el mando del personal técnico subordinado y las funciones administrativas relacionadas con el material del Ejército. A su juicio, así lo viene entendiendo el Tribunal Supremo y numerosas Salas de diversos Tribunales Superiores de Justicia». Y resuelve la pretensión del siguiente modo: «De cuando antecede, esta Sección deduce que, derogada la antigua normativa del hoy desaparecido Cuerpo de Suboficiales Especialistas, singularmente la Orden de 3 de enero de 1959 con la nueva normativa encarnada en el art. 17 de la Ley 17/89, ha desaparecido la falta de aptitud legal de los miembros del Cuerpo de Especialistas para realizar los servicios de guardia de orden y seguridad a que se refiere el art. 193 en relación con el art. 346 de las RR OO ET».

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (Resumen)

...

El presente recurso de amparo tiene por objeto determinar si la Sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 354/2002, de 3 de abril, ha vulnerado los derechos fundamentales del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE, a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y a la utilización de los medios de prueba pertinentes

para su defensa (art. 24.2 CE). La demanda dirige también formalmente el recurso contra la Resolución administrativa de 10 de marzo de 1998 del General Jefe de la Región Militar Centro, pero no materialmente, ya que las vulneraciones reseñadas bien se refieren únicamente a la Sentencia judicial, bien lo hacen desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial, impertinente respecto a una decisión administrativa no sancionadora.

El demandante de amparo aduce que la Sentencia impugnada incurrió en un «grave error», puesto que, al resolver el recurso contencioso-administrativo, partió de su pertenencia al cuerpo de especialistas del Ejército de Tierra, cuando en realidad pertenece al cuerpo de armas del mismo Ejército, y puesto que por ello no contestó a su pretensión de que se había inaplicado el artículo 107 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra que, en su parecer, sólo posibilitaría la asignación de guardias al personal de las unidades y centros alojados en un acuartelamiento, pero no al personal de los organismos, como era su caso. El error cometido, pues, habría vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en cuanto determinante de la desestimación del recurso contencioso-administrativo formulado. Además, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid habría vulnerado también su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque no indicó los posibles recursos que procedían contra la misma; su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, al haberse producido cinco años después de iniciado el proceso; y su derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, al rechazar el órgano judicial el recibimiento del pleito a prueba.

...

El Auto de la Sección Novena, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de abril de 2000 rechazó el recibimiento del pleito a prueba porque no se había negado la autenticidad o legitimidad de los hechos de la demanda, por lo que consideró intrascendente la práctica de la prueba propuesta para la resolución del proceso. El Auto no fue recurrido en súplica. En consecuencia, conforme con lo alegado por el Ministerio Fiscal, procede inadmitir este motivo de amparo, dado que concurre la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía previa al recurso de amparo [art. 44.1 a) en relación con el art. 50.1 a) LOTC.

...

Tampoco es admisible la queja relativa a la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), que adolece de la falta de una pronta invocación en el proceso [art. 44.1 c) LOTC]. En efecto, el recurrente se queja de que «ya han transcurrido, casi cinco años desde que se inició todo este asunto», pero no acredita reacción previa alguna frente

a las dilaciones que ahora denuncia mientras las mismas se estaban produciendo, ni llega siquiera a concretar qué fases del proceso judicial entiende como constitutivas de tales dilaciones. Constituye doctrina de este Tribunal la que «requiere que quien solicita el amparo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas haya denunciado oportunamente la dilación ante el órgano jurisdiccional y asimismo haya dado a éste un tiempo que razonablemente le permita remediar la dilación» (STC 177/2004, de 18 de octubre, F. 2). No podemos, pues, proceder a analizar la razonabilidad o irrazonabilidad de una duración del proceso que fue fácticamente consentida por quien ahora se queja de la misma, sin que, siendo ello posible, se diera oportunidad al órgano judicial de remediar la vulneración que se le reprocha.

...

La queja sobre la vulneración del derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), supuestamente producida por la Sentencia impugnada al no indicar los recursos procedentes contra ella, no puede ser acogida. Debe recordarse al respecto que «la instrucción de recursos tiene como finalidad poner en conocimiento de las partes si la resolución que se les notifica es firme o no, y los recursos que, en su caso, procedan, sin que dicha instrucción forme parte del *decisum* de la resolución y, por tanto, implique un cierre o una apertura definitiva y sin condiciones a la siguiente instancia, caso de tener un contenido negativo o positivo, respectivamente (SSTC 155/1991, de 10 de julio, F. 7; 70/1996, de 24 de abril, F. 2; y 128/1998, de 16 de junio, F. 6)» (STC 240/2001, 18 de diciembre, F. 2). Así, ni en la omisión denunciada se advierte falta de tutela judicial, ni en cualquier caso existe alegación alguna en la demanda relativa al efecto material de indefensión que habría producido tal omisión.

...

Procede ahora entrar a conocer de la queja central de la demanda, atinente a la **vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión** (art. 24.1 CE) que habría producido la Sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 354/2002, de 3 de abril, al considerar por error al demandante como integrante del cuerpo de especialistas del Ejército de Tierra y al contestar a su petición de que no se le asignaran servicios de guardia con base en tal errónea condición (arts. 192 y 193 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra) y no, como pretendía el mismo, a partir de su condición de pertenencia a un organismo (la Fiscalía Jurídico-Militar del Tribunal Militar Territorial Primero) y no a un cuerpo o a una unidad (art. 107, párr. 2, de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra).

Conviene recordar, en efecto, que el recurrente situaba «la pieza angular de su recurso» en el art. 107, párr. 2, de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, porque entendía que en él se restringía la posibilidad de asignar servicios, «cuando la base o acuartelamiento no disponga en plantilla de Unidad de Servicios», al personal de las unidades y centros alojados en el mismo, pero no al personal de los organismos así alojados, como era el caso del demandante. En esta cuestión, insistía, «se condensa todo el núcleo del recurso». Frente a este planteamiento jurídico la Sentencia recurrida en amparo entiende que «las alegaciones en las que la parte actora funda, básicamente, su pretensión impugnatoria son, en resumen, los arts. 192 y 193 de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra conforme a los cuales los miembros del Cuerpo de Especialistas no tiene aptitud legal para realizar guardias de orden en cuanto requieren «acción de mando», ni tampoco guardias de seguridad para las que se precisa «empleo de fuerza», correspondiendo su realización al Cuerpo General de las Armas, correspondiéndoles únicamente realizar las «guardias de los servicios», y demás funciones relacionadas con su especialidad entre las que entra el mando del personal técnico subordinado y las funciones administrativas relacionadas con el material del Ejército» (F. 1). Y a partir de ello resuelve que, «derogada la antigua normativa del hoy desaparecido Cuerpo de Suboficiales Especialistas, singularmente la Orden de 3 de enero de 1959, con la nueva normativa encarnada en el art. 17 de la Ley 17/89, ha desaparecido la falta de aptitud legal de los miembros del Cuerpo de Especialistas para realizar los servicios de guardia de orden y seguridad a que se refiere el art. 193 en relación con el art. 346 de las [Reales Ordenanzas]».

De la confrontación de la pretensión del recurrente –de lo que pedía y de las razones fácticas y jurídicas por las que lo pedía– con la respuesta dada por el órgano judicial –que desestima el recurso en virtud de razones fácticas y jurídicas diferentes a las planteadas– se deriva un supuesto de incongruencia omisiva constitucionalmente relevante, y con ello, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El recurrente, en efecto, que pertenece al cuerpo general de las armas y no al cuerpo de especialistas, pretendía que se estimara su recurso y que no se le asignaran servicios de guardia porque pertenecía a un organismo, y no a una unidad o centro (art. 107, párrafo 2, de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra); el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el recurso porque entiende que pertenece al cuerpo de especialistas y que los miembros del mismo pueden realizar tales servicios de guardia (arts. 192 y 193 del mismo cuerpo normativo). Resulta así notorio que la Sentencia impugnada en amparo no ha respondido a la pretensión del recurrente, a

su petición en el proceso «en virtud de una determinada fundamentación o *causa petendi*. Como subrayaban las SSTC 124/2000, de 16 de mayo, y 40/2001, de 12 de febrero, «el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir– y *petitum*. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre» (F. 3 en ambas). Esta precisión sobre el objeto de la incongruencia constitucionalmente relevante ha servido... para poder constatarla en supuestos en los que sí hay respuesta judicial a la petición, pero en correspondencia a otro fundamento y con ello a otra pretensión» [STC 52/2005, de 14 de marzo].

Como esta falta de respuesta se debe a un error del órgano judicial en la comprensión de la pretensión que había de resolver, nos encontramos ante un supuesto de incongruencia por error, «denominación con la que se define un supuesto en el que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta (por todas, SSTC 136/1998, de 29 de junio, F. 2 y 96/1999, de 31 de mayo, F. 5)» [STC 85/2000, de 27 de marzo, F. 3 a)].

...

Constatamos pues que la Sentencia impugnada ha sido incongruente por error y que ha vulnerado por ello el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva. Procede así respecto a esta queja el otorgamiento del amparo [art. 53 a) LOTC].

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Julián M. P. y, en su virtud:

1.º Reconocer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 354/2002, de 3 de abril.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al del pronunciamiento de la Sentencia anulada para que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

4.º Inadmitir las quejas por vulneración de los derechos a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) y a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

5.º Desestimar la demanda de amparo en todo lo demás.

IV. COMENTARIOS

Tras desestimar el recurso en general, y expresamente las quejas por vulneración de los derechos a la utilización de los medios de pruebas pertinentes para la defensa, se reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectuada, con nulidad de la Sentencia de 3 de abril de 2002 y retroacción de lo archivado para dictar nueva Sentencia.

Cinco años después, no decide sobre el fondo de si está obligado a realizar guardia de seguridad un Sargento Primero de Artillería (Cuerpo General de las Armas. Escuela de Suboficiales del Ejército de Tierra), que no cuestionó su condición militar para la guardia, sino que alegó (lo que no se contestó por la jurisdicción contencioso-administrativa), si su «destino en la Fiscalía» le impedía entrar a ejercer el servicio de guardia.

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 186/2006 (Sala Segunda), de 19 de junio

Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera.

Recurso de amparo contra Sentencia, de 19-04-2003, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que estimando recurso de apelación interpuesto contra Sentencia, de 20-09-2002, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7, declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. Vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales: existencia: **estimación del amparo.**

I. ANTECEDENTES (Resumen)

...

Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El demandante de amparo, que ostenta el empleo de sargento primero del Ejército del Aire, fue examinado por el tribunal médico militar regional de la Región Militar Centro, el cual, como consecuencia del reconocimiento, emitió con fecha 18 de abril de 2001 el acta núm. 11/01-20B, en la cual se recogía el diagnóstico de diabetes mellitus tipo 2, en tratamiento dietético, indicándose que la enfermedad era irreversible, que no estaba estabilizada y que le imposibilitaba totalmente para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera. En el dictamen del tribunal se señalaba, además, que la enfermedad se presumía como definitiva a los efectos del art. 157 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, y que no producía incapacidad absoluta y permanente para todo tipo de trabajo, ni gran invalidez.

b) Con fecha 8 de junio de 2001 la Administración acordó iniciar un expediente para determinar la insuficiencia de condiciones psicofísicas del recurrente. Dicha resolución le fue notificada el día 25 siguiente, comunicándole al propio tiempo la designación de instructor y secretario y concediéndole un plazo no inferior a diez días ni superior a quince para formular alegaciones y aportar la documentación oportuna y la información complementaria que a su derecho conviniera. No consta que se le informara del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación del procedimiento ni de los efectos que pudiera producir el silencio administrativo.

c) La asesoría jurídica del Mando Regional Centro elevó el procedimiento con fecha 9 de agosto de 2001 al Jefe del Estado mayor del Ejército, con informe favorable respecto a la apreciación de la pérdida de aptitudes psicofísicas del actor.

d) La Junta de evaluación acordó con fecha 28 de septiembre de 2001 solicitar que el recurrente pasara reconocimiento médico ante el tribunal médico central del Ejército. El dictamen fue emitido en sesión de 21 de mayo de 2002, en términos coincidentes con el anterior en cuanto al diagnóstico de la patología, si bien con la indicación de que no le imposibilita totalmente para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera, **pudiendo desempeñar destinos que le permitan mantener la dieta y tratamiento adecuado**

e) **Al no haberse resuelto expresamente el expediente**, el 17 de mayo de 2002 interpuso el demandante de amparo recurso contencioso-

administrativo contra la resolución presunta por silencio administrativo del expediente de pérdida de condiciones psicofísicas. **El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7** dictó Sentencia con fecha 20 de septiembre de 2002, en el procedimiento abreviado núm. 78-2002, estimando el recurso **y declarando la inutilidad permanente para el servicio del actor**, por pérdida de aptitud psicofísica ajena a acto de servicio, con efectos a partir del día 25 de octubre de 2001. El órgano judicial desestimó la causa de inadmisión alegada por el Abogado del Estado al amparo del art. 69 e) LJCA pues, aun reconociendo que, en aplicación estricta del art. 46.1 de la misma Ley, habría de apreciarse la extemporaneidad del recurso, teniendo en cuenta la doctrina sentada por este Tribunal y por el Tribunal Supremo en asuntos relativos a la normativa anterior, equiparó la falta de pronunciamiento de la Administración a la existencia de una notificación defectuosa, que habría de surtir efecto a partir de la fecha en que el interesado hubiera realizado actuaciones que supusieran el conocimiento del contenido y alcance del acto o interpusiera el recurso procedente. Y el primer acto del interesado con dicho alcance fue la presentación de la demanda iniciadora del procedimiento abreviado, de donde se derivaba la consecuencia de que el recurso no era extemporáneo.

f) Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación el Abogado del Estado, solicitando que se declarara la inadmisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo, al entender que se había interpuesto extemporáneamente, ya que habían transcurrido más de seis meses desde que se produjo el acto presunto, de conformidad con el art. 46.1 LJCA en relación con el art. 42 LPC. **La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional** dictó Sentencia con fecha 10 de abril de 2003, estimando el recurso interpuesto, **con revocación de la Sentencia apelada, y declarando inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Antonio J. E. Señala la Sentencia:**

«De conformidad con los arts. 42, 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, según redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero y dado que no existía en la normativa vigente al tiempo de iniciarse el expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas un plazo específico, la Administración estaba obligada a resolver el expediente administrativo de determinación de insuficiencia de condiciones psicofísicas en el plazo de tres meses, por lo que transcurrido el mismo, ha de entenderse despliega sus efectos el silencio administrativo en sentido negativo, al tratarse de un expediente administrativo incoado de oficio por la propia Administración del que puede derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de

derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas para el interesado, de conformidad con el art. 44.1 de la Ley 30/1992. Encontrándonos ante un «acto presunto», y desde ese momento, de conformidad con el art. 46.1 de la Ley de la Jurisdicción, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo es de seis meses, «a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto».

...

Por Acuerdo del Ministro de Defensa de 5 de noviembre de 2002 se resolvió el expediente administrativo, declarando la utilidad para el servicio del actor con limitación, con la posibilidad de desempeñar destinos que le permitan mantener la dieta y el tratamiento adecuado. El referido Acuerdo se notificó al demandante de amparo el 2 de enero de 2003, indicándole que contra el mismo podía interponer recurso contencioso-administrativo o, en su caso, y con carácter potestativo, recurso de reposición previo al Contencioso-Administrativo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (Resumen)

...

El demandante de amparo dirige su impugnación contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 10 de abril de 2003, que estimó el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7, de 20 de septiembre de 2002, recaída en el procedimiento abreviado núm. 78-2002 y, con revocación de dicha Sentencia, declaró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. J. E. contra la desestimación por silencio administrativo de la pretensión del recurrente de que se declarara su inutilidad física. El actor sostiene que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), porque la falta de resolución expresa de la Administración a su solicitud no puede colocarle en peor situación que cuando se notifica defectuosamente una resolución expresa, ya que si así fuera se estaría dando a la Administración que ha incumplido su deber de resolver expresamente un trato más favorable, como ha ocurrido en el caso presente, merced a la declaración de inadmisibilidad de su recurso contencioso-administrativo efectuada por la resolución impugnada en aplicación estricta del plazo establecido en el art. 46.1 de la Ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

Por su parte, el Abogado del Estado solicita que se declare inadmisibile el recurso de amparo de acuerdo con la doctrina sentada en la STC 118/2005, de 9 de mayo, dado que, con anterioridad a la interposición del recurso de amparo, se había dictado resolución expresa contra la que el recurrente tenía franco el acceso a la jurisdicción de control, de forma que, en el momento de acudir a esta vía, la existencia de una resolución expresa jurisdiccionalmente impugnabile convertía en hipotética la lesión e inútil la reparación solicitada de este Tribunal.

El Ministerio Fiscal, que inicialmente solicitó el otorgamiento del amparo, a la vista del expediente administrativo remitido a requerimiento de este Tribunal, interesó que se dicte Sentencia denegando el amparo solicitado por inexistencia de objeto del recurso de amparo formulado, al haberse producido resolución expresa, que permitía acceder a la jurisdicción antes de plantear la demanda de amparo.

...

Con carácter previo al examen de la queja planteada por el actor, debemos dilucidar si concurre o no el óbice procesal alegado por el Abogado del Estado que, con invocación de la doctrina sentada en la STC 118/2005, de 9 de mayo, aduce la inexistencia en el momento de interponer la demanda de amparo de una lesión efectiva y actual del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) invocado por el recurrente, al haberse dictado ya una resolución expresa por parte de la Administración, de modo que habría quedado abierta la posibilidad de recurrirla judicialmente y obtener una Sentencia sobre el fondo del asunto.

...

En tales circunstancias, no puede entenderse que el presente proceso resulte inadmisibile por el hecho de que, durante la sustanciación del recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, la Administración resolviera expresamente contra las pretensiones del demandante y en sentido opuesto a la Sentencia pronunciada en primera instancia. Por una parte, porque no cabe soslayar el aspecto temporal de la cuestión, en la medida en que la decisión administrativa expresa es anterior a la producción de la lesión aducida por el recurrente, de modo que difícilmente puede sostenerse que subsane o convierta en hipotética la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que el actor afirma haber padecido en virtud de la Sentencia de apelación. Tal afirmación conduciría, además, a un corolario inadmisibile, tanto desde el punto de vista del derecho consagrado en el art. 24.1 CE, como desde la perspectiva de la potestad jurisdiccional consagrada en el art. 117 CE, según el cual el acto administrativo expreso privaría de toda eficacia a la Sentencia que se pudiera dictar

posteriormente en el recurso de apelación, que ya no tendría sentido alguno, fuera el que fuera su pronunciamiento, e, incluso, que el acto expreso dejaría sin sentido a la totalidad del procedimiento Contencioso-Administrativo.

Por otra parte, la existencia de esta resolución tardía y la posibilidad de impugnarla jurisdiccionalmente no conllevaría, en sí misma, que pueda obtenerse en la vía judicial la reparación de la vulneración aducida en amparo, pues esta «segunda oportunidad» de acudir a la vía Contencioso-Administrativa, esta vez contra el acto administrativo expreso, no «sana» la vulneración que habría producido la decisión del Tribunal *ad quem* de inadmitir el recurso, ni elimina el perjuicio que la decisión judicial impugnada en amparo haya podido ocasionar al recurrente. Dicho de otra forma, la posibilidad de que el recurrente pueda plantear de nuevo esta cuestión ante los órganos judiciales impugnando la resolución expresa recaída tardíamente no le restablece en el derecho presuntamente vulnerado, ya que no le coloca en la misma situación en la que quedaría de otorgársele el amparo. En efecto, mientras que una eventual estimación del presente recurso determinaría la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la Sentencia de apelación, si tuviera que dirigirse ahora contra el acto administrativo expreso para conseguir un pronunciamiento judicial, el actor se vería obligado a iniciar desde el principio una nueva vía impugnatoria, siendo así que en el procedimiento en trámite ya contaba con un pronunciamiento favorable a sus pretensiones.

...

En consecuencia, procede desestimar el óbice planteado por el Abogado del Estado.

...

Una vez despejado el anterior obstáculo procesal, podemos entrar en el análisis de la cuestión de fondo que se suscita, no sin antes precisar que el derecho fundamental que se encuentra en juego es el derecho del recurrente a acceder a la jurisdicción, en relación con el cual el juzgador se encuentra vinculado por el principio *pro actione*, que despliega su máxima eficacia, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la *ratio* de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, F. 4). En suma, el canon de constitucionalidad aplicable al presente supuesto no

queda limitado sólo a la apreciación de la arbitrariedad, de la irrazonabilidad o de un error patente en la resolución judicial, parámetros propios del control de las resoluciones judiciales obstativas del acceso al recurso, sino que hay que acudir al de la proporcionalidad, que margina aquellas interpretaciones que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por la desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión que le ha sido sometida (STC 86/1998, de 21 de abril, F. 5, entre otras muchas).

El asunto que se nos presenta por la vía del amparo plantea una cuestión prácticamente idéntica a la resuelta en la STC 14/2006, de 16 de enero, en la que se recoge detalladamente la doctrina de este Tribunal sobre el cómputo de los plazos para la impugnación de la actuación administrativa en los supuestos de silencio administrativo de carácter negativo o desestimatorio, emanada tanto en supuestos de aplicación de la antigua Ley de procedimiento administrativo de 1958 (SSTC 6/1986, de 21 de enero; 204/1987, de 21 de diciembre; 86/1998, de 21 de abril; 188/2003, de 27 de octubre; y 220/2003, de 15 de diciembre como en casos referidos a la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPC, en adelante; SSTC 3/2001, de 15 de enero; 184/2004, de 2 de noviembre; 73/2005, de 4 de abril; 14/2006, de 16 de enero; y 39/2006, de 13 de febrero).

En síntesis, la doctrina indicada parte de que el silencio administrativo es una mera ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración (STC 204/1987, F. 4), y de la consideración de que no puede calificarse de razonable una interpretación que prime esa inactividad y coloque a la Administración en mejor situación que si hubiera cumplido su obligación de resolver expresamente y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales (STC 6/1986, F. 3). Y aunque la cuestión relativa a la caducidad de las acciones constituye, en principio, un problema de legalidad ordinaria que corresponde resolver a los órganos judiciales «ex» art. 117.3 CE, «adquiere dimensión constitucional cuando... la decisión judicial supone la inadmisión de una demanda como consecuencia de un error patente, una fundamentación irrazonable o arbitraria y, consecuentemente, el cercenamiento del derecho fundamental a obtener una resolución de fondo suficientemente motivada que deseche cualquier interpretación rigorista y desproporcionada de los requisitos legal-

mente establecidos para el ejercicio de la acción ante los Tribunales» (STC 39/2006, F. 2).

En el supuesto que nos ocupa, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional consideró, en aplicación del art. 69 e) LJCA, inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el actor, por entender excedido el plazo de seis meses previsto en el art. 46.1 de la misma Ley para la impugnación de actos administrativos presuntos. A tal efecto, razonó, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 42 a 44 LPC (según la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), que puesto que no existía en la normativa vigente al tiempo de iniciarse el expediente un plazo específico para su resolución, la Administración estaba obligada a resolverlo en el plazo de tres meses, por lo que, transcurrido el mismo, se entendía producido el silencio administrativo en sentido negativo, de acuerdo con el art. 44.1 LPC, ya que se trataba de un expediente administrativo incoado de oficio por la propia Administración del que podía derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas para el interesado. Tal línea discursiva le ha llevado a concluir que, habiéndose incoado el procedimiento el 8 de junio de 2001, el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo concluyó el 8 de abril de 2002, de suerte que, al haberse presentado el escrito inicial del recurso el 17 de mayo de 2002, el mismo resultaba extemporáneo.

Sin embargo, el órgano judicial, no sólo ha obviado valorar el incumplimiento por la Administración de su obligación de dictar resolución expresa en el procedimiento, de acuerdo con el art. 42.1 LPC, sino que también ha ignorado el dato esencial de que se trata de un procedimiento iniciado de oficio, en el que la Administración no ha satisfecho el deber de informar al interesado del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación del procedimiento, así como de los efectos que pudiera producir el silencio administrativo (art. 42.4 LPC). A mayor abundamiento, como señaló el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, si bien no consta la suspensión expresa del transcurso del plazo para resolver, sí que concurrían los presupuestos necesarios para ello, de conformidad con la previsión del art. 42.5 LPC, en la medida en que se acordó solicitar dictamen del tribunal médico central del Ejército, con nuevo reconocimiento facultativo del interesado, actuación que tuvo paralizado el procedimiento durante más de siete meses, sin que se adoptara decisión alguna al respecto, y sin que la incidencia que este extremo pudiera tener sobre la cuestión haya sido tomada en consideración por el órgano judicial a la hora de decidir acerca de la extemporaneidad del recurso.

Pues bien, a la vista de los anteriores antecedentes, hemos de concluir, en los mismos términos de la STC 14/2006, que se ha producido la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su prístina manifestación del acceso a la jurisdicción, ya que «no puede calificarse de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental aquella que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales, cuando ... caben otras interpretaciones que, en último término, eviten la contradicción y posición contraria al principio *pro actione* que supone admitir que las notificaciones defectuosas (que implican el cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver expresamente), puedan surtir efectos «a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda» (art. 58.3 LPC), esto es, sin consideración a plazo alguno, y sin embargo, en los casos en que la Administración ha incumplido total y absolutamente su obligación de resolver, como son los de silencio con efecto desestimatorio, imponer sin otra consideración el cómputo del plazo para acceder a la jurisdicción a partir del día en que, de acuerdo con la normativa específica que resulte aplicable, se entienda presuntamente desestimada la petición o el recurso potestativo de reposición (art. 46, apartados 1 y 4, LJCA)» (F. 5).

...

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, procede otorgar el amparo solicitado, reconociendo que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del actor, lo que debe determinar la declaración de nulidad de la Sentencia impugnada y la reposición de las actuaciones para que se dicte una nueva resolución que resulte respetuosa con el referido derecho fundamental del recurrente. Ahora bien, la estimación del recurso de amparo en ningún caso puede extenderse a la parte del *petitum* de la demanda relativo al reconocimiento por este Tribunal de la falta de aptitud del actor para las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera, con el pase a la situación de retiro con efectos desde el día 25 de octubre de 2001. Ésta es una cuestión que corresponde resolver en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con el art. 117 CE, pues, tal y como dispone el art. 41.3 LOTC (RCL 1979\ 2383), «[e]n el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso».

III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA (RCL 1978\ 2836),

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Antonio J. E. y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerlo en el citado derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2003, recaída en el recurso de apelación núm. 265-2002, retrotrayendo las **actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la mencionada Sentencia**, para que por el citado órgano judicial se dicte otra que respete el derecho fundamental vulnerado.

IV. COMENTARIOS

La determinación del plazo de recurso contencioso-administrativo, ante el silencio en resolver por la Administración, sea éste de seis meses (Ley de 1958) o por tres meses (Ley 30/1992), y la consiguiente inadmisión por el Juzgado Central n.º 7 de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional del Recurso del Sargento Primero del Ejército del Aire sobre inutilidad permanente para el servicio, es el núcleo central del recurso.

Así la Sentencia ordena dictar nueva Sentencia, retrotrayendo las actuaciones al 20 de septiembre de 2002; ¿se impide la consideración de la Resolución del Ministerio de Defensa de 5 de noviembre de 2002?

Después de casi cinco años de «inutilidad permanente para el servicio» ¿cabe otra decisión justa?

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Dra. Eva Bru Peral
Magistrado y miembro del CJM en excedencia

BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN

EXPROPIACIÓN. REVERSIÓN DE TERRENOS EXPROPIADOS.
FECHA DE REFERENCIA DE NACIMIENTO DEL DERECHO

STS, Sección 6.^a, 7 de marzo de 2007, recurso de casación 8020/2003. El supuesto de hecho de esta sentencia parte de la denegación de la solicitud de reversión de terrenos sitos en Badajoz y que en su día fueron expropiados para el establecimiento del acuartelamientos Sancha Brava en la ciudad de Badajoz. La solicitud fue suscrita por los causahabientes del titular de los terrenos expropiados y se formuló el 17 de diciembre de 1998.

La Sala de instancia considera que la desafectación puede producirse de forma tácita, sin necesidad de un acto concreto por el que ésta se decida, pero afirmando que esta desafectación tácita está condicionada al requisito de una prueba plena, concluyente y rigurosa de que la misma se haya producido entendiendo que, en el presente caso, tratándose de unas instalaciones militares con ocupación física de tropas, la desafectación no podría entenderse de otra forma que no fuese mediante el completo abandono de las instalaciones por las fuerzas militares que las utilizaban, así como por la privación de cualquier otro uso de tipo material que desempeñase cualquier función relacionada con la defensa. En este supuesto el traslado de tropas se produjo a lo largo del segundo semestre de 1.999, es decir, casi un año después de su solicitud de reversión.

En definitiva, la Sala de instancia concluyó que la desafectación y el consiguiente nacimiento del derecho de la reversión tuvieron lugar en fecha indeterminada, pero que, en todo caso, es posterior a la fecha de la solicitud del derecho, por lo que confirmó el acto administrativo que, al denegar la reversión referida a la fecha 17 de diciembre de 1.998, admitió la personación de los titulares del bien a efectos de su futura consideración como parte a raíz de una futura desafectación formal de dicho bien.

Tal como precisa el Tribunal Supremo la cuestión sometida a debate en la instancia fue la de si los recurrentes, en concepto causahabientes del titular inicialmente expropiado con motivo de las obras del acuartelamiento, tenían derecho a la reversión de las fincas por haberse producido la desafectación de las mismas. Por lo que señala el alto Tribunal que: *«La cuestión relativa a la fecha tenía indudable importancia a la vista de la modificación en 1.999 del texto legal de la Ley de Expropiación Forzosa regulador del derecho de reversión y, precisamente, en base a que es jurisprudencia reiterada de la Sala la que determina que, en materia de reversión, la fecha a considerar como de referencia de la misma consiguiente nacimiento de tal reversión es aquella en que el interesado formula su solicitud ante la Administración».*

De esta forma, *«el enjuiciamiento de la concreta cuestión de la reversión en el presente caso ha de venir referido, como determinante del nacimiento de dicho derecho, a la fecha invocada por los recurrentes como primera petición formulada ante la Administración el 17 de diciembre de 1.998, fecha en la que, como se deduce del propio escrito que al principio transcribíamos, no resulta aún ni siquiera la existencia de una desafectación tácita, ni desde luego de una expresa que, como también hemos recogido con anterioridad, no se produjo sino por resolución expresa del Ministerio de Defensa del 26 de abril de 2.001».*

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. REVISIÓN CUANDO RESULTA ILÓGICA O FALTA DE RAZONABILIDAD

STS, Sección 6.^a, de 27 de marzo de 2007, recurso de casación 1840/2003. Ante un suceso que causa lesiones en un militar, el Ministerio de Defensa, que niega la existencia de título de imputación directo, emitió una valoración acorde con el baremo aprobado por la Ley 30/95, de dos puntos de indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, a las que

aplicando el factor de corrección fijado en la Tabla Cuarta, le correspondía la suma total de 1278, 83 euros.

Como señala el Tribunal Supremo, *«a la hora de cuantificar la lesión antijurídica, como señala la sentencia de 25 de noviembre de 2004, la indemnización debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos, y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado, o como señala la sentencia de 6 de noviembre de 1998, «la aplicación del principio de la reparación integral implica que la misma comprende, dentro del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, los daños alegados y probados por el perjudicado, lo que supone la inclusión de los intereses económicos valiables, partiendo de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 7 de octubre y 4 de diciembre de 1980, 14 de abril y 13 de octubre de 1981, 12 de mayo y 16 de julio de 1982, 16 de septiembre de 1983, 10 de junio, 12 y 22 de noviembre de 1985).»*

Además, *«Ello incluye la reparación del daño moral, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo (S.S. del T.S. de 20 de julio de 1996, 26 de abril y 5 de julio de 1997 y 20 de enero de 1998, citadas por la de 18 de octubre de 2000), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso».*

El carácter integral de la reparación permite la compatibilidad con otras formas de resarcimiento, como reconoce la jurisprudencia (Sentencia de 16 de octubre de 2002, que cita las de 19-9-96 y 16-4-97), en cuyo caso y como indica la sentencia de 29 de junio de 2002, con referencia a las de 17 de abril y 12 de mayo de 1998, «no cabe hacer abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías, sin perjuicio del carácter compatible de unas y otras, dado el principio que rige este instituto de la plena indemnidad o de la reparación integral».

«Sin embargo, tales consideraciones exigen un juicio valorativo y justificado en cada caso, que de forma razonada y fundada, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, lleven a la determinación de una indemnización proporcionada a la lesión que se trata de reparar».

Por las razones expuestas el Tribunal Supremo considera que precisamente ésta es: *«la cuestión que se plantea en este caso, es decir, si el juicio valorativo de la Sala de instancia es contrario a la lógica y razonabilidad exigibles o resulta arbitrario, como alega la parte recurrente, cuestión que*

ha responderse en sentido afirmativo, pues se echa en falta una ponderación de las circunstancias concurrentes en relación con el alcance de las lesiones padecidas por el perjudicado, su edad, limitaciones que le suponen y afección moral por sus propias características, sin que se haya producido una valoración del alcance de la reparación integral, sobre la que pueda operar la consideración de la pensión que se le llegue a reconocer al recurrente, aun cuando no se conociera al momento de dictarse la sentencia, de manera que la Sala en ningún momento toma en consideración criterios precisos que justifiquen el señalamiento de una cantidad, como la de 1.500 euros, que así fijada carece de lógica y razonabilidad en cuanto, admitido el carácter complementario al objeto de reparación total del perjuicio, ni siquiera se refiere al alcance de tal reparación integral, por lo que no existe modo alguno de contrastar que esta se vaya a producir».

De esta forma, «Es por ello que la Sala, atendiendo a tales circunstancias, que no han sido objeto de mayor concreción por el recurrente, como situación laboral o de formación, situación familiar y otros factores que permitan precisar la proyección de tales limitaciones y padecimientos sobre su actividad laboral y vida habitual, considera que la reparación integral del perjuicio se alcanza con una indemnización total por importe de 66.000 euros, cantidad que se entiende comprensiva de todos los conceptos perjudiciales, que tampoco se han especificado o desglosado por el interesado, y ya actualizada a la fecha de la sentencia de instancia, de la que ha de descontarse la reparación que obtenga mediante la pensión que finalmente le sea fijada, pues el hecho de que no se conozca su importe no excluye su valoración, según la jurisprudencia a la que antes nos hemos referido, descuento a efectuar en ejecución de sentencia y que vendrá determinado por la capitalización a diez años de dicha pensión al interés legal del dinero a la fecha de su reconocimiento, abonándosele la diferencia, sin que en ningún caso suponga una cantidad inferior a la que le fue reconocida en la instancia, cantidad resultante que devengará los intereses del art. 106.2 de la Ley de la Jurisdicción».

AUTORIZACIONES

DENEGACIÓN DE AUTORIZACIÓN DE ZONA DE SEGURIDAD

STS, Sección 5.^a, de 25 de mayo de 2007, recurso de casación 7719/2003. La sentencia resuelve el recurso presentado contra la denegación de autorización para realizar actividades en suelo rústico dado que el

Mando Aéreo de Canarias informó que la instalación proyectada podía ocasionar graves perjuicios a los sistemas de comunicación de la Estación Radioeléctrica de Las Huesas, afectando a la seguridad.

Tal como señala el Tribunal Supremo: *«De la Disposición Adicional Primera de la Ley 6/98, de Régimen del Suelo y Valoraciones, aplicada analógicamente al caso de autos, se deduce que la autorización de la Administración militar ha de obtenerse con carácter previo a la autorización autonómica para construir en suelo rústico, de forma que la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias pudo, como hizo, denegar esta última por no haberse pedido ni obtenido la primera.»*

En cuanto a la posibilidad de adaptación del proyecto técnico a la legalidad vigente, declara el Tribunal que: *«donde habría de discutirse si eran o no admisibles medidas correctoras que pudieran paliar los efectos negativos que según el Ministerio de Defensa pudiera ocasionar el área de servicio prevista a la explotación de la Estación de Comunicación del Ejército de Aire, es en el expediente de solicitud a ese Ministerio de la correspondiente autorización (artículo 12 de la Ley 8/75, reguladora de las Zonas de Interés para la Defensa Nacional), y no en el expediente de autorización para instalaciones en el suelo rústico, que es el que nos ocupa.»*

CONTRATACIÓN

EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR DENEGACIÓN DE PRÓRROGA.

STS, Sección 4.^a, de 25 de enero de 2007, recurso de casación 4309/2004. Las pretensiones de las partes en este supuesto versan sobre la conformidad a derecho de una Sentencia que se pronuncia sobre extinción de la vigencia de un contrato de arrendamiento rústico, habiendo sido arrendadora la Administración General del Estado y encontrándose los terrenos arrendados adscritos al Ministerio de Defensa. El 19 de junio de 1973 se suscribió un contrato de arrendamiento entre el Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales y un particular, referido a una finca de 96 hectáreas para cultivo y aprovechamiento rústico. La finca, entonces adscrita al citado Organismo Autónomo, poco tiempo antes había sido expropiada a otros particulares. En el documento formalizado se fijó el plazo de duración del contrato, que podía prorrogarse por voluntad de ambas partes.

No obstante, con posterioridad los terrenos fueron cedidos al Ministerio de Defensa y, por indicación y voluntad de las autoridades de éste, en 12 de mayo de 1996 se suscribió un nuevo contrato de arrendamiento que

al parecer reproducía el anterior. Este nuevo contrato fue prorrogado durante la campaña agrícola 1997-1998, pero cuando en junio de este último año el arrendatario solicitó nueva prórroga, por resolución de la Dirección General de Infraestructuras del Ministerio de Defensa de 31 de agosto de 1998, dicha prórroga fue denegada.

El Tribunal *a quo* acogió el planteamiento de la Administración del Estado recurrida, según el cual el negocio jurídico cuya prórroga de vigencia se deniega era una **concesión administrativa de dominio público**, mediante la cual se cedió a un particular el uso privativo de un inmueble rústico, lo que fundamenta la potestad administrativa para resolver el negocio jurídico indicado. Esta calificación jurídica fue confirmada por el Tribunal Supremo que considera que: *«según los pactos del contrato el negocio celebrado era prorrogable, pero la prórroga requería la conformidad de ambas partes, y por tanto no fue disconforme a derecho que el Ministerio de Defensa no accediera a ella.»*

CONTRATO DE SUMINISTROS DE EQUIPOS DE VISIÓN NOCTURNA

STS, Sección 4.^a, de 8 de mayo de 2007, recurso de casación 8348/2004. El supuesto de hecho consiste en la adjudicación de un concurso de suministro de material de visión nocturna para la Guardia Civil que fue declarado desierto sobre la base de que ninguna de las ofertas presentadas reunían las condiciones exigidas en el pliego de prescripciones técnicas que regía la contratación.

El Tribunal Supremo parte de la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (SSTC 37/2000, de 14 de febrero, 19/2001, de 29 de enero y 133/2003, de 30 de junio) de que la inescindible conexión del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, con el derecho de defensa, ya que «el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso». Aunque la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (SSTC 1/1996, de 15 de enero, 246/2000, de 16 de octubre).

En conclusión, según la doctrina constitucional, la conculcación del derecho fundamental exige dos circunstancias. Por un lado la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente

arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero, 133/2003, de 30 de junio) o que la inejecución sea imputable al órgano judicial. Y, por otro, que la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, 219/1998, de 27 de enero y 133/2003, de 30 de junio). Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada comporta, además, que se muestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas y no practicadas así como argumentar la incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones que hubiera tenido la admisión y práctica de la prueba (SSTC 246/200, 16 de octubre, 133/2003, de 30 de junio, STC 42/2007, de 26 de febrero).

En el presente caso, al basarse la principal argumentación de la recurrente en si el Taller de Precisión y Centro Electrotécnico de Artillería está o no homologado, y en la inexistencia de defectos técnicos en el material presentado, al haberse denegado la prueba en instancia, el Tribunal Supremo considera que: *«Ninguna duda ofrece que la razón para declarar desierto el concurso fue la afirmación de que ninguna de las ofertas presentadas cumplía los requisitos exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas que regía la contratación.»*

También es incuestionable que la argumentación esencial de la recurrente en instancia, tanto en vía jurisdiccional al formular la demanda, como administrativa tras interesar información complementaria acerca de los requisitos incumplidos por los equipos ofertados, radica, por un lado, en sostener que los equipos del Taller de Precisión y Centro Electrónico de Artillería que analizaron las características técnicas de los equipos ofertados realizaron mediciones erróneas por falta de revisión anual en sus calibraciones lo que significaría, afirma, falta de homologación de una de las condiciones exigidas en los Pliego de Prescripciones Técnicas. Y, por otro, en pretender justificar que el material ofertado cumple, según el fabricante, las prescripciones técnicas exigidas.

Ambos aspectos pretendía justificarlos no solo mediante prueba documental, que sí se admitió, sino también por medio de prueba testifical debidamente concretada y cuyo testimonio argumenta podría evidenciar la certeza de sus afirmaciones. Este Tribunal engarzando el motivo casacional relativo a la denegación de la antedicha prueba con el contenido del primero sobre requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones Técnicas no solo a los aparatos sino también a los laboratorios que deben comprobar el correcto funcionamiento, considera debe prosperar el recurso de casación sin que fuere preciso el examen del segundo.»

PERSONAL

ORDEN EN EL ESCALAFÓN

SAN, Sección 5.^a, de 17 de mayo de 2005, rec. 955/05. El supuesto de hecho es la solicitud de modificación del escalafonamiento aparecido en un documento de fecha 1 de abril de 2005 procedente del Gabinete Técnico del Ministro de Defensa, en el que figura con el número 1 en el empleo de General Consejero Togado el Asesor Jurídico General de la Defensa, con independencia de la antigüedad real en el Cuerpo Jurídico Militar.

La Administración y la parte codemandada consideran que el Asesor Jurídico General debe figurar el primero en el escalafón con independencia de la antigüedad en el empleo y ello con base en el artículo 11.6 del Real Decreto 1551/2004 que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa y establece que *«el cargo de Asesor Jurídico General de la Defensa tiene precedencia sobre los demás cargos del Cuerpo Jurídico Militar»* y en aplicación de la disposición final tercera de la Ley 17/99 que determinaba que *«La precedencia de los militares, excepto cuando por razón del cargo que ostenten corresponda otra, se basará, en primer lugar, en el empleo, a igualdad de éste, en la antigüedad en el mismo, determinaba conforme a lo preceptuado en esta Ley, a igualdad de ésta, en la antigüedad en el empleo anterior y así sucesivamente hasta llegar a la fecha de ingreso en las Fuerzas Armadas.»*

Frente a esta argumentación, la parte recurrente alegaba que al ostentar mayor antigüedad en el empleo de General Consejero Togado debe ocupar el número 1 en el escalafón del Cuerpo Jurídico Militar, sin que la precedencia que se fija para el cargo de Asesor Jurídico General pueda comportar la modificación del orden escalafonal ya que la precedencia únicamente puede surtir efectos honoríficos y de carácter protocolario circunscritos a los actos oficiales en el régimen interno del Ministerio de Defensa.

Por su interés, reproducimos íntegro el fundamento jurídico cuarto en donde la Sala expone las razones que le llevan a la estimación parcial, por cuanto no concede indemnización de 34.000 €, del recurso presentado.

«El criterio para la ordenación de los militares de carrera pertenecientes a una Escala es con carácter general la antigüedad en el empleo ya que conforme al artículo 11.1 de la ley 17/99 «La estructura orgánica de las Fuerzas Armadas se basa en la ordenación jerárquica de sus miembros por empleos militares y, dentro de éstos, por antigüedad». En concreto la ordenación del escalafón del Cuerpo Jurídico Militar de la Defen-

sa se realizó conforme a lo establecido en la Ley 6/1988 de creación de dicho Cuerpo en la que se integraron el Cuerpo Jurídico Militar del Ejército de Tierra, Cuerpo Jurídico de la Armada y Cuerpo Jurídico del Ejército del Aire y se establece que el criterio de ordenación es la antigüedad en el empleo. Así en la disposición adicional primera se indica que «A efectos de proceder a su integración, los miembros de los Cuerpos Jurídicos de los tres Ejércitos que se unifican en esta Ley quedan escalafonados en la Escala única a que se refiere el artículo 5.º con el empleo y antigüedad en el empleo que cada uno ostente a la fecha de entrada en vigor de la misma y en la situación en que se encuentren, y si fuesen iguales entre miembros de diferentes Cuerpos de origen, se escalafonará primero el de mayor edad».

Ciertamente pueden establecerse excepciones a ese criterio general de orden en el escalafón por antigüedad en el empleo pero ello debe hacerse con una norma con rango de ley a tenor de lo dispuesto en el artículo 16.4 de la ley 17/99 que establece que «Cuando por aplicación de lo previsto en esta Ley y en las leyes penales y disciplinarias militares se modifique la posición del interesado en el escalafón, se le asignará la antigüedad de aquel que le preceda en la nueva». Así en la propia Ley 17/99 se prevé la modificación de la posición del militar en el escalafón por causas distintas al ascenso. En concreto en el artículo 13 de la ley 17/99 el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, durante el tiempo que desempeñe el cargo, tendrá la condición de más antiguo en su empleo, a todos los efectos. Asimismo el pase a la situación de excedencia voluntaria transcurridos dos (art. 141.7) años el pase a la situación de suspenso de empleo (142.4) y de funciones (143.2) determinan la inmovilización del militar en el puesto que viniera ocupando en el escalafón.

Sentado lo anterior procede analizar si la precedencia del cargo de Asesor Jurídico General sobre los demás cargos del Cuerpo Jurídico Militar establecida en el artículo 11 del Real Decreto 1551/2004 tiene efectos en el escalafón al hallarse amparada a juicio de la Administración en la disposición final tercera de la Ley 17/99 que establece que «La precedencia de los militares, excepto cuando por razón del cargo que ostenten corresponda otra, se basará, en primer lugar, en el empleo, a igualdad de éste, en la antigüedad en el mismo, determinada conforme a lo preceptuado en esta Ley, a igualdad de ésta, en la antigüedad en el empleo anterior y así sucesivamente hasta llegar a la fecha de ingreso en las Fuerzas Armadas.».

A juicio de esta Sala la respuesta es negativa tal como entiende la parte recurrente y ello porque una norma reglamentaria como es la con-

tenida en el artículo 11 del Real Decreto 1551/2004 no puede modificar el orden de escalafón ya que no tiene el alcance que le concede la Administración. El termino «precedencia» tiene el significado que se le atribuye por las propias normas que queda limitado a efectos protocolarios y a la organización de actos militares. Así el artículo 1 del Reglamento de Ordenación de Precedencias en el Estado aprobado por Real Decreto 2099/1983 establece que «El presente Ordenamiento general establece el régimen de precedencias de los cargos y entes públicos en los actos oficiales y en el apartado 2 que «El alcance de sus normas queda limitado a dicho ámbito, sin que su determinación confiera por sí honor o jerarquía, ni implique, fuera de él, modificación del propio rango, competencia o funciones reconocidas o atribuidas por la Ley».

Afirma el Abogado del Estado que en el propio escalafón del Cuerpo Jurídico Militar se incluyen personas que ni siquiera pertenecen al mismo, pero que por razón de su cargo se encuentran en una posición de superioridad jerárquica sobre los miembros de aquel. Para ello se remite al apartado 4.1 de la orden del Ministerio de Defensa 108/1994 por la que se aprueban normas para la Elaboración de los Escalafones de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil Se desconoce si ello es así por cuanto no consta publicado en el BOD el anexo de la orden 108/1994 del Ministerio de Defensa. De todas maneras indicar que si el artículo 16.5 de la ley 17/99 define escalafón «como ordenación de militares de carrera pertenecientes a una escala» no puede incluirse en esa ordenación a Autoridades que no tengan la condición de militar de carrera. De hecho examinado el único escalafón publicado del Cuerpo Jurídico Militar (BOD 16 de septiembre de 1988) no aparece ninguna autoridad que no pertenezca a dicho Cuerpo ni tampoco en el escalafón del Cuerpo Jurídico Militar. Escala Superior de Oficiales que consta en el expediente administrativo referido al año 2005 (folio 20 del expediente administrativo) fecha en que estaba en vigor dicha orden 108/1994.

Por otra parte la disposición final tercera de la ley 17/99 no es una norma de ordenación de escalafón sino para determinar el orden de precedencia de los militares en los actos oficiales. Debe tenerse en cuenta que la ley 85/1978 de 28 de diciembre por la que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas contiene un precepto idéntico al contenido al previsto en la disposición final tercera de la ley 17/99 al establecer en el artículo 190 que «la precedencia en los Ejércitos, excepto cuando por razón del cargo corresponda otra, se basará en primer lugar en el empleo, a igualdad de éste en la antigüedad en el mismo, y así sucesivamente hasta llegar a la fecha de ingreso en el servicio. En último extre-

mo se resolverá en favor del de mayor edad». Dicho precepto no se ubica en el título III del tratado II relativo a «los niveles de la jerarquía militar» que se limita a señalar cuales son (soldado o marinero, centinela, cabo, suboficial y oficial general) precisando en relación a estos últimos en el artículo 76 que «ocupan el más alto escalón en la jerarquía militar» sino en el título V del tratado III referido a los derechos y deberes del militar refiriéndose los artículos que le rodean al idioma a emplear en los actos y relaciones de servicio, uso del uniforme, contenido de la tarjeta de identidad militar, la tenencia y utilización de cámaras fotográficas, grabadoras o aparatos análogos en recintos, buques, aeronaves o actividades militares. Es decir dicha precedencia se encuadra dentro de las normas de organización de los actos militares que no tiene incidencia en los niveles de jerarquía militar. Por último debe tenerse en cuenta que si se considerara que la disposición final tercera de la ley 17/99 es una norma de ordenación de escalafón, ello determinaría que deberían modificarse todos los escalafones en los que no se hubiera realizado la ordenación de los militares que componen la escala conforme a los criterios de ordenación que establece dicha disposición y que son en función del empleo, antigüedad en el mismo, fecha de ingreso en las Fuerzas Armadas y edad. Así se debería modificar la ordenación de los militares que componen la escala del Cuerpo Jurídico Militar ya que no se aplicaron dichos criterios de ordenación del escalafón del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa conforme a lo establecido en la Ley 6/1988 de creación de dicho Cuerpo en el que se establecía en la disposición adicional 1.^a que caso de igualdad en la antigüedad en el empleo el criterio a aplicar era el de mayor edad entre miembros de diferentes Cuerpos de origen y no la antigüedad en el empleo anterior y fecha de ingreso en las Fuerzas Armadas tal como establece la disposición final tercera de la ley 17/99.

En consecuencia el cargo de Asesor Jurídico General de la Defensa no puede suponer una alteración del escalafón, ni en lo que respecta a la numeración, y en lo referente al orden o posición del mismo sino que el criterio para la ordenación de los militares de carrera pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar debe realizarse mediante la ordenación jerárquica de sus miembros por empleos militares y, dentro de éstos, por antigüedad salvo las excepciones previstas en la ley 17/99. De ello deriva que cuando don Francisco fue promovido al empleo de General Consejero Togado del Cuerpo Jurídico Militar (Real Decreto) y simultáneamente fue nombrado Asesor Jurídico General de la Defensa (Real Decreto) no tenía derecho a encabezar con el número 1 el escalafón del Cuerpo Jurídico Militar como Consejero Togado ya que ese derecho correspondía al Gene-

ral Consejeroogado del Cuerpo Jurídico Militar don Ángel que ascendió a dicho empleo por Real Decreto hasta su pase a la reserva que el propio recurrente sitúa en el 000.

No procede reconocer la indemnización solicitada ya que los únicos perjuicios irrogados son de carácter moral y se entienden reparados con esta sentencia.»

Al margen de la cuestión de fondo, la sentencia comentada también realiza interesantes consideraciones acerca de la recurribilidad del acto del escalafonamiento, en el siguiente sentido: *«No puede accederse a la pretensión de que se declare la inadmisibilidad del recurso por cuanto el acto impugnado es una resolución del Ministro de Defensa que desestima el recurso de alzada y se hace constar que la misma es firme en vía administrativa y que cabe interponer recurso contencioso-administrativo. Por otra parte el Ministro de Defensa en vía administrativa no inadmite la solicitud del interesado sino que la desestima, por lo que ahora en vía contenciosa no puede el Abogado del Estado que es el representante de la Administración alegar motivos de inadmisibilidad que conocidos y tenidos en cuenta por la Administración no han determinado la inadmisibilidad de la solicitud sino su desestimación. Asimismo si bien es cierto que existen muchas circunstancias que se reflejan en el escalafón que pueden ser objeto de decisiones administrativas singulares (integración de escala, ascenso a empleo superior, cambio de situación administrativa) y por tanto deben impugnarse esos actos administrativos que tienen un reflejo en el escalafón, lo cierto es que la ordenación por un criterio distinto al de la antigüedad en el empleo en este caso no deriva de la realización de otro acto administrativo previo, sino de una actuación directa de la Administración que mantiene el criterio de la preferencia en el escalafonamiento del Asesor Jurídico General. Por otra parte la propia Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa señala en el artículo 11 la competencia de esta Sala para conocer de los recursos contra los actos relativos al orden y antigüedad en el escalafonamiento.»*

PASE A LA RESERVA DE GENERAL

STS, Sección 7.^a, de 11 de junio de 2007, recurso contencioso-administrativo 63/2006. Analiza la presente sentencia el recurso presentado contra un Real Decreto por el que se dispone el pase a la situación de reserva de un General. El recurrente alegaba falta de motivación del

acto impugnado, existencia de una sanción encubierta, omisión del trámite de audiencia y del procedimiento establecido así como desviación de poder.

El Tribunal Supremo estudia en este supuesto el artículo 144.4 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas. Sobre este precepto considera el Tribunal que supone «una amplísima habilitación al Gobierno para el pase a la situación de reserva de los Oficiales Generales.

Esa amplitud opera en el aspecto que pudiéramos llamar sustantivo, ya que no se acotan taxativamente los supuestos en que puede ser adoptada esa decisión, pero también en el aspecto formal o procedimental, al no disponerse ningún trámite específico y exigir únicamente el precepto legal de que se viene hablando que exista propuesta del Ministro de Defensa y que la decisión se haga «mediante Real Decreto acordado en el Consejo de Ministros».

Se trata de una potestad discrecional conferida al Gobierno que en principio no tiene más límite sustantivo que el impuesto por la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3 de la Constitución (CE).

Lo cual trae como primera consecuencia que siempre que la decisión esté amparada en razones de interés general y no sea por ello gratuita, habrá de aceptarse que respeta debidamente ese canon de constitucionalidad que es ineludible en cualquier manifestación del ejercicio de los poderes públicos.

Avanzando algo más en el argumento anterior, debe decirse que esas razones de interés general, al no estar legalmente tasadas en ese artículo 144.4 de la Ley 17/1999, podrán constituir las una muy amplia variedad de circunstancias.»

Continúa la Sección Séptima precisando que: «Rige ciertamente en la potestad administrativa que se viene analizando el mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE). Pero la suficiencia en cada caso de las razones de interés general que puedan hacer válido el ejercicio de dicha potestad, desde ese parámetro constitucional que acaba de recordarse, habrá de ser medida teniendo en cuenta la amplia discrecionalidad que es inherente a esa función constitucional de dirección política y administrativa que corresponde al Gobierno.

De esto último derivan otras consecuencias.

Esas razones de interés general, para descartar su arbitrariedad, habrán de tener un soporte objetivo, pero podrán consistir en hechos muy variados y de significación muy diferente.

Podrán estar constituidas por hechos puramente materiales representados con las necesidades de la defensa.

También podrán ser encarnadas por conductas individuales que justifiquen razonablemente una discrepancia, por parte del Gobierno, sobre cuales han de ser las características que ha de presentar esa directa colaboración que los más altos empleos militares del generalato han de desarrollar en relación con la alta función constitucional de dirección política que se viene repitiendo...»

En consecuencia: «el Gobierno dispuso para el recurrente una nueva situación administrativa que está prevista y definida en la regulación estatutaria que le es de aplicación; y lo hizo, como se ha dicho, en el ejercicio de una potestad discrecional que tiene reconocida en dicha regulación legal.

Por ello mismo no cabe hablar de sanción, y carecen de fundamento las alegaciones del demandante sobre la omisión del trámite de audiencia y la inobservancia del procedimiento legalmente establecido, pues tales reproches parten de la premisa de que nos encontramos ante una sanción encubierta, lo que no se corresponde con la realidad según acabamos de señalar. En consecuencia deben ser rechazados los argumentos del demandante sobre la nulidad del acto por falta absoluta del procedimiento (artículo 62.1.e/ de la Ley 30/1992) y sobre violación de los artículos 24 y 25 de la Constitución, pues todos ellos se formulan a partir de la consideración de que nos encontramos ante un acto de carácter sancionador.»

En cuanto al resto de alegaciones del recurrente, el Tribunal Supremo determina que: «En el caso que nos ocupa el demandante ha alegado la falta de motivación como defecto determinante de la invalidez del acto. Sin embargo, sus propias alegaciones vienen a poner de manifiesto que esa falta formal de motivación no le ha impedido conocer las razones que decidieron su pase a la situación de reserva.»

PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE MILITAR POR PREVIA CONDENA A LA PENA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL. NO ES UN SANCIÓN DISCIPLINARIA NI REQUIERE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO

STS, Sección 7.^a, de 12 de febrero de 2007, recurso de casación 1019/2002. En el presente caso la cuestión discutida versa sobre la pena de inhabilitación que comporta la pérdida definitiva de la condición de militar, en este sentido el Tribunal Supremo establece que la mayor o menor duración de la pena no afecta a la efectividad de la pérdida, que siempre

es definitiva, sino a la posibilidad de acceder a otro empleo o cargo similar. Por otra parte, en este caso, en vía administrativa y en el proceso de instancia no se solicitó ni se suscitó controversia sobre la posible rehabilitación, por lo que no cabe plantear la cuestión por primera vez en casación.

El Tribunal Supremo determina que: *«la pérdida de la condición de militar acordada por la resolución del Ministerio de Defensa no es una sanción nueva que impone la Administración sino consecuencia directa de la condena que impuso el órgano jurisdiccional penal. Por eso, para adoptarla no es preciso seguir el procedimiento administrativo ordinario, ni el trámite de audiencia al interesado. Esto significa igualmente que no puede haber infracción del principio non bis in idem invocado por el recurrente, ya que no hay la duplicidad de sanciones que pretende por unos mismos hechos. Simplemente, se llevó a efecto en la esfera administrativa la condena penal que impuso expresamente al Sr. Martínez Martos la pena de inhabilitación especial. En parecidos términos se pronuncian las sentencias de esta Sala y Sección de 5 de octubre de 2004 (casación 7991/1998), 19 de julio de 2002 (casación 2013/1998), 25 de julio de 2001 (casación 6190/1997), y en otras de fecha anterior que en ellas se citan».*

DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardos Ruiz
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal. II. Doctrina legal: 1. Disposiciones administrativas de carácter general; 2 Revisión de oficio

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública está establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que previene:

*«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas».*

Al interpretar dicho precepto legal, la doctrina administrativa (por todos, SANTAMARIA PASTOR, *Principios de derecho administrativo*,

vol. II, pág. 280) y la jurisprudencia han señalado que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas posee tres rasgos fundamentales. Posee carácter total, por cuanto cubre los daños producidos por la actuación de todos los poderes públicos. Tiene carácter objetivo; esto es, nace con independencia de que la actividad dañosa se hubiera realizado mediando dolo o culpa (frente a la regla general contenida en el artículo 1902 del Código Civil) o de que dicha actividad sea legal o ilegal. Así lo establece el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al señalar que la responsabilidad se produce cuando sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y lo ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia (*Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995 y 5 de diciembre de 1997*). Todo ello sin perjuicio de algunas críticas doctrinales (PARADA VAZQUEZ, *Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 2000, pág. 652 y PANTALEON, «Los anteojos del civilista, hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas» en *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, Madrid, 1994). Y, finalmente, la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene carácter directo y no subsidiario de la de sus autoridades y funcionarios. Así se deduce de lo expuesto en el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que reza:

«Para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio»

El carácter directo de la responsabilidad tiene como consecuencia que la acción sólo pueda ejercerse frente a la Administración y no frente a las autoridades y funcionarios.

En efecto, los daños indemnizables son causados, en todo caso, por la actuación de las personas físicas que sirven a la Administración ya que ésta, en cuanto persona jurídica carece objetivamente de toda posibilidad de acción en el mundo de la realidad física. Pero, pese a que el daño se cause por una autoridad o funcionario, la acción de responsabilidad debe formularse necesariamente frente a la Administración misma (SANTA-MARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, vol. 2, pág. 282). No cabe ejercerla frente a sus servidores. Así lo establece el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre antes transcrito.

El deber de indemnizar los daños recae pues sobre la Administración, sin que sea dable exigir responsabilidad económica alguna directamente contra el funcionario responsable del servicio. La opción del lesionado de dirigirse directa y personalmente contra el funcionario culpable hay que excluirla, puesto que ya no es posible. Y ello por cuanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sólo contempla la responsabilidad de la Administración (MARTIN REBOLLO, *Leyes administrativas*, Pamplona, 2002, pág.520).

Además, la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de las Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señaló expresamente que desaparecía toda referencia a la responsabilidad civil del funcionario en relación con el artículo 146 «clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992, de exigencia directa de responsabilidad de la Administración». En concordancia con ello, dicha Ley 4/1999, de 13 de enero, derogó la vieja Ley de 5 de abril de 1904, relativa a la responsabilidad civil de los funcionarios que, no obstante su teórica vigencia, había caído completamente en desuso. Para poder demandar civilmente a un funcionario, esta Ley exigía, entre otras cosas, declaración judicial previa de la existencia de una infracción legal y una reclamación por escrito de la observación del precepto infringido.

Así pues, la situación está hoy clarificada en el sentido de que, conforme al criterio doctrinal mayoritario sostenido desde 1992 (por todos, GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, pág. 392) no cabe ya la demanda civil contra el funcionario por eventuales daños producidos en el ejercicio de su cargo. Esta solución se ve también ratificada por la nueva redacción dada al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley 6/1998, de 13 de julio.

Interesa llamar la atención sobre el hecho de que, sólo estableciendo la responsabilidad directa de la Administración pública y no la del funcionario actuante, tiene sentido la derogación del artículo 43 de la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957. Y es que, conforme a este último precepto, *«los particulares (podían) también exigir a las autoridades y funcionarios ... el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos»*. Este precepto permitía que, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario, el dañado pudiera optar por dirigirse civil y personalmente contra el funcionario responsable, pero sólo en el caso de que hubiera mediado culpa o negligencia grave. La derogación del precepto y la inexistencia de otro similar en la Ley 30/1992, conduciría a que, de admitirse la opción de la demanda civil contra el funcionario, éste

respondiera no sólo por culpa o negligencia graves, sino también por culpa o negligencia leve en los términos previstos en el Código Civil. Y ello no sería lógico en el sentido siguiente: El artículo 145.2 exige a la Administración dirigirse contra el funcionario responsable de daños causados a terceros, por dolo o negligencia grave, a fin de resarcirse de la indemnización pagada por aquélla. De admitirse que el dañado pudiera dirigirse contra el funcionario resultaría que éste respondería más intensamente frente al perjudicado que frente a la Administración en vía de regreso, porque, en la vía prevista en el citado artículo 145.2, es condición de ejercicio de la misma la existencia de dolo o culpa o negligencia graves del funcionario.

La lógica de la solución legal expuesta va, por lo demás, en la línea de garantizar al mismo tiempo la indemnización del dañado, pues la Administración responde en todo caso cubriendo siempre la actividad del funcionario, y de proteger al funcionario, para que sólo responda personalmente en los casos de culpa grave y en vía de regreso que, desde 1999, resulta obligada.

Por otra parte, una vez abonada la indemnización por la Administración, ésta puede ejercer una acción de repetición contra aquéllos de sus agentes a quienes fuere imputable la comisión del daño, siempre que hubiere concurrido dolo, culpa o negligencia grave en su conducta (Ley 30/1992, artículo 145.2). Esta acción es obligatoria según establece la Ley 30/1992, al decir que la Administración «exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido». No obstante, debe señalarse que tal acción no viene siendo ejercida por la Administración en la mayoría de las ocasiones.

La acción en solicitud de indemnización por daños y perjuicios sólo se puede deducir frente a la Administración a través del procedimiento legalmente establecido en el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

La resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial que adopte la Administración, tras seguir el procedimiento correspondiente, es fiscalizable exclusivamente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, con independencia de que la obligación indemnizatoria surja en el seno de relaciones de derecho administrativo o de otra índole.

Consecuencia de que no se puedan ejercer acciones por los particulares directamente encaminadas a obtener un resarcimiento contra las autoridades y funcionarios por los particulares sino que deban dirigirse contra la Administración, es que sólo la jurisdicción contencioso-administrativa

sea la competente para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios que pudieren formularse a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Esta atribución exclusiva al orden contencioso-administrativo ha sido fruto de una azarosa evolución que conviene resumir muy sucintamente para explicar situaciones ya pasadas o en trance de hacerlo.

La atribución exclusiva de las cuestiones de responsabilidad a la jurisdicción contencioso-administrativa se estableció en el artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y 3.b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. Sin embargo, tal atribución no se consolidó, puesto que el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 reinstauró la pluralidad jurisdiccional al establecer que, «cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios».

Al amparo de esta previsión, entre 1957 y 1998, se mantuvo un sistema de pluralidad competencial de órdenes jurisdiccionales, cada uno de los cuales mantuvo, con celo inusual, su ámbito de aplicación, hasta el punto de admitir pacíficamente reclamaciones que sólo muy discutiblemente podían considerarse como propias de la respectiva rama del derecho. Además, dicha pluralidad de órdenes jurisdiccionales competentes permitió además que, por los reclamantes, se formularan, al mismo tiempo, reclamaciones contra las autoridades y funcionarios, exigiendo su responsabilidad personal por las actuaciones desarrolladas y causantes de los daños, y contra la Administración, bien ante los tribunales ordinarios, bien ante los tribunales contencioso-administrativos, en busca de resoluciones favorables a sus intereses. Así fue frecuentísimo que se ejercieran acciones civiles de responsabilidad directamente contra los funcionarios actuantes ante los tribunales ordinarios y, al tiempo, contra la Administración, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por los mismos hechos. Esta situación se hizo especialmente presente en el ámbito sanitario, en donde, al tiempo, se ejercían acciones civiles contra los facultativos de la Seguridad Social ante los tribunales ordinarios y se formulaban demandas de responsabilidad patrimonial frente al INSALUD en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, quiso resolver la cuestión, afirmando que sólo podía exigirse la responsabilidad de la Administración, y no del funcionario, pero no acertó a resolver el problema. El Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial fue más lejos, disponiendo con claridad que las

reclamaciones por daños sólo podían deducirse ante las Administraciones públicas y que las resoluciones en esa materia serían «susceptibles únicamente de recurso contencioso-administrativo, cualquiera que fuera el tipo de relación, pública o privada, de que deriven». Pero, como se ha señalado (SANTAMARIA, pág. 504), el reglamento citado carecía de toda fuerza para incidir en el régimen definidor de la responsabilidad y de la competencia de los tribunales, puesto que es una materia reservada a la Ley.

Así las cosas, el problema se suscitó en el seno de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, la cual, en sus Autos de 7 de julio y 27 de octubre de 1994, se pronunció terminantemente en el sentido de que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial había quedado confiada a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta doctrina, sin embargo, no fue acatada, asombrosamente, por las Salas 1.^a, de lo Civil, y 4.^a, de lo Social, del Tribunal Supremo, quienes, orillando lo que establecía la Ley y lo que decía el órgano judicial competente, siguieron aplicando el criterio tradicional de diversidad competencial y de dualidad de acciones, contra el funcionario y contra la Administración.

Para poner fin a la situación, fruto en gran medida de la rebeldía y contumacia en sus criterios de las Salas 1.^a y 4.^a del Tribunal Supremo, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispuso en su artículo 2.e), en tono inusualmente severo, que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el competente para conocer de «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social». Y, para ratificar dicho planteamiento, al mismo tiempo que se aprobaba la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, se modificó el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, estableciendo que «los (juzgados y tribunales) del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas... Conocerán asimismo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive», yendo, incluso, más allá, al establecer que «si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos sus pretensión ante este orden jurisdiccional».

En resumida síntesis de lo expuesto, los particulares no pueden demandar en vía civil a los funcionarios por daños sufridos a consecuencia de las labores desarrolladas en el ejercicio de sus cargos. Los tribunales de justicia deben rechazar, por incompetencia de jurisdicción, las demandas que pudieren presentarse en tal sentido. Los particulares que se consideren lesionados deben formular sus reclamaciones frente a la Administración pública quien resolverá tras seguir el correspondiente procedimiento; dicha resolución será impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, por otra parte, la Administración sólo podrá ejercer la acción de regreso contra los funcionarios si el daño causado lo ha sido por dolo o culpa o negligencia grave.

Es decir, los particulares no pueden demandar en vía civil a los funcionarios que desempeñan labores de supervisión de proyectos por daños sufridos a consecuencia de las labores desarrolladas en el ejercicio de sus cargos. Si se consideran dañados han de dirigirse contra la Administración.

La responsabilidad directa de la Administración Pública en el caso de daños causados por sus funcionarios, unas veces, es asumida y abonada directamente por aquélla, quien decide tras tramitar el correspondiente procedimiento administrativo; y, en otras ocasiones, se concierta un seguro con una entidad privada en la que la entidad pública aparece como tomadora y asegurada.

La celebración de un contrato de seguro a fin de cubrir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es hoy cuestión pacífica y admisible en derecho. Frente al criterio sustentado por la Dirección General de Seguros que afirmó, en una resolución de 26 de junio de 1996, que «no resulta posible concertar un contrato de seguro privado que cubra la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», se ha extendido el criterio doctrinal, ratificado por la práctica administrativa, de que cabe concertarlo con tan específico objeto (por todos, HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2002, pág. 72 y ss. y MONTORO Y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Barcelona, 2002).

1. ACCIÓN DE REGRESO CONTRA EL FUNCIONARIO CAUSANTE DEL DAÑO

Ha quedado expuesto que el lesionado no puede dirigirse contra el funcionario causante de los daños; debe hacerlo directamente contra la Administración. Ahora bien, como también se ha expresado, una vez abonada la indemnización por la Administración, ésta debe ejercer una

acción de repetición contra aquéllos de sus agentes a quienes fuere imputable la comisión del daño, siempre que hubiere concurrido dolo, culpa o negligencia grave en su conducta (Ley 30/1992, artículo 145.2). Esta acción es obligatoria según establece la Ley 30/1992, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al decir que la Administración «exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido». No obstante, debe señalarse que tal acción no viene siendo ejercida por la Administración en la mayoría de las ocasiones.

La Administración debe dirigirse contra el funcionario causante del daño. A tal fin, cuenta con una acción de regreso legalmente configurada. Ahora bien, el ejercicio de dicha acción de regreso no permite a la Administración reclamar al funcionario causante de los daños todos los que haya abonado al lesionado: ha de tratarse de daños causados concurriendo dolo, culpa o negligencia grave. Así pues, es preciso distinguir entre tres clases de daños, a saber: los causados por dolo, culpa o negligencia grave del funcionario actuante; los originados por culpa leve o levísima del funcionario y los producidos por simple riesgo.

La distinción indicada no es baladí. Y ello por cuanto la Administración sólo está obligada a ejercer la acción de regreso en el caso de los primeros. En efecto, si los daños ocasionados por la Administración fuesen imputables en todo caso a los funcionarios intervinientes y la Administración estuviera obligada siempre a ejercer contra ellos la acción de regreso, se produciría una natural reluctancia de aquéllos a actuar en los ámbitos más propicios a ocasionar dichos daños. Por ello, la Ley ha considerado preciso garantizar a los funcionarios un margen de negligencia excusable, dentro del cual pueden actuar sin responsabilidad personal, aún en vía de regreso. Otras veces, se parte de la idea de que la Administración es una vasta organización impersonal en la que, a veces, resulta muy difícil localizar a quién es imputable la negligencia que ha ocasionado la irregularidad en el funcionamiento del servicio. Por eso, trabajosamente se ha construido la denominada *teoría de la falta del servicio*, que distingue entre irregularidades del servicio público de dos clases, a saber: una, la irregularidad separable (*faute détachable*), grave e imputable directa y personalmente al funcionario, que permite a la Administración pública ejercer la acción de regreso, y otra, la irregularidad anónima, impersonal, difícilmente localizable en funcionario concreto y predicable genéricamente del servicio o la irregularidad imputable, pero leve y justificable (*faute incluse* o falta del servicio), que debe ser asumida en todo caso por la Administración.

La Administración puede pues ejercer la acción de regreso contra el funcionario causante de los daños cuando éstos han sido causados por dolo, culpa o negligencia grave. En otro caso, debe asumir el coste de la reparación.

Por dolo debe entenderse intención, voluntad de hacer, «propósito consciente, intencionado» de causar un daño o eludir el cumplimiento de un deber (*Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1934*). Por culpa o negligencia grave, falta del más mínimo cuidado, omisión del deber de cuidado a todos exigibles, ausencia de la prudencia más general.

La limitación legal del presupuesto habilitante para que la Administración pueda ejercer la acción de regreso a los casos de dolo o culpa o negligencia grave, comporta que los daños originados por culpa leve o levísima del funcionario y los producidos por simple riesgo tengan que ser costeados por la Administración. Por culpa leve debe entenderse la omisión de la diligencia norma y por culpa levísima, la que sólo observan las personas más cuidadosas. Por riesgo, la situación de peligro que puede concretarse en un daño cuando dicho peligro no se ha creado de manera infundada.

En síntesis, los daños causados por un funcionario a un tercero y abonados por la Administración, sólo le pueden ser reclamados por ésta cuando se han provocado intencionadamente o faltando a las más mínimas reglas de cuidado, que denotan una ausencia completa o casi completa de atención. En tal sentido, es de señalar que esta responsabilidad se rige por la regla general, la del artículo 1902 del Código Civil, si bien interpretada de manera más restrictiva (MORELL OCAÑA, *Curso de derecho administrativo*, tomo II, Pamplona, 1999, pág. 426). Es decir, sólo en casos muy concretos y escasos, puede ejercer la acción de regreso la Administración.

La acción de regreso debe limitarse, por lo demás, al reintegro de los daños causados por dolo o culpa grave, de tal suerte que aquéllos coetáneos que pudieren haberse producido por culpa leve o levísima no son reintegrables.

El ejercicio de la acción de regreso se dilucida en vía administrativa y no en vía jurisdiccional civil. La Administración debe acordar la iniciación de un procedimiento administrativo contra el funcionario a fin de ejercer la acción de regreso, sin necesidad de acudir ante los tribunales ordinarios para resarcirse de lo abonado. No existe un procedimiento específico en el ámbito de la Administración Civil para exigir el resarcimiento –frente a lo que ocurren en el ámbito de la Administración militar o Guardia Civil–, pero el seguido es análogo en cuanto a su tramitación. Una vez iniciado el procedimiento, debe notificarle la cantidad que se le reclama y los hechos de que trae causa tal reclamación para que el encartado pueda formular

alegaciones y proponer las pruebas que considere de su interés. Practicadas éstas, le concede audiencia e, inmediatamente después, se formula la correspondiente propuesta de resolución. La resolución se dicta por el Ministro, en el caso de funcionarios de la Administración General del Estado, o por el presidente o director del organismo, si se trata de una entidad pública. Si se acordara la obligación del funcionario de resarcir a la Administración, éste debe abonar la cantidad debida en el plazo señalado en la resolución o, en su defecto, con arreglo a los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación. Si no lo hace efectivo dentro del término pertinente, la Administración puede acordar directamente el embargo de sus bienes.

2. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y ACTUACIÓN DELICTIVA DEL FUNCIONARIO O AUTORIDAD

El régimen de resarcimiento expuesto aparece presidido por la idea de la unificación de la responsabilidad administrativa y la responsabilidad del funcionario, de tal suerte que, frente al lesionado, ésta queda embebida en aquélla. El lesionado no puede dirigirse contra el funcionario. Ahora bien, queda al margen en la citada unificación la responsabilidad civil derivada de delito, que puede ser declarada con carácter subsidiario, respecto de la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 del Código Penal (por todos, CANSINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Madrid, 1998).

En efecto, para resarcirse de los daños que hubiere sufrido a consecuencia del actuar ilícito, el perjudicado por un delito cometido por un funcionario público puede optar entre dirigirse contra el propio funcionario, ejerciendo la acción penal y civil derivada del delito o falta, o bien dirigirse directamente contra la Administración. En otros términos, la posibilidad antes expuesta de que el lesionado no tiene posibilidad de accionar contra el funcionario público causante de los daños tiene un límite: el que la actuación del funcionario responsable sea constitutiva de delito o falta.

Es posible –y aún frecuente– que los lesionados por una actuación administrativa se dirijan directamente contra el funcionario en vía penal, al considerar que su actuación constituye un delito o falta. Al ejercer la acción penal, instan también la declaración de responsabilidad civil del acusado y, subsidiariamente, de la Administración. Prácticas de este tipo son frecuentes. Unas veces porque la actuación del funcionario actuante reviste *prima facie* caracteres de ilícito penal y otras muchas ocasiones,

bien por cuanto los profesionales del foro desconocen las normas administrativas de la responsabilidad patrimonial, bien por cuanto existe la difundida idea –aunque no por ello cierta– de que la jurisdicción penal es más rápida y expeditiva para obtener una indemnización. En la mayoría de los casos, al ejercer acciones penales contra los funcionarios, no se busca tanto la sanción criminal cuanto obtener un resarcimiento de los daños. Se trata de un ejercicio desviado de la acción penal, que se aleja de los límites que le son propios, pero al que la práctica jurídica, la distorsión de las instituciones y el no siempre adecuado funcionamiento de los tribunales de justicia que la admiten han dado carta de naturaleza.

El ejercicio de acciones penales –y al tiempo civiles– contra los funcionarios por hechos cometidos en sus cargos está siempre a disposición de quienes se consideran perjudicados. En estos casos, los lesionados presentan denuncias o interponen querellas contra los funcionarios y, al tiempo, solicitan cantidades económicas, en concepto de responsabilidad, a fin de indemnizarse de los daños que dicen haber sufrido.

Varias son las cuestiones de interés que, al socaire del tema expuesto, deben ser analizadas, a saber: la de si son admisibles dichas reclamaciones de responsabilidad frente al funcionario por daños que se consideran consecuencia de ilícitos penales; la atinente al procedimiento para exigir dicha responsabilidad; la atinente a la naturaleza de la responsabilidad de la Administración en estos casos; la de si puede Administración asumir directamente lo que es responsabilidad subsidiaria y, finalmente, la de si puede tramitarse un expediente administrativo de resarcimiento de los daños reclamados en vía penal al funcionario cuando todavía no se ha ultimado el proceso penal contra éste.

La primera de las cuestiones suscitadas, la de si son admisibles dichas reclamaciones de responsabilidad frente al funcionario por daños que se consideran consecuencia de ilícitos penales imputables a ellos ha de responderse afirmativamente. La doctrina, la doctrina administrativa (*Memoria del Consejo de Estado de 1999*, pág. 154) y la jurisprudencia han señalado que la jurisdicción penal es preferente a cualquier otra, de tal suerte que, pudiendo ejercerse, por imperativo del artículo 120 del Código Penal, la acción civil junto con la penal, es claro que instada ésta lo puede ser en toda su amplitud, incluso, la civil tendente al resarcimiento de los daños.

En tal sentido, se ha puesto de manifiesto que la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no ha alterado el régimen tradicional en esta materia. Es más, un análisis de la legislación dictada en la última década pone de manifiesto la voluntad del Legislador de conservar tal posibilidad.

Así, en el proyecto de Código Penal de 1992, se estableció un sistema de responsabilidad patrimonial directa del Estado para el caso de delitos cometidos por los funcionarios. Dicho sistema, decía el proyecto, «habrá de exigirse directamente de la Administración responsable por el procedimiento establecido en su legislación propia». Se proponía así llevar a la vía administrativa y contencioso-administrativa la responsabilidad civil del Estado por delitos o faltas de los funcionarios. Se trataba de un proyecto que intentaba sintonizar al máximo con la regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Frente a tal intento, se alzaron voces que se opusieron a la escisión entre el pronunciamiento penal y el estrictamente reparador y que rompía con el sistema tradicional, subrayando que la resolución conjunta e íntegra de las pretensiones civil y penal representa un alivio para la víctima. Si la unificación de régimen contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y antes expuesta, alcanzara a la responsabilidad civil derivada de delito, se decía, el perjudicado quedaría obligado a emprender un «peregrinaje» jurisdiccional cifrando sus esperanzas resarcitorias en el agotamiento de las vías administrativas y contencioso-administrativas, a parte del ejercicio de la acción penal; la Administración, se añadía, quedaría en situación de privilegio frente a otras personas y entidades que ostentasen la condición de responsables subsidiarios. Consecuencia de ello fue que el proyecto de Código Penal de 1994 volviera al sistema de responsabilidad subsidiaria de la Administración, «sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», sistema que se mantendría en la versión finalmente aprobada del Código Penal. También en la legislación posterior, se refleja la renuncia del legislador a la unificación de la responsabilidad civil derivada del delito. Son significativos, en este sentido, los términos de la exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tras aludir, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, a los «principios de su peculiar régimen jurídico» y a la unidad de procedimiento administrativo para su exigencia, se añade que «parece muy conveniente unificar la doctrina para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción contencioso-administrativa, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal». Esa misma línea es, en fin, la seguida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que remite la exigencia de responsabilidad derivada del delito a lo previsto en la «legislación correspondiente». Por todo ello, la práctica judicial, el Consejo de Estado y la doctrina vienen afirmando la posibilidad de que el

lesionado pueda ejercer acciones penales y, conjuntamente, civiles resarcitorias contra quienes son, a su parecer, responsables de conductas criminales.

La segunda cuestión que debe analizarse es la del procedimiento a seguir para ejercer contra el funcionario la acción civil derivada de delito. «Toda personal criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios», reza el artículo 116 del Código Penal. Este precepto atribuye al perjudicado por un delito, además de la acción penal, otra, de carácter civil, tendente a obtener la reparación del daño sufrido.

Las acciones penal y civil derivada de delito pueden ejercerse conjuntamente, esto es, al tiempo, de tal suerte que el Tribunal penal decide sobre la responsabilidad penal y, caso de apreciarla, fija el importe de la responsabilidad civil. Pero también, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 111), el perjudicado por un delito puede reservarse expresamente el ejercicio de la acción civil a fin de ejercerla separadamente ante los tribunales ordinarios, después de terminado el juicio criminal.

El régimen indicado no sufre modificación alguna por el hecho de que el acusado sea funcionario público por actuaciones cometidas con ocasión del ejercicio de su función y los daños reclamados consecuencia de su hacer. El lesionado puede ejercer contra el funcionario conjuntamente las acciones penal y civil derivada de delito. Puede, también, reservarse expresamente el ejercicio de la acción civil y, una vez terminado el proceso penal y declarada la responsabilidad criminal del funcionario, accionar contra él civilmente ante los tribunales ordinarios. Se trata del único caso en que se puede demandar a un funcionario por daños causados con ocasión de su actuación y en el que no hay que dirigirse, imperativamente, contra la Administración –que es la regla general como se ha expuesto antes–.

En estos casos, la querrela se encamina contra el funcionario y contra la Administración que, como se verá, es responsable subsidiaria de los daños causados por aquél conforme al artículo 121 del Código Penal. Interesa destacar, por último, que la responsabilidad civil del funcionario por los daños causados con ocasión de la comisión de un delito se rige por las previsiones del Código Civil y no por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de tal suerte que los presupuestos, requisitos, condiciones y alcance deben determinarse con arreglo a las reglas de la culpa extracontractual civil.

Otra cuestión a abordar es la atinente a la naturaleza de la responsabilidad de la Administración en los casos en que se ejercen acciones penales

y civiles contra los funcionarios, por actuaciones realizadas en el ejercicio de su cargo. El artículo 121 del Código Penal previene, en este sentido, que:

«El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos fueren autoridad, agentes y contratistas de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad de indemnizaciones».

Con base en transcrito precepto, en los procesos penales iniciados contra funcionarios por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos, las Administraciones públicas intervienen en las actuaciones como responsables civiles subsidiarios, con lo que ello comporta. Es decir, sólo abonan las indemnizaciones en el caso de que el patrimonio del condenado resulte insuficiente, de tal suerte que la situación del funcionario resulta desalentadora. Sin embargo, es preciso hacer alguna matización.

Antes de la entrada en vigor del vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, la norma aplicada para establecer la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de los delitos y las faltas cometidos por los funcionarios públicos era el artículo 22 del Código Penal de 1973. El párrafo primero del citado artículo extendía la responsabilidad civil subsidiaria a las «personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio».

Aunque el artículo no fuera muy preciso en relación con la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas, la jurisprudencia había subsanado esa falta de precisión mediante una interpretación que, progresivamente, fue tiñendo la responsabilidad subsidiaria del artículo 22 de cierto «objetivismo», sin llegar a considerarla enteramente objetiva, de tal suerte que, sin necesidad de agotar el patrimonio del condenado, la Administración asumía el pago de las indemnizaciones fijadas. Esta interpretación, vinculada a la noción de insolvencia funcional —es insolvente quien no puede pagar una indemnización habida cuenta su importe aunque dispon-

ga de algunos bienes–, tuvo como una de sus finalidades dar seguridad a los perjudicados por la infracción penal. Así, en un principio, se acudió a los conceptos de *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*, después se fueron matizando y se situó el fundamento más sólido de la responsabilidad en el riesgo –según el aforismo *cuius commoda, eius incommoda*–.

Durante algún tiempo, antes de la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y tras la entrada en vigor de ésta, se llegó a cuestionar la vigencia del artículo 22 del Código Penal, siendo confirmada tal vigencia por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que lo continuó aplicando «por estimar que la Ley 30/1992 no empece la declaración de responsabilidad civil subsidiaria derivada de un hecho delictivo en el procedimiento penal» (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 1996*) –una interpretación extensiva es aquí posible, al tratarse de una norma civil pese a su ubicación en el Código Penal–.

Tras la promulgación del vigente Código Penal, la situación no ha cambiado, aunque tal afirmación no es del todo pacífica. En efecto, de la lectura del artículo 121 del Código Penal actual, antes transcrito, y de su confrontación con el artículo 22 del antiguo Código Penal de 1973, se observa que el texto vigente hace referencia a los delitos dolosos o culpables, con lo que quedaría excluida la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración cuando de faltas se trate. La omisión de toda referencia a las faltas se ha interpretado como un intento del legislador de evitar que se fuerce la responsabilidad penal para calificar un hecho como falta con la única finalidad de que sea declarada la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, como se ha hecho en algún caso muy conocido (caso Colza), puesto que ello debería lograrse mediante mecanismos ágiles de indemnización estatal de los daños por funcionamiento de los servicios públicos que hagan innecesario acudir a la vía penal.

No obstante, la jurisprudencia no se ha atenido al tenor literal del precepto, llevando a cabo una interpretación del mismo orientada a admitir la responsabilidad civil subsidiaria de las Administraciones públicas aun cuando el funcionario no hubiera cometido sino una falta: línea jurisprudencial iniciada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1997 y seguida más tarde por otras (*Sentencias de 26 de septiembre y 24 de octubre de 1997*).

Así pues, conforme al artículo 121 del Código Penal, se mantiene el carácter subsidiario de la responsabilidad de la Administración pública, pero sin perjuicio de la derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, exigible conforme a las normas del procedimiento administrativo, con lo que deja al perjudicado, como se ha señalado, la

opción de exigir la responsabilidad de la Administración en el proceso penal –responsabilidad subsidiaria– o en vía administrativa –responsabilidad directa–.

Por otra parte, se exige en el repetido artículo 121, para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria que en él se contempla, que los daños causados por personal al servicio de la Administración lo sean «en el ejercicio de sus cargos o funciones» y que la lesión «sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados», expresión ésta de mayor amplitud que la utilizada por el proyecto de Código Penal de 1994 y que exigía que resultara probada la relación directa y exclusiva entre la conducta del responsable penal y el servicio público de que se trate.

Tema que también debe examinarse es el atinente a si puede tramitarse un expediente administrativo de resarcimiento de los daños reclamados en vía penal al funcionario cuando todavía no se ha ultimado el proceso penal contra éste. A la vista de cuanto ha quedado señalado, quien ha resultado perjudicado por un delito tiene, en principio, dos posibilidades. Puede optar, en primer lugar, por dirigirse directamente a la Administración, solicitando que ésta declare la existencia de una responsabilidad directa, derivada del funcionamiento de los servicios públicos con arreglo a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y puede, en segundo término, exigir la responsabilidad directa del responsable criminal y la declaración de responsabilidad subsidiaria de la Administración, por considerar que se da el supuesto contemplado en el artículo 121 del Código Penal.

De acuerdo con el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las acciones que nacen de delito o falta pueden ejercitarse conjunta o separadamente; pero, mientras estuviera pendiente la acción penal, no se ejercitará acción civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme. Por su parte, el artículo 114 de la misma Ley dispone que, promovido juicio criminal en averiguación de delito o falta, no puede seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndose, si lo hubiere, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en causa criminal.

Así las cosas, lo que se suscita es si, iniciado un proceso penal contra un funcionario, se puede tramitar un procedimiento administrativo tendente a declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública o si, por el contrario, éste debe quedar suspendido hasta la terminación del proceso penal. La cuestión no es trivial puesto que quienes ejercen acciones penales y civiles contra los funcionarios lo que buscan es resarcirse

económicamente, sin importarles tanto el cauce utilizado como el objetivo perseguido. Si ven satisfechas sus aspiraciones económicas, se apartan del proceso penal iniciado.

Los preceptos citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no impiden el ejercicio de la acción de responsabilidad administrativa, aunque el proceso penal esté pendiente, y ello por cuanto la acción administrativa no nace del delito o falta –pues es independiente de su existencia–, lo que explica que pueda ser declarada la responsabilidad administrativa aunque no se haya producido –o, en su caso, declarado– una infracción criminal.

Esta compatibilidad de ejercicio de acciones quedó confirmada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al disponer, en su artículo 146.2, que la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspende los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, «ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos» –decía en su redacción inicial–, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial. De esta manera, negando la interrupción del plazo para su comienzo, se confirmaba que el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debía ser obstáculo para el ejercicio de la acción administrativa cuando aún no hubiera terminado la tramitación del proceso penal.

En esta línea, con ocasión de las múltiples reclamaciones presentadas ante el Ministerio de Medio Ambiente con ocasión de los daños producidos al estallar el depósito de aguas de Melilla, el Consejo de Estado declaró que la tramitación de procedimientos administrativos dirigidos a declarar, en su caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública no estaba impedida por la existencia de unas diligencias penales pendientes y abiertas (por todos, *Dictamen 4357/1998, de 26 de noviembre de 1998*). Así, se sostuvo que lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal «impide el ejercicio de la acción civil nacida de delito o falta, pero no la que trae causa de la legislación administrativa propia y específica reguladora de la responsabilidad administración, pues no es éste un tipo de responsabilidad vinculada a la idea de dolo, culpa o negligencia, sino puramente objetiva».

Es más, habida cuenta la supresión del inciso «ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos» contenido en el artículo 146.2 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria, el perjudicado, que puede ejercer la acción penal –junto con la civil derivada de delito–, la acción administrativa o ambas, debe tener en cuenta, que siendo independiente la segunda de la primera, no se produce la interrupción del plazo de prescripción de la administrativa.

Esta conclusión puede tener efectos especialmente favorables para los funcionarios que son objeto de acciones penales, no porque sean verdaderamente responsables de delito o falta alguna, sino porque se ejercen contra ellos acciones tendentes a obtener algún tipo de indemnización. Y es que, aun cuando estén abiertas las diligencias penales, si los lesionados obtienen el resarcimiento por vía del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el abandono de la vía penal se presenta como hipótesis más que probable.

Además, debe resaltarse que la vía del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, puede iniciarse sin necesidad de que el lesionado presente reclamación alguna –de ordinario, habrá iniciado el proceso penal–; esto es, puede incoarse de oficio, puesto que el artículo 4.º del reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas lo permite.

Expuesto lo que antecede y recogidas las líneas fundamentales de la responsabilidad civil derivada de delito que, con carácter subsidiario, puede declararse respecto de la Administración en la vía penal, conviene llamar la atención sobre las diferencias existentes entre dicha responsabilidad civil derivada del delito y subsidiaria de la Administración, de una parte, y la responsabilidad directa derivada del funcionamiento de los servicios públicos, de otra. Y ello por cuanto no hay identidad entre la cobertura prestada por una y otra, si bien hay una zona de intersección en la que se encuentran casos en los que se pueden generar responsabilidades al amparo de una y otra.

Las indicadas responsabilidades, la civil derivada de delito que, con carácter subsidiario, puede declararse respecto de la Administración en la vía penal y la responsabilidad directa derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tienen dos regulaciones distintas: una, la primera, está recogida en el artículo 121 del Código Penal; otra, la segunda, en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ello da lugar a diferencias en cuanto a la declaración y extensión de las responsabilidades de la Administración.

La primera diferencia es clara: una, la responsabilidad declarada en vía penal con base en el artículo 121, es subsidiaria; la declarada en vía administrativa, tiene carácter directo. La primera exige un pronunciamiento jurisdiccional penal; la segunda, administrativo. Ello tiene sus consecuencias. Si un perjudicado quiere que se declare la responsabilidad civil derivada de delito de un funcionario tiene que dirigirse contra él, solicitando, al tiempo, la condena subsidiaria de la Administración, de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. Si quiere que se declare la responsabilidad directa de la Administración pública, ha de instarlo ante ésta con base en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Lo que

no puede hacer la Administración, como ha señalado el Consejo de Estado (*dictamen 3644/1997*), para evitar la tramitación de procesos penales contra los funcionarios o, incluso, su iniciación, es declarar, sin más, su responsabilidad subsidiaria; esto es, asumir la responsabilidad civil subsidiaria sin que haya sido declarada la responsabilidad principal *ex delicto* en el correspondiente proceso penal.

La otra diferencia que debe resaltarse es la atinente a la prescripción de la acción. Si el lesionado por una actuación administrativa opta por ejercer directamente la acción frente a la Administración pública con base en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo que tiene es de un año, conforme al artículo 142 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, si el perjudicado opta por ejercer la acción penal contra el funcionario e instar la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, el plazo que tiene puede ser notablemente superior. Y es que, «mientras está viva la acción penal está también viva la acción civil, con la finalidad reparadora de los daños y perjuicios ocasionados por el delito» (*Sentencia de 21 de julio de 1985*). Por tanto, los plazos de prescripción para instar el resarcimiento por parte del funcionario y, subsidiariamente, de la Administración vendrán determinados por la índole de los delitos en que se basen, pudiendo ir desde los seis meses para las faltas a los veinte años para los delitos más graves (Código Penal, artículo 131). Y, por último, en el caso de que el lesionado se reserve el derecho de accionar civilmente no en el proceso penal, el plazo sería de quince años (*Sentencia de 7 de diciembre de 1989*).

En conclusión, en la actualidad, a la vista de la legislación aplicable, la única posibilidad de que se condene a un funcionario a indemnizar a un perjudicado, como consecuencia de una actuación de la que también pudiera ser hecha responsable la Administración, es que se siga contra él un proceso penal, si bien en este caso será también condenada, subsidiariamente, la Administración. De todas formas, es sabido que la Administración no es exigente en la aplicación de esa subsidiariedad, de modo que suele abonar la indemnización fijada en la sentencia sin llevar a cabo la excusión del patrimonio del funcionario que sería teóricamente aplicable.

En todo caso, los efectos gravosos de dicha eventual declaración de responsabilidad civil derivada de delito a cargo de un funcionario por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo pueden obviarse mediante la celebración de contratos de seguro que la cubran, celebrados entre la Administración y las correspondientes entidades aseguradoras, en los que la tomadora será la Administración y los asegurados, los funcionarios. La celebración de los referidos contratos es perfectamente admisible en nues-

tro ordenamiento jurídico. Y es que, tras la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (disposición adicional tercera) y la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, también de Presupuestos Generales del Estado para 1991, está permitido a las Administraciones públicas el concertar pólizas de seguros para cubrir las responsabilidades de sus funcionarios.

La primera de las normas citadas disponía que *«se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal técnico al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las Entidades gestoras y de los Servicios comunes de la Seguridad Social, que desarrolle trabajos facultativos en proyectos y obras del Estado, en los que concurran circunstancias concretas que hagan necesaria dicha cobertura. La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente»*; es decir, quedaba circunscrita a la cobertura de la responsabilidad de ingenieros de proyectos. La segunda disposición, la adicional sexta de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, preveía que *«se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos, de las Entidades gestoras y de los Servicios comunes de la Seguridad Social, en los que concurran circunstancias concretas que hagan necesaria dicha cobertura. La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio correspondiente»*; es decir, es más amplia por cuanto permite incluir la responsabilidad profesional del personal al servicio de la Administración pública y sus entes instrumentales.

No obstante la existencia de un eventual seguro de responsabilidad civil, quedarán excluidos de su cobertura los daños causados dolosamente por el funcionario.

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

I. DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER GENERAL

1. «c) La disposición adicional segunda «Capitanía Marítima de Ibiza», dispone que se crea la Capitanía Marítima de Ibiza, con la denominación y ámbito geográfico que figura en el anexo del real decreto.

En la actualidad, la Capitanía Marítima de Eivissa/Formentera es una capitanía de segunda categoría, según el anejo del Real Decreto 1246/1995, de 14 de julio.

La creación de la Capitanía Marítima de Ibiza por la disposición adicional segunda no deja de llamar la atención por cuanto, al hacerlo en la forma indicada, no se observa el procedimiento legalmente establecido en el propio proyecto de real decreto –ni tampoco en la regulación vigente–. Además, habida cuenta el contenido de la citada disposición adicional –calificable de acto aunque se inserte en una norma–, bien pudiere achacarse que queda incurso en el ámbito del número 4 del artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. Por ello, considera el Consejo que, toda vez que la Capitanía de Ibiza ya existe, dichas objeciones podrían orillarse mediante la elevación de su rango, previendo en la disposición adicional primera que «1. *Las Capitanías Marítimas de primera categoría... y la de segunda categoría de Eivissa/Formentera pasan a considerarse como Capitanías Marítimas...*». En consecuencia, procedería la supresión de la disposición adicional segunda.

ch) Respecto a la disposición final tercera, el Consejo de Estado comparte el criterio expresado por el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Asuntos Exteriores. En primer lugar, por las razones jurídicas expuestas en el informe de la Asesoría Jurídica Internacional. Es cierto que el Convenio de 14 de julio de 1959, relativo al río Bidasoa ciñe formalmente su ámbito a la pesca, pero la ausencia de otros instrumentos internacionales que ofrezcan soluciones adecuadas (tratados de 1856 y 25 de octubre de 1899) y la singularidad de la bahía de Higer –en régimen de condominio de explotación– hace que se venga aplicando el referido tratado a todo el ámbito de la navegación marítima, con base en su artículo 24.

Un análisis del Convenio hispano-francés de 1959 sobre el río Bidasoa y la Bahía de Higer pone de manifiesto que las competencias han sido otorgadas por el convenio a los comandantes navales por el tratado mismo, de tal suerte que la modificación de las previsiones del tratado sólo puede hacerse en la forma prevista en el propio instrumento internacional o conforme con las normas generales del derecho internacional (Constitución Española, artículo 96). En consecuencia, el proyecto de real decreto no puede modificar el contenido del referido tratado, de manera que las competencias atribuidas al Comandante de Marina por el tratado hispano-francés deben seguir siendo ejercidas por éste, aunque se trate de alguna de las enumeradas en los artículos 88, 107, 108, 109, 111 y 112 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de Marina Mercante y en el artículo 10 del proyecto de real decreto. Y es que el con-

venio atribuye específicamente las competencias a las autoridades militares y no a otras.

En segundo lugar, como también señala la Asesoría Jurídica Internacional, hasta la fecha las normas del Convenio hispano-francés de 1959 y el Reglamento de Pesca en el tramo internacional del río Miño, aprobado por España y Portugal mediante canje de notas de 7 de mayo de 1981, han venido siendo interpretados y aplicados de forma constante y pacífica en el sentido de conceder el ejercicio de las competencias surgidas del Convenio a los Comandantes de Marina. El Consejo de Estado considera que no constan en el expediente –ni se le alcanzan– razones que justifiquen la alteración de la situación existente y cuya modificación puede producir efectos imprevistos o indeseados en el ámbito de las relaciones internacionales.

Por todo ello, el Consejo de Estado considera que la disposición final tercera debe suprimirse. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.

Por último, este Cuerpo Consultivo debe llamar la atención sobre la conveniencia de ponderar, de un lado, la inclusión en el artículo 4.c) del proyecto de real decreto de la propuesta formulada por el ente público Puertos del Estado en relación con los canales navegables en los que no son sensibles las mareas y, de otro lado, de mantener en el proyecto de real decreto el contenido del artículo 6 del Real Decreto 1246/1995, que prevé que *«las Misiones Diplomáticas y las Oficinas Consulares de España actuarán como Administración marítima en el extranjero, siguiendo las directrices impartidas por ésta y que le sean comunicas por el Ministerio de Asuntos Exteriores en relación con los buques de pabellón nacional que naveguen en aguas situadas en zonas en las que otro Estado ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, siempre que no se opongan a ello las leyes y reglamentos de dicho Estado»*.

(Dictamen 362/2007)

2. «El preámbulo del proyecto de real decreto y el anejo a la memoria obrante en el expediente hacen hincapié que sólo se incorporan las previsiones contenidas en el artículo 7 de la Directiva 2005/35/CE, de 7 de septiembre de 2005, toda vez que las demás determinaciones de la norma ya están transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico: unas, porque están contempladas en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y Marina Mercante; otras, porque están previstas en el Código Penal y,

en fin, otras, porque están establecidas en el Convenio Marpol 73/78, ratificado por el Reino de España y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado considera que, efectivamente, algunas de las previsiones de la Directiva están ya incorporadas a nuestro ordenamiento. En concreto, a través de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y Marina Mercante, lo están las que contemplan la sanción administrativa de las descargas contaminantes realizadas en aguas marítimas españolas por buques en tránsito. Otras lo están a través del Convenio internacional para prevenir la contaminación de los buques (MARPOL 73/78), puesto que no existe obstáculo para que las previsiones de una Directiva –que busca asegurar un determinado resultado normativo en los ordenamientos de los Estados miembros– puedan ser incorporadas mediante instrumentos internacionales. Publicado un tratado internacional en el Boletín Oficial del Estado, éste pasa a formar parte del ordenamiento interno y, por consiguiente, el resultado normativo perseguido por la directiva se puede obtener mediante la disposición internacional integrada.

Ahora bien, junto a las previsiones de la Directiva ya incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico y pese a lo manifestado en el preámbulo del proyecto, hay otras que, a juicio del Consejo de Estado, no lo están ni lo hacen con la norma consultada: en concreto, faltan por transponer las determinaciones que, en aplicación de los artículos 4 y 5 de la Directiva en relación con el artículo 2 de la Decisión Marco 2005/667/JAI, de 12 de julio, prevén la tipificación penal y el enjuiciamiento por tribunales españoles de los responsables de las descargas contaminantes realizadas en alta mar por buques en tránsito –y que no tengan pabellón español–. Tales conductas, si bien pudieren encajarse en el artículo 325 del Código Penal, no pueden ser objeto de sanción por no estar comprendidas en el ámbito a que se extiende la jurisdicción penal nacional en los términos definidos en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Consejo de Estado considera, además, que no puede considerarse incorporada la previsión de la Directiva que impone la tipificación y la posibilidad de que los tribunales españoles enjuicien a los responsables de las descargas contaminantes realizadas por buques en alta mar por la aplicación y vigencia directa de la Decisión Marco 2005/667/JAI, de 12 de julio. Y es que ésta Decisión Marco, si bien pudiese entenderse que tipifica directamente como delito determinadas conductas, carece del grado de especificación suficiente para entender cumplido el principio de legalidad consagrado en el artículo 2 del Código Penal en lo tocante a determinación de la pena aplicable a dicho delito.

Así las cosas, este Cuerpo Consultivo considera que el proyecto de real decreto se ciñe a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico el artículo 7 de la Directiva 2005/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005. Y por consiguiente debe suprimirse del preámbulo la referencia que están incorporadas todas las previsiones de la Directiva y debe modificarse el título del proyecto en el sentido de ajustarlo a su contenido.

(.../...)

En relación con el contenido del proyecto de real decreto, el Consejo de Estado considera:

a) Que el texto del artículo 2.2 debería ceñirse al tenor literal del artículo 3 de la Directiva 2005/35/CE, con una fórmula del siguiente o análogo tenor: *«Este real decreto se aplicará a las descargas de sustancias contaminantes realizadas en las aguas territoriales españolas, en los estrechos utilizados para navegación internacional sujetos al régimen de paso en tránsito sobre los que España ejerza jurisdicción, en la zona económica exclusiva española y en alta mar, procedentes de todo buque,...»*.

Se evitarían así dos cuestiones polémicas, a saber: la de si quedan comprendidas en el ámbito del proyecto de real decreto las descargas contaminantes realizadas por buques en tránsito en la zona económica-exclusiva, de una parte, y en el estrecho de Gibraltar y en alta mar, de otra.

En efecto, el artículo 2.2 delimita el ámbito de aplicación del real decreto a las descargas de sustancias contaminantes que se realicen en *«aguas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción o que afecten o puedan afectar a dichas aguas, a las costas españolas o a los bienes a ellas vinculados...»*. La Directiva, por su parte, dispone en su artículo 3 que resulta de aplicación a las descargas de sustancias contaminantes realizadas en las siguientes zonas, según el artículo 3 de la misma Directiva: *«b) en las aguas territoriales de un Estado miembro; c) los estrechos utilizados para navegación internacional sujetos al régimen de paso en tránsito, según lo establecido en la parte III, sección 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en la medida en que un Estado miembro ejerza jurisdicción sobre ellos; d) sobre la zona económica exclusiva o la zona equivalente de un Estado miembro, establecida de conformidad con el Derecho internacional; e) alta mar»*.

El proyecto de real decreto considera que dentro del concepto de *«aguas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción o que afecten o puedan afectar a dichas aguas, a las costas españolas o a los bienes a ellas vinculados»* quedan comprendidas las todas descar-

gas contaminantes realizadas en las áreas definidas en la Directiva y, en concreto, también las hechas en la zona económica exclusiva. Y esta cuestión no es pacífica.

En el ámbito del derecho internacional, y según el parecer mayoritario, se contraponen la noción unitaria de «soberanía, derechos soberanos o jurisdicción», que expresa competencias plenas, exclusivas y excluyentes por parte de un Estado sobre unas aguas marinas –el mar patrimonial en sentido clásico o el mar territorial en sentido moderno–, a la de «derechos soberanos limitados o facultades limitadas», que hace referencia a competencias estatales sobre aguas marítimas pero ceñidas a aspectos concretos.

Conforme a lo expuesto, la noción de zona económica exclusiva, que arranca de la denominada Proclamación sobre pesquerías de los Estados Unidos de 28 de septiembre de 1945 y que alcanzó carta de naturaleza en la Convención del Derecho del Mar de 1982, no participa de la naturaleza del mar territorial. Conforme al derecho internacional, los Estados ribereños no ejercen «soberanía, derechos soberanos o jurisdicción» sobre la zona económica exclusiva. Esta zona constituye una categoría autónoma o *sui generis*, distinta del mar territorial, según se deduce de los artículos 55 y 59 de la citada Convención de 1982, y sobre ella los Estados ejercen sólo «derechos soberanos limitados o facultades limitadas». Por consiguiente, la zona económica exclusiva no queda comprendida en el noción de «aguas en las que se ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción».

Tampoco conforme al derecho interno, la zona económica exclusiva queda comprendida en el ámbito territorial en el que el Estado español ejerce «soberanía, derechos soberanos o jurisdicción». Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 132.2 de la Constitución, que califica como bienes de dominio público los recursos naturales de la zona económica –y no esta misma– frente a la declaración hecha respecto al mar territorial, que recibe tal calificación íntegramente; de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, y aún del artículo 3 de la Ley 15/1978, de 20 de febrero, que dictada al amparo del artículo 8 de la Convención de Ginebra de 1958, reconoce a España sobre la referida zona «derechos soberanos a efectos de la exploración y explotación del lecho y del subsuelo marinos».

Lo expuesto no se ve empañado por el artículo artículo 7 de la Ley de Puertos del Estado y de Marina Mercante. Es cierto que este precepto utiliza la referida expresión «soberanía, derechos soberanos o jurisdicción» en relación con la zona económica exclusiva, pero no puede ignorarse que tal disposición es anterior a la incorporación al ordenamiento español de la Convención del Derecho del Mar de 1982 –que se llevó a cabo por instrumento publicado en el Boletín Oficial del Estado de 14 de febrero de 1997–

y que ha sido interpretada posteriormente por el Reino de España ante los organismos y tribunales internacionales en el sentido concreto de «derechos soberanos limitados», de conformidad con la referida Convención.

Por otra parte, el proyecto del Real Decreto no incluye en su artículo 2.2 ninguna referencia a los estrechos utilizados para navegación internacional sujetos al régimen de paso en tránsito y sobre el que el Estado miembro ejerza jurisdicción. Y, entre ellos, en el caso de España, está comprendido el Estrecho de Gibraltar. Este estrecho, en régimen de libre tránsito desde la declaración franco británica de 8 de abril de 1904 (artículo 7) y el convenio franco-español de 27 de noviembre de 1912, sobre Marruecos (artículo 6), se rige hoy, además de por las citadas disposiciones, por lo prevenido en la parte III, sección 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y sobre él el Reino de España ejerce en parte derechos jurisdiccionales y por tanto queda comprendido específicamente en el ámbito de la Directiva.

Y, por último, el proyecto de real decreto no menciona tampoco el «alta mar». Si bien puede entenderse comprendido en su ámbito por aplicación del Convenio MARPOL, razones de claridad aconsejan su cita expresa.

Por todo ello, a fin de evitar las cuestiones interpretativas expuestas, este Consejo de Estado considera, como se ha señalado, la conveniencia de que el artículo 2.2 del proyecto ciña su tenor al del artículo 3 de la Directiva.»

(Dictamen 111/2007)

3. «Los Estatutos de los Colegios profesionales y de sus Consejos Generales son normas jurídicas especiales, fruto simultáneo de la autonomía que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la Administración Corporativa y del control que se reserva a la Administración pública (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1961/98, de 21 de mayo de 1998). En efecto, son normas que nacen en el seno de las organizaciones profesionales, a quienes corresponde su iniciativa, según previene el artículo 6.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales («*Los Consejos Generales elaborarán para todos los Colegios de una misma profesión, y oídos éstos, unos Estatutos Generales, que serán sometidos a la aprobación del Gobierno, a través del Ministerio competente*»). Esa iniciativa no puede ser suplida por la Administración, salvo específica autorización legal. Elaborados los Estatutos, corresponde a la Administración su aprobación.

Cada organización profesional elabora los Estatutos dentro del ámbito que la Ley les reconoce, si bien, como se ha señalado, corresponde a la Administración su aprobación. El acto de aprobación se lleva a cabo por parte de un Ministro, si son Estatutos provisionales y existe habilitación legal para ello, o por el Gobierno, si los Estatutos son definitivos. La aprobación administrativa de los Estatutos no tiene otro significado que comprobar si, en el ejercicio de la potestad reguladora de su propio ámbito, las Corporaciones se mantuvieron o no dentro de los límites fijados por las normas que les son de aplicación. Por eso, pese a dicha aprobación por parte de la Administración, los Estatutos no son normas estatales (Dictamen del Consejo de Estado 3675/98, de 5 de noviembre de 1998), sino que tienen naturaleza corporativa. Y esta naturaleza no se ve alterada por el hecho de que, en su aprobación, deban observarse, de forma matizada, las prescripciones establecidas para elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general prevenidas en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y recabarse el dictamen de este Consejo de Estado, (Dictamen del Consejo de Estado núm. 4384/98, de 26 de noviembre de 1998).

En lo relativo al contenido del proyecto del real decreto y de los Estatutos, se adecuan, en términos generales, al ordenamiento jurídico. En concreto, los Estatutos respetan las previsiones del artículo 36 de la Constitución que dispone que la estructura interna y el funcionamiento de los Colegios profesionales deberá ser democrática.

El proyecto de Estatutos elaborado y sometido a consulta no ha sido elaborado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria pese a la invocación del artículo 6.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, contenida en la formula de expedición del proyecto, sino que lo ha sido por la propia Administración y, en concreto, por el Ministerio de Vivienda. Se ha oído al citado Consejo como entidad interesada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24.1.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En otros términos, se ha elaborado el proyecto de Real Decreto y de Estatutos como si se una norma estatal se tratara y no se ha atendido a su naturaleza de norma corporativa.

Como ha quedado expuesto, la elaboración de los Estatutos generales de los Colegios Profesionales y de sus Consejos Generales corresponde en exclusiva a las propias organizaciones profesionales, según se deduce del lo dispuesto en la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, sin que sea dable que la Administración asuma tal iniciativa salvo una específica habilitación legal

(como ocurre en otros casos como es el previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 16/1999, de 4 de mayo, de creación del Colegio de Geógrafos). A falta de dicha específica previsión legal, la Administración no puede suplantar la voluntad corporativa, pues su función viene ceñida al ámbito de la verificación de que la potestad de organización de la corporación se ha sujetado a las prescripciones legales propias aplicables.

En el caso de los agentes de la propiedad inmobiliaria, no existe ninguna norma que habilite específicamente a la Administración para aprobar los Estatutos de las organizaciones colegiales, sustituyendo la voluntad corporativa. Por consiguiente, no corresponde a la Administración dar cumplimiento a la disposición adicional única de la Ley 7/1997, de 14 de abril, que previene que «*sin perjuicio de que a la entrada en vigor de la Ley queden derogados los preceptos estatutarios a que alcance la disposición derogatoria, en el plazo de un año los Colegios profesionales deberán adaptar sus Estatutos a las modificaciones introducidas por la presente Ley en la Ley 2/1974, de 13 de febrero*», sino a las propias organizaciones colegiales que son las que tiene que asumir la iniciativa.

Así las cosas, en el estado actual de las actuaciones, el Consejo de Estado considera que no resulta legalmente posible aprobar el proyecto de Estatutos sometido a consulta, puesto que ni han sido elaborados ni, al menos, han sido asumidos expresamente por el Consejo General de Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, cuya participación en la elaboración de la norma se ha limitado a evacuar un trámite de audiencia. Por consiguiente, procede con carácter previo a la aprobación administrativa de los Estatutos que el referido Consejo los asuma como propios. Esta observación tiene carácter esencial a los efectos del artículo 1.2, párrafo final de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.»

(Dictamen 2205/2006)

4. No obstante, el Consejo de Estado considera que:

a) Algunas de las previsiones de los Estatutos, en cuanto reproducen –y a veces de manera incompleta– el contenido de las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resultan innecesarias y deberían ser suprimidas. Tal es el caso del artículo 37, 40.4, 46.2, 46.4 y 47.4.

b) La previsión de que los gastos que hubiera ocasionado la tramitación del expediente, de haber finalizado con la imposición de una sanción,

deberán ser abonados por el expedientado, prevista en el artículo 46.5, carece de fundamento legal. No existe en el ámbito sancionador administrativo una previsión que imponga, con carácter general y automático, la obligación del encartado de pagar las costas y los gastos del procedimiento. El expedientado está obligado abonar los gastos que legalmente tiene que asumir (caso del coste de las pruebas por él propuestas y que no deban ser soportadas por la Administración, según el artículo 81.3 de la Ley 30/1992), pero no todos los devengados por el procedimiento –que es gratuito por disposición de la ley–. Por consiguiente, debe ajustarse la redacción del artículo 46.5 de los Estatutos proyectados a la previsión del artículo 81.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.»

(Dictamen 708/2007)

2. REVISIÓN DE OFICIO

«La cuestión objeto de la consulta se ciñe a determinar si la última prescripción contenida en el párrafo segundo del ordinal octavo de la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, por la que se convoca para el año 2007, el otorgamiento de ayudas a los transportistas autónomos por carretera que abandonen la actividad, es contraria a derecho y, en su caso, si procede su revisión de oficio o corrección.

I. La Orden FOM/3944/2005, de 9 de diciembre, aprobó las bases reguladoras de la concesión de ayudas a los transportistas autónomos por carretera que abandonen la actividad. En su disposición adicional tercera se preveía:

«Excepcionalmente, en el ejercicio correspondiente al año 2006, los titulares de autorizaciones de transporte público de mercancías y de viajeros en autobús de ámbito autonómico de Canarias Complementarias de Transporte, podrán ser beneficiarios de las ayudas reguladas en esta Orden si reúnen los demás requisitos establecidos. Los titulares de autorizaciones de transporte público en autobús deberán serlo de un máximo de dos autorizaciones en las condiciones establecidas en el artículo 4.1.a). A efectos de la determinación de las cuantías y de la aplicación de los criterios de valoración, las autorizaciones de transporte público para vehículos pesados o autobuses tendrán el tratamiento de las de ámbito comarcal»

Por su parte, la Orden FOM/3975/2005, de 15 de diciembre dispone en su ordinal octavo

«Criterios de valoración de las solicitudes. De acuerdo con lo dispuesto en la Orden FOM/3944/2005, DE 9 de diciembre, por la que se aprobaron las bases reguladoras de estas ayudas, para su otorgamiento se tendrá en cuenta la mayor edad de los transportistas, el mayor ámbito de las autorizaciones y, en el transporte de mercancías, la clase de autorizaciones, dándose preferencia a las referidas a vehículos pesados.

La ponderación de estos criterios se llevará a cabo de la siguiente manera: se elaborará una relación de posibles beneficiarios por orden descendente de edad; a los titulares de alguna autorización para vehículo pesado de ámbito nacional o autobús se les computará un año más de edad a estos efectos; a los titulares de alguna autorización para vehículo pesado de ámbito comarcal, un semestre y, por último, los titulares de autorización para vehículo pesado de ámbito local, tres meses. Las ayudas se otorgarán a los que ocupen los primeros lugares en la relación de beneficiarios así elaborada. A efectos de la aplicación de estos criterios de valoración, las autorizaciones de transporte público para vehículos pesados o autobuses de ámbito autonómico de Canarias tendrán el tratamiento de las de ámbito comarcal».

II. La inclusión de la última frase del párrafo segundo del apartado octavo se ha considerado un error por parte de la Dirección General de Transportes por Carretera.

Antes de entrar a considerar las cuestiones señaladas, debe señalarse que, aun cuando la inclusión del citado inciso pudiere obedecer subjetivamente a una actuación errónea del citado Centro Directivo, objetivamente no puede ser calificada de error material, de hecho o aritmético. La jurisprudencia y este Consejo de Estado han venido perfilando laboriosamente los citados conceptos caracterizándolos como aquellos que versan sobre un hecho, cosa o suceso, esto es, sobre una realidad independiente de toda opinión o calificación, de tal suerte que quedan excluidos de su ámbito aquello que se refiere a cuestiones de derecho, a la apreciación de la trascendencia o alcance de hechos o al contenido de las normas. Así las cosas, es claro en el caso presente que la inclusión de la previsión mencionada en el ordinal octavo de la Orden Ministerial citada no es incardinable en el concepto de error material y, por consiguiente, no puede corregirse por la vía prevista en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III. La Orden FOM/3944/2005, de 9 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de ayudas a transportistas autónomos por carretera que abandonen la actividad tiene carácter normativo según se deduce de lo dispuesto en los artículos 9.2 y 3 y 17 de la Ley

38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que atribuye naturaleza reglamentaria a todas las bases reguladoras de subvenciones, de tal suerte que están sujetas a los límites formales y materiales de la potestad reglamentaria general.

Por el contrario, la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, por la que se convoca para el año 2007 el otorgamiento de ayudas a transportistas autónomos por carretera que abandone la actividad, tiene naturaleza de acto general, según la misma Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Entre el acto y la norma, se aprecia la existencia de una contradicción que se concreta en que la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, reconoce implícitamente que los titulares de autorizaciones de transporte público para vehículos pesados o autobuses de ámbito autonómico de Canarias pueden solicitar las ayudas convocadas cuando la Orden FOM/3944/2005, de 9 de diciembre, sólo preveía tal posibilidad, con carácter excepcional, para el año 2006.

La discrepancia entre ambas ordenes ministeriales, norma y acto, es jurídicamente relevante en tanto en cuanto la convocatoria de las subvenciones para 2007 contraviene sus bases reguladoras. La previsión que permite implícitamente solicitar y, en su caso, obtener ayudas por parte de los transportistas titulares de autorizaciones autonómicas de Canarias infringe el ordenamiento jurídico.

IV. La convocatoria de ayudas a los transportistas instrumentada mediante la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, no es una resolución que ponga al procedimiento, sino que se trata de un acto de trámite y la posibilidad de su revisión debe considerarse sin dejar de tener presente este carácter.

Los actos de trámite, en general, y las convocatorias de ayudas, en particular –por así deducirse de lo dispuesto en el artículo 24.6 de la Ley General de Subvenciones–, no crean o generan derechos en favor de los particulares. Los actos de trámite no crean relaciones jurídicas, sino a lo máximo situaciones jurídicas, distinción que se basa en que la situación es un *prius* respecto de la relación mientras que ésta es la expectativa realizada que hace nacer derechos, deberes y obligaciones.

Al no generar derechos, los actos de trámite no son, por lo general, objeto de la potestad revisora –en ninguna de sus modalidades– a que se refieren los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

V. Ahora bien, la exclusión de los actos de trámite del objeto de la potestad revisora no comporta que no puedan ser corregidos por la Administración cuando no son conformes al ordenamiento jurídico.

La Administración está obligada por mandato constitucional y legal a actuar sometándose a la ley y al derecho. En el específico ámbito del proceso de formación de su voluntad, dicha obligación comporta que deba sujetarse a las reglas de procedimiento y las normas de fondo que resulten aplicables. En los procedimientos que no han sido ultimados por una resolución, la Administración debe proceder a la corrección en cualquier momento de los vicios de procedimiento y de las infracciones de fondo apreciados en los actos de trámite. La subsanación de las infracciones apreciadas no es una mera posibilidad sino una auténtica obligación jurídica que pesa sobre aquélla.

La revisión de los actos de mero trámite se puede llevar a cabo por la propia Administración sin necesidad de que exista ni una reclamación –o incluso un recurso si se trata de actos que causan indefensión o impiden la continuación del procedimiento– y sin sujetarse al procedimiento de la revisión de oficio prevista en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, porque ni generan derechos, ni se trata de resoluciones. La citada revisión se puede llevar a efecto mediante lo que se ha dado en llamar la corrección de oficio de los actos de trámite o el mero retiro de los actos de trámite (*Dictamen núm. 46211, de 7 de junio de 1984*); esto es dictando otros actos que modifiquen o sustituyan los actos en los que se aprecia infracción del ordenamiento jurídico. Para la corrección de oficio no importa que el acto pueda parecer favorable, ni hace falta el dictamen del Consejo de Estado, habiéndose considerado por la jurisprudencia que los actos correctores son también de mero trámite y, por tanto, no recurribles, sin perjuicio de que puedan ser controlados judicialmente mediante la impugnación del acto final del procedimiento (*Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1968, 28 de abril de 1969, 13 de octubre de 1969 y 7 de marzo de 1972*).

La potestad de corrección de oficio de los actos de mero trámite opera sobre los actos que se encuentran en etapa de perfeccionamiento y ello porque la ausencia de una resolución impide considerar constituida una relación jurídica y, por tanto, generado un derecho, existiendo, a lo sumo, una situación jurídica.

IV. La aplicación de lo expuesto al caso sometido a consulta tiene consecuencias claras y que son:

a) Que la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, en cuanto reconoce implícitamente que los titulares de autorizaciones de transporte público para vehículos pesados o autobuses de ámbito autonómico de Canarias pueden solicitar las ayudas a transportistas que abandonen su actividad, infringe las bases reguladoras aprobadas por Orden FOM/3944/2005 y, por consiguiente, no es conforme a derecho.

b) Que no procede la revisión de oficio, mediante el procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del acto de convocatoria de ayudas contenida en la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, toda vez que dicha convocatoria es un acto general, de mero trámite y que no genera derechos en favor de los eventuales aspirantes a las ayudas conforme al artículo 24 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones.

c) Que la Administración debe corregir la Orden FOM/3975/2006, de 15 de diciembre, mediante otro acto, también de trámite, que suprima el inciso final del ordinal octavo.

V. Por último, el Consejo de Estado debe señalar que la corrección de oficio de actos de trámite, aun cuando no comporta la ablación de derechos, puede dar lugar a eventuales indemnizaciones en favor de quienes han visto cercenada su creencia en la continuidad de un proceso administrativo y han incurrido en gastos cuya compensación económica resulta obligada por no constituir una carga que deban soportar.

(Dictamen 1110/2007)



State Parties to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties as of 8-Nov-2007

	Protection of Victims of Armed Conflicts
GC I-IV 1949	Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949. Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva, 12 August 1949. Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949. Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949.
AP I 1977	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977.
AP I Declaration art. 90	Declaration provided for under article 90 AP I, Acceptance of the Competence of the International Fact-Finding Commission according to article 90 of AP I.
AP II 1977	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, Geneva, 8 June 1977.
AP III 2005	Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III), 8 December 2005.
CRC-1989	Convention on the Rights of the Child, New York, 20 November 1989.
Opt Prot. CRC 2000	Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict, New York, 25 May 2000.
ICC Statute 1998	Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998.
	International Criminal Court
	Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict
Hague Conv. 1954	Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.
Hague Prot. 1954	First Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954.
Hague Prot. 1999	Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 26 March 1999.
	Environment
ENMOD Conv. 1976	Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques, New York, 10 December 1976.
	Weapons
Geneva Gas Prot., 1925	Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and Warfare, Geneva, 17 June 1925.
BWC 1972	Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, Opened for Signature at London, Moscow and Washington, 10 April 1972.
CCW 1980	Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects, Geneva, 10 October 1980.
CCW Prot. I 1980	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of mines, booby-traps and other devices (I).
CCW Prot. II 1980	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of incendiary weapons (II).
CCW Prot. III 1980	Protocol on prohibitions or restrictions on the use of incendiary weapons (III).
CCW Prot. IV 1995	Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV to the 1980 Convention), 13 October 1995.
CCW Prot. Ila 1996	Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 (Protocol II to the 1980 Convention).
CCW Amndt 2001	Amendment to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III), Geneva 21 December 2001.
CCW Prot. V 2003	Protocol on Explosive Remnants of War to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III), Geneva, 28 November 2003.
CWC 1993	Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, Paris 13 January 1993.
Ottawa Treaty 1997	Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Oslo, 18 September 1997.

Country	Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court	Protection of Cultural Property			Environment	
	GC HV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989		Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954		Hague Prot. 1954
Afghanistan	26.09.1956					28.03.1994	24.09.2003	10.02.2003				22.10.1985
Albania	27.05.1957	16.07.1993		16.07.1993		27.02.1992		31.01.2003	20.12.1960	20.12.1960		19.12.1991
Algeria	20.06.1960	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989		16.04.1993						
Andorra	17.09.1993					02.01.1996	30.04.2001	30.04.2001				
Angola	20.09.1984	20.09.1984				05.12.1990	11.10.2007					
Antigua and Barbuda	06.10.1986	06.10.1986		06.10.1986		05.12.1993		18.06.2001				25.10.1988
Argentina	18.09.1956	26.11.1986	11.10.1996	26.11.1986		04.12.1990	10.09.2002	08.02.2001	22.03.1989	10.05.2007	07.01.2002	20.03.1987
Armenia	07.06.1993	07.06.1993		07.06.1993		23.06.1993	30.09.2005		05.09.1993	05.09.1993	18.05.2006	15.05.2002
Australia	14.10.1958	21.06.1991	23.09.1992	21.06.1991		17.12.1990	26.09.2006	01.07.2002	19.09.1984			07.09.1984
Austria	27.08.1953	13.08.1982	13.08.1982	13.08.1982		06.08.1992	01.02.2002	28.12.2000	25.03.1964	25.03.1964	01.03.2002	17.01.1990
Azerbaijan	01.06.1993					13.08.1992	03.07.2002		20.09.1993	20.09.1993	17.04.2001	
Bahamas	11.07.1975	10.04.1980		10.04.1980		20.02.1991						
Bahrain	30.11.1971	30.10.1986		30.10.1986		13.02.1992	21.09.2004					
Bangladesh	04.04.1972	08.09.1980		08.09.1980		03.08.1990	06.09.2000		23.06.2006	23.06.2006		03.10.1979
Barbados	10.09.1968	19.02.1990		19.02.1990		09.10.1990		10.12.2002	09.04.2002			
Belarus	03.08.1954	23.10.1989	23.10.1989	23.10.1989		01.10.1990	25.01.2006		07.05.1957	07.05.1957	28.11.2005	07.06.1988
Belgium	03.09.1952	20.05.1986	27.03.1987	20.05.1986		16.12.1991	06.05.2002	28.06.2000	16.09.1960	16.09.1960		12.07.1982
Belize	29.06.1984	29.06.1984		29.06.1984	03.04.2007	02.05.1990	01.12.2003	05.04.2000				
Benin	14.12.1961	28.05.1986		28.05.1986		03.08.1990	21.01.2005	22.01.2002				30.06.1986
Bhutan	10.01.1991					01.08.1990						
Bolivia	10.12.1976	08.12.1983	10.06.1992	08.12.1983		26.06.1990	22.12.2004	27.06.2002	17.11.2004			
Bosnia-Herzegovina	31.12.1992	31.12.1992	31.12.1992	31.12.1992		01.09.1993	10.10.2003	11.04.2002	12.07.1993	12.07.1993		
Botsswana	29.03.1968	23.05.1979		23.05.1979		14.03.1995	04.10.2004	08.09.2000	03.01.2002			
Brazil	29.06.1957	05.05.1992	23.11.1993	05.05.1992		24.09.1990	27.01.2004	20.06.2002	12.09.1958	12.09.1958	23.09.2004	12.10.1984
Brunei Darussalam	14.10.1991	14.10.1991		14.10.1991		27.12.1995						
Bulgaria	22.07.1954	26.09.1989	09.05.1994	26.09.1989	13.09.2006	03.06.1991	12.02.2002	11.04.2002	07.08.1956	09.10.1958	14.06.2000	31.05.1978
Burkina Faso	07.11.1961	20.10.1987	24.05.2004	20.10.1987		31.08.1990	06.07.2007	16.04.2004	18.12.1969	04.02.1987		
Burundi	27.12.1971	10.06.1993		10.06.1993		19.10.1990		21.09.2004				
Cambodia	08.12.1958	14.01.1998		14.01.1998		15.10.1992	16.07.2004	11.04.2002	04.04.1962	04.04.1962		
Cameroon	14.09.1963	16.03.1984		16.03.1984		11.01.1993			12.10.1961	12.10.1961		
Canada	14.05.1965	20.11.1990	20.11.1990	20.11.1990		13.12.1991	07.07.2000	07.07.2000	11.12.1998	29.11.2005	29.11.2005	11.06.1981
Cape Verde	11.05.1984	16.03.1995	16.03.1995	16.03.1995		04.06.1992	10.05.2002					03.10.1979
Central African Republic	01.08.1966	17.07.1984		17.07.1984		23.04.1992		04.10.2001				
Chad	05.08.1970	17.01.1997		17.01.1997		02.10.1990	28.08.2002	01.11.2006				
Chile	12.10.1950	24.04.1991	24.04.1991	24.04.1991		13.08.1990	31.07.2003					26.04.1994
China	28.12.1956	14.09.1983		14.09.1983		02.03.1992			05.01.2000	05.01.2000		08.06.2005
Colombia	08.11.1961	01.09.1993	17.04.1996	14.08.1995		28.01.1991	25.05.2005	05.08.2002	18.06.1998	18.06.1998		
Comoros	21.11.1985	21.11.1985		21.11.1985		22.06.1993		18.08.2006				
Congo	04.02.1967	10.11.1983		10.11.1983		14.10.1993		03.05.2004				
Congo (Dem Rep)	24.02.1961	03.06.1982	12.12.2002	12.12.2002		27.09.1990	11.11.2001	11.04.2002	18.04.1961	18.04.1961		
Cook Islands	11.06.2001	07.05.2002	07.05.2002	07.05.2002		06.06.1997						

Country		Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court		Protection of Cultural Property			Environment
Country	GC HV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976	
Costa Rica	15.10.1969	15.12.1983	09.12.1999	15.12.1983		21.08.1990	24.01.2003	07.06.2001	03.06.1998	03.06.1998	09.12.2003	07.02.1996	
Côte d'Ivoire	28.12.1961	20.09.1989		20.09.1989		04.02.1991			24.01.1980				
Croatia	11.05.1992	11.05.1992	11.05.1992	13/06/2007		12.10.1992	01.11.2002	21.05.2001	06.07.1992	06.07.1992	08.02.2006		
Cuba	15.04.1954	25.11.1982		23.06.1989		21.08.1991	02.09.2007		26.11.1957	26.11.1957		10.04.1978	
Cyprus	23.05.1962	01.06.1979	14.10.2002	18.03.1996		27.02.1991		07.03.2002	09.09.1964	09.09.1964	16.05.2001	12.04.1978	
Czech Republic	05.02.1993	05.02.1993	02.05.1993	05.02.1993	23.05.2007	02.02.1993	30.11.2001		26.03.1993	26.03.1993	08.06.2007	22.02.1993	
Denmark	27.06.1951	17.06.1982	17.06.1982	17.06.1982	25.05.2007	19.07.1991	27.08.2002	21.06.2001	26.03.2003	26.03.2003		19.04.1978	
Djibouti	06.03.1978	08.04.1991		08.04.1991		06.12.1990		05.11.2002					
Dominica	28.09.1981	25.04.1996		25.04.1996		13.03.1991	20.09.2002	12.02.2001				09.11.1992	
Dominican Republic	22.01.1958	26.05.1994		26.05.1994		11.06.1991		12.05.2005	05.01.1960	21.03.2002			
Ecuador	11.08.1954	10.04.1979		10.04.1979		23.03.1990	07.06.2004	05.02.2002	02.10.1956	08.02.1961	02.08.2004		
Egypt	10.11.1952	09.10.1992		09.10.1992		06.07.1990	02.06.2007		17.08.1955	17.08.1955	03.08.2005	01.04.1982	
El Salvador	17.06.1953	23.11.1978		23.11.1978		10.07.1990	18.04.2002		19.07.2001	27.03.2002	27.03.2002		
Equatorial Guinea	24.07.1986	24.07.1986		24.07.1986		15.06.1992			19.11.2003	19.11.2003			
Eritrea	14.08.2000					03.08.1994	16.02.2005		06.08.2004				
Estonia	18.01.1993	18.01.1993		18.01.1993		21.10.1991		30.01.2002	04.04.1995	17.01.2005	17.01.2005		
Ethiopia	02.10.1969	08.04.1994		08.04.1994		14.05.1991							
Fiji	09.08.1971					13.08.1993		29.11.1989					
Finland	22.02.1955	07.08.1980		07.08.1980		20.06.1991	10.04.2002	29.12.2000	16.09.1994	16.09.1994	09.11.2004	12.05.1978	
France	28.06.1951	11.04.2001		24.02.1984		07.08.1990	05.02.2003	09.06.2000	07.06.1957	07.06.1957			
Gabon	26.02.1965	08.04.1980		08.04.1980		09.02.1994		20.09.2000	04.12.1961	04.12.1961	29.08.2003		
Gambia	20.10.1966	12.01.1989		12.01.1989		08.08.1990		28.06.2002					
Georgia	14.09.1993	14.09.1993		14.09.1993	19.03.2007	02.06.1994		05.09.2003					
Germany	03.09.1954	14.02.1991	14.02.1991	14.02.1991		06.03.1992	13.12.2004	11.12.2000	04.11.1992	04.11.1992			
Ghana	02.08.1958	28.02.1978		28.02.1978		05.02.1990		20.12.1989	11.08.1967	11.08.1967		24.05.1983	
Greece	05.06.1956	31.03.1989	04.02.1998	15.02.1993		11.05.1993	22.10.2003	15.05.2002	20.12.1960	25.07.1960	20.04.2005	22.06.1978	
Grenada	13.04.1981	23.09.1998		23.09.1998		05.11.1990			09.02.1981	09.02.1981		23.08.1983	
Guatemala	14.05.1952	19.10.1987		19.10.1987		06.06.1990	09.05.2002		02.10.1985	19.05.1994	04.02.2005	21.03.1988	
Guinea	11.07.1984	11.07.1984	20.12.1993	11.07.1984		03.07.1990		14.07.2003	20.09.1960	11.12.1961			
Guinea-Bissau	21.02.1974	21.10.1986		21.10.1986		20.08.1990							
Guyana	22.07.1968	18.01.1988		18.01.1988		14.01.1991		24.09.2004					
Haiti	11.04.1957	20.12.2006		20.12.2006		08.06.1995							
Holy See	22.02.1951	21.11.1985		21.11.1985		20.04.1990	24.10.2001		24.02.1958	24.02.1958			
Honduras	31.12.1965	16.02.1995		16.02.1995	08.12.2006	10.08.1990	14.08.2002	01.07.2002	25.10.2002	25.10.2002	26.01.2003		
Hungary	03.08.1964	12.04.1989	23.09.1991	12.04.1989	15.11.2006	07.10.1991		30.11.2001	17.05.1956	16.08.1956	26.10.2005	19.04.1978	
Iceland	10.08.1965	10.04.1987	10.04.1987	10.04.1987	04.08.2006	28.10.1992	01.10.2001	25.05.2000					
India	09.11.1950					11.12.1992	30.11.2005		16.06.1958	16.06.1958		15.12.1978	
Indonesia	30.09.1958					05.09.1990			10.01.1967	26.07.1967			
Iran (Islamic Rep)	20.02.1957					13.07.1994			22.06.1959	22.06.1959	24.05.2005		
Iraq	14.02.1956					15.06.1994			21.12.1967	21.12.1967			
Ireland	27.09.1962	19.05.1999	19.05.1999	19.05.1999		28.09.1992	18.11.2002	11.04.2002				16.12.1982	

Country		Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court			Protection of Cultural Property			Environment
Country	GC HV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976		
Israel	06.07.1951					03.10.1991	18.07.2005		03.10.1957	01.04.1958				
Italy	17.12.1951	27.02.1986	27.02.1986	27.02.1986		05.09.1991	09.05.2002	26.07.1989	09.05.1958	09.05.1958		27.11.1981		
Jamaica	21.07.1964	29.07.1986	29.07.1986	29.07.1986		14.05.1991	09.05.2002							
Japan	21.04.1953	31.08.2004	31.08.2004	31.08.2004		22.04.1994	02.08.2004	17.07.2007	10.09.2007	10.09.2007	10.09.2007	09.06.1982		
Jordan	29.05.1951	01.05.1979	01.05.1979	01.05.1979		24.05.1991	23.05.2003	11.04.2002	02.10.1957	02.10.1957				
Kazakhstan	05.05.1992	05.05.1992		05.05.1992		12.08.1994	10.04.2003		14.03.1997	14.03.1997		25.04.2005		
Kenya	20.09.1966	23.02.1999		23.02.1999		30.07.1990	28.01.2002	15.03.2005						
Kiribati	05.01.1989					11.12.1995								
Korea (Dem. People's Rep.)	27.08.1957	09.03.1988				21.09.1990						08.11.1984		
Korea (Republic of)	16.08.1966	15.01.1982	16.04.2004	15.01.1982		20.11.1991	24.09.2004	13.11.2002				02.12.1986		
Kuwait	02.09.1967	17.01.1985		17.01.1985		21.10.1991	26.08.2004		06.06.1969	11.02.1970		02.01.1980		
Kyrgyzstan	18.09.1992	18.09.1992		18.09.1992		07.10.1994	13.08.2003		03.07.1995					
Lao (People's Dem.)	29.10.1956	18.11.1980	30.01.1998	18.11.1980		08.05.1991	20.09.2006					05.10.1978		
Latvia	24.12.1991	24.12.1991		24.12.1991		14.04.1992	19.12.2005	28.06.2002	19.12.2003	19.12.2003				
Lebanon	10.04.1951	23.07.1997		23.07.1997		14.05.1991			01.06.1960	01.06.1960				
Lesotho	20.05.1968	20.05.1994		20.05.1994		10.03.1992	24.09.2003	06.09.2000						
Liberia	29.03.1954	30.06.1988		30.06.1988		04.06.1993		22.09.2004						
Libyan Arab Jamahiriya	22.05.1956	07.06.1978		07.06.1978		15.04.1993	29.10.2004		19.11.1957	19.11.1957	20.07.2001			
Liechtenstein	21.09.1950	10.06.1989	10.06.1989	10.06.1989	24.06.2006	22.12.1995	04.02.2005	02.10.2001	28.04.1960	28.04.1960				
Lithuania	03.10.1996	13.07.2000	13.07.2000	13.07.2000		31.01.1992	20.02.2004	12.05.2003	27.07.1998	27.07.1998	13.03.2002	16.04.2002		
Luxembourg	01.07.1953	29.08.1989	12.05.1993	29.08.1989		07.03.1994	04.08.2004	08.09.2000	29.09.1961	29.09.1961	30.06.2005			
Madagascar	18.07.1963	08.05.1992	27.07.1993	08.05.1992		19.03.1991	22.09.2004		03.11.1961	03.11.1961				
Malawi	05.01.1968	07.10.1991		07.10.1991		02.01.1991		19.09.2002				05.10.1978		
Malaysia	24.08.1962					17.02.1995			12.12.1960	12.12.1960				
Maldives	18.06.1991	03.09.1991		03.09.1991		11.02.1991	29.12.2004							
Mali	24.05.1965	08.02.1989	09.05.2003	08.02.1989		20.09.1990	16.05.2002	16.08.2000	18.05.1961	18.05.1961				
Malta	22.08.1968	17.04.1989	17.04.1989	17.04.1989		30.09.1990	09.05.2002	29.11.2002						
Marshall	01.06.2004					04.10.1993		07.12.2000						
Martinique	30.10.1962	14.03.1980		14.03.1980		16.05.1991		05.03.2002				09.12.1992		
Mauritius	18.08.1970	22.03.1982		22.03.1982		26.07.1990		22.09.2006						
Mexico	29.10.1952	10.03.1983		10.03.1983		21.09.1990	15.03.2002	28.10.2005	07.05.1956	07.05.1956	07.10.2003			
Micronesia	19.09.1995	19.09.1995		19.09.1995		05.05.1993								
Moldova (Republic of)	24.05.1993	24.05.1993		24.05.1993		26.01.1993	07.04.2004		09.12.1999	09.12.1999				
Monaco	05.07.1950	26.10.2007		26.10.2007	12.03.2007	21.06.1993	13.11.2001		10.12.1957	10.12.1957				
Mongolia	20.12.1958	06.12.1995	06.12.1995	06.12.1995		05.07.1990	09.10.2004	11.04.2002	04.11.1964	04.11.1964		19.05.1978		
Montenegro (Republic of)	02.08.2006	02.08.2006	02.08.2006	02.08.2006		23.10.2006	02.05.2007	23.10.2006	26.04.2007	26.04.2007				
Morocco	26.07.1956					21.06.1993	22.05.2002		30.08.1968	30.08.1968				
Mozambique	14.03.1983	14.03.1983		12.11.2002		26.04.1994	19.10.2004							
Myanmar	25.08.1992					15.07.1991			10.02.1956	10.02.1956				
Namibia	22.08.1991	17.06.1994	21.07.1994	17.06.1994		30.09.1990	16.04.2002	26.06.2002						
Nauru	27.06.2006	27.06.2006		27.06.2006		27.07.1994		12.11.2001						

Country		Protection of victims of armed conflicts						International Criminal Court		Protection of Cultural Property			Environment
Country	GC HV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976	
Nepal	07.02.1964					14.09.1990	03.01.2007						
Netherlands	03.08.1954	26.06.1987	26.06.1987	26.06.1987	13.12.2006	06.02.1995		17.07.2001	14.10.1958	14.10.1958	30.01.2007	15.04.1983	
New Zealand	02.05.1959	08.02.1988	08.02.1988	08.02.1988		06.04.1999	17.11.2001	07.09.2000				07.09.1984	
Nicaragua	17.12.1953	19.07.1999	19.07.1999	19.07.1999		05.10.1990	13.03.2005		25.11.1959	25.11.1959	01.06.2001	06.09.2007	
Niger	21.04.1964	08.06.1979	08.06.1979	08.06.1979		30.09.1990		11.04.2002	06.12.1976	06.12.1976	16.06.2006	17.02.1993	
Nigeria	20.06.1961	10.10.1988		10.10.1988		19.04.1991		27.09.2001	05.06.1961	05.06.1961	21.10.2005		
Niue (*)						20.12.1995							
Norway	03.08.1951	14.12.1981	14.12.1981	14.12.1981	13.06.2006	08.01.1991	23.09.2003	16.02.2000	19.09.1961	19.09.1961		15.02.1979	
Oman	31.01.1974	29.03.1984	29.03.1984	29.03.1984		09.12.1996	17.09.2004		26.10.1977				
Pakistan	12.06.1951					12.11.1990			27.03.1959	27.03.1959		27.02.1986	
Palau	25.06.1996	25.06.1996		25.06.1996		04.08.1995							
Panama	10.02.1956	18.09.1995	26.10.1999	18.09.1995		12.12.1990	08.08.2001	21.03.2002	17.07.1962	08.03.2001	08.03.2001	13.05.2003	
Papua New Guinea	26.05.1976					02.03.1993						28.10.1980	
Paraguay	23.10.1961	14.07.1989	30.01.1998	30.11.1990		25.09.1990	27.09.2002	14.05.2001	09.11.2004	09.11.2004	09.11.2004		
Peru	06.10.1952			11.12.1986	22.08.2006	04.09.1990	08.05.2002	10.11.2001	21.07.1989	21.07.1989	24.05.2005		
Philippines	26.11.1954	23.10.1991	02.10.1992	23.10.1991		07.06.1991	07.04.2005	12.11.2001	06.08.1956	06.08.1956		08.06.1978	
Poland	14.03.1961	27.05.1992	01.07.1994	27.05.1992		21.09.1990	19.08.2003	05.02.2002	04.08.2000	18.02.2005			
Portugal	15.10.1975	05.04.1988	24.09.1991	05.01.2004		03.04.1995	25.07.2002		31.07.1973		04.09.2000		
Qatar	01.06.1954	21.06.1990	31.05.1995	21.06.1990		28.09.1990	10.11.2001	11.04.2002	21.03.1958	21.03.1958	07.08.2006	06.05.1983	
Romania	10.05.1954	29.09.1989	29.09.1989	29.09.1989		16.08.1990			04.01.1957	04.01.1957		30.05.1978	
Russian Federation	05.05.1964	19.11.1984	08.07.1993	19.11.1984		24.01.1991	23.04.2002		28.12.2000				
Rwanda	14.02.1986	14.02.1986		14.02.1986		24.07.1990		22.08.2006					
Saint Kitts and Nevis	18.09.1981	07.10.1982		07.10.1982		16.06.1993						27.05.1993	
Saint Lucia	01.04.1981	08.04.1983		08.04.1983		26.10.1993		03.12.2002				27.04.1999	
Saint Vincent & Grenadine	23.08.1984	23.08.1984		23.08.1984		29.11.1994		16.09.2002					
Samoa	29.08.1953	05.04.1994	05.04.1994	05.04.1994	22.06.2007	25.11.1991		13.05.1999	09.02.1956	09.02.1956			
San Marino	21.05.1976	05.07.1996		05.07.1996		14.05.1991						05.10.1979	
Sao Tome and Principe	18.05.1963	21.08.1987		28.11.2001		26.01.1996							
Saudi Arabia	18.05.1963	07.05.1985		07.05.1985		31.07.1990	03.03.2004	02.02.1999	17.06.1987	17.06.1987			
Senegal	16.10.2001	16.10.2001	16.10.2001	16.10.2001		12.03.2001	31.01.2003	06.09.2001	11.09.2001	11.09.2001	02.09.2002		
Serbia (Republic of)	08.11.1984	22.05.1992	08.11.1984	22.05.1992		07.09.1990			08.10.2003				
Seychelles	10.06.1965	21.10.1986		21.10.1986		18.06.1990	15.05.2002	15.09.2000					
Sierra Leone	27.04.1973					05.10.1995							
Singapore	02.04.1993	02.04.1993	13.03.1995	02.04.1993	30.05.2007	28.05.1993	07.07.2006	11.04.2002	31.03.1993	31.03.1993	11.02.2004	28.05.1993	
Slovakia	26.03.1992	26.03.1992	26.03.1992	26.03.1992		06.07.1992	23.09.2004	31.12.2001	28.10.1992	05.11.1992	13.04.2004	20.04.2005	
Slovenia	06.07.1981	19.09.1988		19.09.1988		10.04.1995						19.06.1981	
Solomon Islands	12.07.1962												
Somalia													
South Africa	31.03.1952	21.11.1995		21.11.1995		16.06.1995		27.11.2000	18.12.2003				
Spain	04.08.1952	21.04.1989	21.04.1989	21.04.1989		06.12.1990	08.03.2002	24.10.2000	07.07.1960	26.06.1992	06.07.2001	19.07.1978	
Sri Lanka	28.02.1959					12.07.1991	08.09.2000		11.05.2004			25.04.1978	

Country	Protection of victims of armed conflicts										International Criminal Court			Protection of Cultural Property			Environment ENMOD Conv. 1976
	GC I/IV 1949	AP I 1977	API Declaration art. 90	AP II 1977	AP III 2005	CRC 1989	Opt. Prot. CRC 2000	ICC Statute 1998	Hague Conv. 1954	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	Hague Prot. 1954	Hague Prot. 1999	ENMOD Conv. 1976			
Sudan	23.09.1957	07.03.2006		13.07.2006		03.08.1990	26.07.2005		23.07.1970								
Suriname	13.10.1976	16.12.1985		16.12.1985		01.03.1993											
Swaziland	28.06.1973	02.11.1995		02.11.1995		07.09.1995											
Sweden	28.12.1953	31.08.1979		31.08.1979		29.06.1990	20.02.2003	28.06.2001	22.01.1985	22.01.1985				27.04.1984			
Switzerland	31.03.1950	17.02.1982		17.02.1982	14.07.2006	24.02.1997	26.06.2002	12.10.2001	15.05.1962	15.05.1962	09.07.2004			05.08.1988			
Syrian Arab Republic	02.11.1953	14.11.1983		13.01.1993		15.07.1993	17.10.2003		06.03.1958	06.03.1958							
Tajikistan	13.01.1993	13.01.1993		13.01.1993		26.10.1993	05.08.2000	05.05.2000	28.08.1992	28.08.1992	21.02.2006			12.10.1999			
Tanzania (United Rep of)	12.12.1962	15.02.1983		15.02.1983		10.06.1991	11.11.2004	20.08.2002	23.09.1971								
Thailand	29.12.1954					27.03.1992	27.02.2006		02.05.1958								
The former Yugoslav Republic of Macedonia	01.09.1993	01.09.1993		01.09.1993		02.12.1993	12.01.2004	06.03.2002	30.04.1997	30.04.1997	19.04.2002						
Timor-Leste	08.05.2003	12.04.2005		12.04.2005		16.04.2003	02.04.2004	06.09.2002									
Togo	06.01.1962	21.06.1984		21.06.1984		01.08.1990	28.11.2005										
Tonga	13.04.1978	20.01.2003		20.01.2003		06.11.1995											
Trinidad and Tobago	24.09.1963	20.07.2001		20.07.2001		05.12.1991		06.04.1999									
Tunisia	04.05.1957	09.08.1979		09.08.1979		30.01.1992	02.01.2003		28.01.1981	28.01.1981				11.05.1978			
Turkey	10.02.1954					04.04.1995	04.05.2004		15.12.1965	15.12.1965							
Turkmenistan	10.04.1992	10.04.1992		10.04.1992		20.09.1993	29.04.2005										
Tuvalu	19.02.1981					22.09.1995											
Uganda	18.05.1964	13.03.1991		13.03.1991		17.08.1990	06.05.2002	14.06.2002									
Ukraine	03.08.1954	25.01.1990		25.01.1990		28.08.1991	11.07.2005		06.02.1957	06.02.1957				13.06.1978			
United Arab Emirates	10.05.1972	09.03.1983		06.03.1982		03.01.1997											
United Kingdom	23.09.1957	28.01.1998		17.05.1999		16.12.1991	24.06.2003	04.10.2001						16.05.1978			
United States of America	02.08.1955			08.03.2007										17.01.1980			
Uruguay	05.03.1969	13.12.1985		13.12.1985		20.11.1990	09.09.2003	28.06.2002	24.09.1999	24.09.1999	03.01.2007			26.05.1993			
Uzbekistan	08.10.1993	08.10.1993		08.10.1993		29.06.1994			21.02.1996								
Vanuatu	27.10.1982	28.02.1985		28.02.1985		07.07.1993	26.09.2007										
Venezuela	13.02.1956	23.07.1998		23.07.1998		13.09.1990	23.09.2003	07.06.2000	09.05.2005					26.08.1980			
Viet Nam	28.06.1957	19.10.1981		17.04.1990		28.02.1990	20.12.2001							20.07.1977			
Yemen	16.07.1970	17.04.1990		04.05.1995		01.05.1991	03.02.2007		06.02.1970	06.02.1970							
Zambia	19.10.1966	04.05.1995		19.10.1992		06.12.1991		13.11.2002									
Zimbabwe	07.03.1983	19.10.1992		19.10.1992		11.09.1990			09.06.1998								
Total	195	167	69	163	19	193	119	105	118	46	96	46	73				

Palestine. On 21 June 1989, the Swiss Federal Department of Foreign Affairs received a letter from the Permanent Observer of Palestine to the United Nations Office at Geneva informing the Swiss Federal Council "that the Executive Committee of the Palestine Liberation Organization, entrusted with the functions of the Government of the State of Palestine by decision of the Palestine National Council, decided, on 4 May 1989, to adhere to the Four Geneva Conventions of 12 August 1949 and the two Protocols additional thereto".

On 13 September 1989, the Swiss Federal Council informed the States that it was not in a position to decide whether the letter constituted an instrument of accession, "due to the uncertainty within the international community as to the existence or non-existence of a State of Palestine".

(*) **Niue.** As evidenced by paragraph 10(1) read together with sub-paragraph 10(3)(b) of New Zealand's 1958 Geneva Conventions Act adopted in anticipation of New Zealand's accessions (2 May 1959) to the Four Geneva Conventions Act 1958 (Published most recently in Niue Laws 2006, vol. 2, p. 877), bearing in mind the rule as expressed in Article 29 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, and following discussions with relevant authorities, the International Committee of the Red Cross considers that the 1959 New Zealand accessions cover the territory of Niue.

Country		Weapons												
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1995	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997		
Afghanistan	09.12.1986	26.03.1975									24.09.2003	11.09.2002		
Albania	20.12.1989	11.08.1992	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	12.05.2006	12.05.2006	11.05.1994	29.02.2000		
Algeria	27.01.1992	22.07.2001									14.08.1995	09.10.2001		
Andorra											27.02.2003	29.06.1998		
Angola	08.11.1990	29.01.2003									29.08.2005	05.07.2002		
Antigua and Barbuda	27.04.1989										02.10.1995	03.05.1999		
Argentina	12.05.1969	05.12.1979	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	02.10.1995	21.10.1998	21.10.1998	25.02.2004		02.10.1995	14.09.1999		
Armenia	07.06.1994										27.01.1995			
Australia	24.05.1930	05.10.1977	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	29.09.1983	22.08.1997	22.08.1997	03.12.2002	04.01.2007	06.05.1994	14.01.1999		
Austria	09.05.1928	10.08.1973	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	14.03.1983	27.07.1998	27.07.1998	25.09.2003	01.10.2007	17.08.1995	29.06.1998		
Azerbaijan		26.02.2004									29.02.2000			
Bahamas	26.11.1986											31.07.1998		
Bahrain	09.12.1988	28.10.1988									28.04.1997			
Bangladesh	20.05.1989	13.03.1985	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000		25.04.1997	06.09.2000		
Barbados	16.07.1976	16.02.1973									03.07.2007	26.01.1999		
Belarus	26.03.1975	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	13.09.2000	02.03.2004			11.07.1996	03.09.2003		
Belgium	04.12.1928	15.03.1979	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	07.02.1995	10.03.1999	10.03.1999	12.02.2004		27.01.1997	04.09.1998		
Belize		20.10.1986									01.12.2003	23.04.1998		
Benin	09.12.1986	25.04.1975	27.03.1989	27.03.1989							14.05.1998	25.09.1998		
Bhutan	19.02.1979	08.06.1978									18.08.2005	18.08.2005		
Bolivia	13.08.1985	30.10.1975	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001			14.08.1998	09.06.1998		
Bosnia-Herzegovina		15.08.1994	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	01.09.1993	11.10.2001	07.09.2000			25.02.1997	08.09.1998		
Botsswana		05.02.1992									31.08.1998	01.03.2000		
Brazil	28.08.1970	27.02.1973	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	03.10.1995	04.10.1999	04.10.1999			13.03.1996	30.04.1999		
Brunei Darussalam		31.01.1991									28.07.1997	24.04.2006		
Bulgaria	07.03.1934	02.08.1972	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	15.10.1982	03.12.1998	03.12.1998	28.02.2003	08.12.2005	10.08.1994	04.09.1998		
Burkina Faso	03.03.1971	17.04.1991	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003	26.11.2003		08.07.1997	16.09.1998		
Burundi											04.09.1998	26.10.2003		
Cambodia	15.03.1983	09.03.1983	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997	25.03.1997			19.07.2005	22.07.1999		
Cameroon	20.07.1989		07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006	07.12.2006			16.09.1996	19.09.2002		
Canada	06.05.1930	18.09.1972	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	24.06.1994	05.01.1998	05.01.1998	22.07.2002		26.09.1995	03.12.1997		
Cape Verde	15.10.1991	20.10.1977	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997	16.09.1997			10.10.2003	14.05.2001		
Central African Republic	31.07.1970										20.09.2006	08.11.2002		
Chad											13.02.2004	06.05.1999		
Chile	02.07.1935	22.04.1980	15.10.2003	15.10.2003					27.09.2007		12.07.1996	10.09.2001		
China	13.07.1952	15.11.1984	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	07.04.1982	04.11.1998	04.11.1998	11.08.2003		25.04.1997	25.04.1997		
Colombia		19.12.1983	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000			05.04.2000	06.09.2000		
Comoros											18.08.2006	19.09.2002		
Congo		23.10.1978										04.05.2001		
Congo (Dem Rep)		16.09.1975									12.10.2005	02.05.2002		
Cook Islands											15.07.1994	15.03.2006		

Country		Weapons										
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1985	CCW Prot. II a 1986	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Costa Rica		17.12.1973	17.12.1988	17.12.1988	17.12.1988	17.12.1988	17.12.1988	17.12.1988			31.05.1986	17.03.1999
Côte d'Ivoire	27.07.1970										18.12.1995	30.06.2000
Croatia	18.12.2006	08.10.1991	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	02.12.1993	25.04.2002	25.04.2002	27.05.2003	07.02.2005	23.05.1995	20.05.1998
Cuba	24.06.1966	21.04.1976	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987	02.03.1987			17.10.2007		29.04.1997	
Cyprus	12.12.1966	06.11.1973	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	12.12.1988	22.07.2003	22.07.2003			28.08.1998	17.01.2003
Czech Republic	16.08.1938	05.04.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	22.02.1993	10.08.1998	10.08.1998	06.06.2006	06.06.2006	06.03.1996	26.10.1999
Denmark	05.05.1930	01.03.1973	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	30.04.1997	30.04.1997	15.08.2004	28.06.2005	13.07.1995	08.06.1998
Djibouti			29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996	29.07.1996					25.01.2006	18.05.1998
Dominica	08.11.1978										12.02.2001	26.03.1999
Dominican Republic	08.12.1970	23.02.1973									06.09.1995	30.06.2000
Ecuador	16.09.1970	12.03.1975	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	04.05.1982	16.12.2003	14.08.2000				29.04.1999
Egypt	06.12.1928											
El Salvador		31.12.1991	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	13.08.2007	23.03.2006	30.10.1995	27.01.1999
Equatorial Guinea	20.05.1989	16.01.1989									25.04.1997	16.09.1998
Eritrea											14.02.2000	27.08.2001
Estonia	28.08.1931	21.06.1993	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	12.05.2003	18.12.2006	13.05.1996	17.12.2004
Ethiopia	07.10.1935	26.05.1975									20.01.1993	10.06.1998
Fiji	21.03.1973	01.10.1973										
Finland	26.06.1929	04.02.1974	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	08.05.1982	11.01.1996	03.04.1998	22.06.2004	23.03.2005	07.02.1995	
France	10.05.1926	27.09.1984	04.03.1988	04.03.1988	04.03.1988	18.07.2002	30.06.1998	23.07.1998	10.12.2002	31.10.2006	02.03.1995	23.07.1998
Gabon			01.10.2007								08.09.2000	06.09.2000
Gambia	05.11.1966	21.11.1991									19.05.1998	23.09.2002
Georgia		22.05.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	29.04.1996	14.07.2006				27.11.1995	
Germany	25.04.1929	07.04.1983	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992	25.11.1992	27.06.1997	02.05.1997	26.01.2005	03.05.2005	12.08.1994	23.07.1998
Ghana	03.05.1967	06.06.1975									09.07.1997	30.06.2000
Greece	30.05.1931	10.12.1975	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992	28.01.1992	05.08.1997	20.01.1999	26.11.2004		22.12.1994	25.09.2003
Grenada	03.01.1989	22.10.1986									03.06.2005	19.08.1998
Guatemala	03.05.1983	19.09.1973	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983	21.07.1983	30.08.2002	29.10.2001			12.02.2003	26.03.1999
Guinea											09.06.1997	08.10.1998
Guinea-Bissau	20.05.1989	20.08.1976										22.05.2001
Guyana											12.09.1997	05.08.2003
Haiti											22.02.2006	15.02.2006
Holy See	18.10.1966	04.01.2002	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	22.07.1997	09.12.2002	13.12.2005	12.05.1999	17.02.1998
Honduras		14.03.1979	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	30.10.2003	29.08.2005	24.09.1998
Hungary	11.10.1952	27.12.1972	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	14.06.1982	30.01.1998	30.01.1998	27.12.2002	13.11.2006	31.10.1996	06.04.1998
Iceland	02.11.1967	15.02.1973									28.04.1997	05.05.1999
India	09.04.1930	15.07.1974	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984	01.03.1984	02.09.1999	02.09.1999	18.05.2005	18.05.2005	03.09.1996	20/02/2007
Indonesia	21.01.1971	19.02.1992									12.11.1998	
Iran (Islamic Rep)	05.11.1929	22.08.1973									05.11.1997	15.08.2007
Iraq	08.09.1931	19.06.1991										
Ireland	29.08.1930	27.10.1972	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995	13.03.1995	27.03.1997	27.03.1997	08.11.2006	08.11.2006	24.06.1996	03.12.1997

Country		Weapons										
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1985	CCW Prot. II a 1986	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Israel	20.02.1969		22.03.1995	22.03.1995	22.03.1995	20.01.1995	30.10.2000	30.10.2000				
Italy	03.04.1928	30.05.1975	20.01.1995	20.01.1995	20.01.1995	20.01.1995	13.01.1999	13.01.1999	01.08.2004		08.12.1995	23.04.1999
Jamaica	28.07.1970	13.08.1975									08.09.2000	17.07.1998
Japan	21.05.1970	18.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	09.06.1982	10.06.1997	10.06.1997	10.07.2003		15.09.1995	30.09.1998
Jordan	20.01.1977	27.06.1975	19.10.1995	19.10.1995				06.09.2000			23.03.2000	13.11.1998
Kazakhstan											25.04.1997	23.01.2001
Kenya	06.07.1970	07.01.1976									07.09.2000	07.09.2000
Kiribati												
Korea (Dem. People's Rep.)	04.01.1989	13.03.1987									28.04.1997	
Korea (Republic of)	04.01.1989	25.06.1987	09.05.2001	09.05.2001			09.05.2001	13.02.2003			28.05.1997	30.07.2007
Kuwait	15.12.1971	26.07.1972									29.09.2003	
Kyrgyzstan		12.10.2004									25.02.1997	
Lao (People's Dem.)	20.05.1989	25.04.1973	03.01.1983	03.01.1983	03.01.1983	03.01.1983	11.03.1998	22.08.2002	23.04.2003		23.07.1996	01.07.2005
Latvia	03.06.1931	06.02.1997	04.01.1993	04.01.1993	04.01.1993						07.12.1994	02.12.1998
Lebanon	17.04.1969	26.03.1975									23.02.2006	23.12.1999
Lesotho	10.03.1972	06.09.1977	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	06.01.2004	
Liberia	17.06.1927		16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005	16.09.2005				
Libyan Arab Jamahiriya	29.12.1971	19.01.1982										
Liechtenstein	06.09.1991	06.06.1991	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989	16.08.1989	19.11.1997	19.11.1997	18.06.2004	12.05.2006	24.11.1999	05.10.1999
Lithuania	15.06.1933	10.02.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	03.06.1998	12.05.2003	29.09.2004	15.04.1998	12.05.2003
Luxembourg	01.09.1936	23.03.1976	21.05.1996	21.05.1996	21.05.1996	21.05.1996	05.08.1999	05.08.1999	13.06.2005	13.06.2005	15.04.1997	14.06.1999
Madagascar	02.08.1967										20.10.2004	16.09.1999
Malawi	14.09.1970										11.06.1998	13.08.1998
Malaysia	10.12.1970	06.10.1991									20.04.2000	22.04.1999
Maldives	27.12.1966	02.08.1993	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000			28.04.1997	07.09.2000
Mali		25.11.2002	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001			28.04.1997	02.06.1998
Malta	21.09.1964	07.04.1975	26.06.1995	26.06.1995	26.06.1995	26.06.1995	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	22.09.2006	28.04.1997	07.05.2001
Marshall											19.05.2004	
Mauritania												
Mauritius	12.03.1968	11.01.1973	06.05.1996	06.05.1996	06.05.1996	06.05.1996	24.12.2002				09.02.1998	21.07.2000
Mexico	28.05.1932	08.04.1974	11.02.1982	11.02.1982	11.02.1982	11.02.1982	10.03.1998				09.02.1993	03.12.1997
Micronesia									22.05.2003		29.08.1994	09.06.1998
Moldova (Republic of)		05.11.2004	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	06.09.2000	08.09.2000	16.07.2001	05.01.2005		21.06.1999	06.09.2000
Monaco	06.01.1967	30.04.1999	12.08.1997	12.08.1997	12.08.1997			04.05.1997			01.06.1995	17.11.1998
Mongolia	06.12.1968	14.09.1972	08.06.1982	08.06.1982	08.06.1982	08.06.1982	06.04.1999				17.01.1995	
Montenegro (Republic of)		23.10.2006	23.10.2006	23.10.2006	23.10.2006	23.10.2006			23.10.2006		28.12.1995	23.10.2006
Morocco	13.10.1970	21.03.2002	19.03.2002	19.03.2002	19.03.2002	19.03.2002	19.03.2002	19.03.2002			15.08.2000	25.08.1998
Mozambique												
Myanmar												
Namibia												
Nauru			12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001			24.11.1995	21.09.1998
											12.11.2001	07.08.2000

Country		Weapons										
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1985	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Nepal	09.05.1969										18.11.1997	
Netherlands	31.10.1930	22.06.1981	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987	18.06.1987	25.03.1999	25.03.1999	19.05.2004	18.07.2005	30.06.1995	12.04.1999
New Zealand	24.05.1930	18.12.1972	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993	18.10.1993	08.01.1998	08.01.1998		02.10.2007	15.07.1996	27.01.1999
Nicaragua	05.10.1990	07.08.1975	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	06.09.2007	15.01.1900	05.10.1999	30.11.1998
Niger	05.04.1967	23.06.1972	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992	10.11.1992	18.09.2007	18.09.2007	18.09.2007		09.04.1997	23.03.1999
Nigeria	15.10.1968	09.07.1973									20.05.1999	27.09.2001
Niue											21.04.2005	15.04.1998
Norway	27.07.1932	01.08.1973	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	07.06.1983	20.04.1998	20.04.1998	18.11.2003	08.12.2005	07.04.1994	09.07.1998
Oman	31.03.1992										08.02.1995	
Pakistan	15.04.1960	03.10.1974	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	01.04.1985	05.12.2000	09.03.1999			28.10.1997	
Palau		03.02.2003									03.02.2003	
Panama	04.12.1970	20.03.1974	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	26.03.1997	03.10.1999	16.08.2004		07.10.1998	07.10.1998
Papua New Guinea	02.09.1980	27.10.1980									17.04.1996	28.06.2004
Paraguay	22.10.1933	09.06.1976	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004	22.09.2004		22.09.2004			01.12.1994	13.11.1998
Peru	13.08.1985	05.06.1985	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	03.07.1997	14.02.2005		20.07.1995	17.06.1998
Philippines	08.06.1973	21.05.1973	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	15.07.1996	12.06.1997	12.06.1997			11.12.1996	15.02.2000
Poland	04.02.1929	25.01.1973	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	02.06.1983	23.09.2004	14.10.2003	15.08.2006		23.08.1995	
Portugal	01.07.1930	15.05.1975	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	04.04.1997	12.11.2001	31.03.1999			10.09.1996	19.02.1999
Qatar	18.10.1976	17.04.1975									03.09.1997	13.10.1998
Romania	23.08.1929	26.07.1979	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995	26.07.1995		25.08.2003	25.08.2003		05.11.1997	30.11.2000
Russian Federation	05.04.1928	26.03.1975	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982	10.06.1982	09.09.1999	02.03.2005			31.03.2004	08.06.2000
Rwanda	11.05.1964	20.05.1975									21.05.2004	02.12.1998
Saint Kitts and Nevis	27.04.1989	02.04.1991									09.04.1997	13.04.1999
Saint Lucia	21.12.1988	26.11.1986									27.09.2002	01.08.2001
Saint Vincent & Grenadine	24.03.1999	13.05.1999									10.12.1999	18.03.1998
Samoa											09.09.2003	31.03.2003
San Marino		11.03.1975									09.08.1998	
Sao Tome and Principe		24.08.1979									20.07.1998	24.09.1998
Saudi Arabia	27.01.1971	24.05.1972									20.04.2000	18.09.2003
Senegal	15.06.1977	26.03.1975	29.11.1999				29.11.1999	29.11.1999			07.04.1993	02.06.2000
Serbia (Republic of)	12.04.1929	13.06.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.03.2001	12.08.2003	12.08.2003	11.11.2003		30.09.2004	25.04.2001
Seychelles	11.10.1979	08.06.2000	06.06.2000	06.06.2000	06.06.2000	06.06.2000	30.09.2004	30.09.2004	30.09.2004		21.05.1997	
Sierra Leone	20.03.1967	29.06.1976	30.09.2004	30.09.2004							21.05.1997	
Singapore		02.12.1975									23.03.2006	27.10.1995
Slovakia	16.08.1938	17.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	28.05.1993	30.11.1999	30.11.1999	11.02.2004	23.03.2006	11.06.1997	25.02.1999
Slovenia		07.04.1992	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	06.07.1992	03.12.2002	03.12.2002		22/02/2007	27.10.1998	27.10.1998
Solomon Islands	01.06.1981	17.06.1981									23.09.2004	26.01.1999
Somalia												
South Africa	24.05.1930	05.11.1975	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	13.09.1995	26.08.1998	26.08.1998			13.09.1995	26.06.1998
Spain	22.08.1929	20.06.1979	28.12.1993	28.12.1993	28.12.1993	28.12.1993	19.01.1998	19.01.1998	09.02.2004	02.09.2007	03.08.1994	19.01.1999
Sri Lanka	20.01.1954	18.11.1986	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004	24.09.2004		19.08.1994	

Country		Weapons										
Country	Geneva Gas Prot. 1925	BWC 1972	CCW 1980	CCW Prot. I 1980	CCW Prot. II 1980	CCW Prot. III 1980	CCW Prot. IV 1985	CCW Prot. II a 1996	CCW Amdt 2001	CCW Prot. V 2003	CWC 1993	Ottawa Treaty 1997
Sudan	17.12.1980	17.10.2003									24.05.1999	13.10.2003
Suriname	06.01.1993										28.04.1997	23.05.2002
Swaziland	23.07.1991	18.06.1991									20.09.1996	22.12.1998
Sweden	25.04.1930	05.02.1976	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	07.07.1982	15.01.1997	16.07.1997	03.12.2002	02.06.2004	17.06.1993	30.11.1998
Switzerland	12.07.1932	04.05.1976	20.08.1982	20.08.1982	20.08.1982	20.08.1982	24.03.1998	24.03.1998	19.01.2004	12.05.2006	10.03.1995	24.03.1998
Syrian Arab Republic	17.12.1968											
Tajikistan		08.12.2004	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999	12.10.1999		18.05.2006	11.01.1995	12.10.1999
Tanzania (United Rep.of)	22.04.1963										25.06.1998	13.11.2000
Thailand	06.06.1931	28.05.1975									10.12.2002	27.11.1998
The former Yugoslav Republic of Macedonia		14.03.1997	30.12.1996	30.12.1996	30.12.1996	30.12.1996	19/03/2007	31.05.2005	11.07.2007	19/03/2007	20.06.1997	09.09.1998
Timor-Leste		05.05.2002									07.05.2003	07.05.2003
Togo	05.04.1971	10.11.1976	04.12.1995	04.12.1995	04.12.1995	04.12.1995					23.04.1997	09.03.2000
Tonga	19.07.1971	28.09.1976									29.05.2003	
Trinidad and Tobago	31.08.1962										24.06.1997	27.04.1998
Tunisia	12.07.1967	06.06.1973	15.05.1987	15.05.1987	15.05.1987	15.05.1987	23.03.2006	23.03.2006			15.04.1997	09.07.1999
Turkey	05.10.1929	04.11.1974	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005	02.03.2005		12.05.1997	25.09.2003
Turkmenistan		11.01.1996	19.03.2004	19.03.2004	19.03.2004			19.03.2004			29.09.1994	19.01.1998
Tuvalu											19.01.2004	
Uganda	24.05.1965	12.05.1992	14.11.1995	14.11.1995	14.11.1995	14.11.1995					30.11.2001	25.02.1999
Ukraine	07.08.2003	26.03.1975	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	23.06.1982	28.05.2003	15.12.1999	29.06.2005	17.05.2005	16.10.1998	27.12.2005
United Arab Emirates											28.11.2000	
United Kingdom	09.04.1930	26.03.1975	13.02.1995	13.02.1995	13.02.1995	13.02.1995	11.02.1999	11.02.1999	25.07.2002		13.05.1996	31.07.1998
United States of America	10.04.1975	26.03.1975	24.03.1995	24.03.1995	24.03.1995	24.03.1995	18.08.1998	18.08.1998			23.04.1997	
Uruguay	12.04.1977	06.04.1981	06.10.1994	06.10.1994	06.10.1994	06.10.1994	29.09.1997	29.09.1997		07.08.2007	06.10.1994	07.06.2001
Uzbekistan		11.01.1996	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997	29.09.1997			23.07.1996	
Vanuatu		12.10.1990									16.09.2005	16.09.2005
Venezuela	08.02.1928	18.10.1978	19.04.2005	19.04.2005	19.04.2005	19.04.2005		19.04.2005			03.12.1997	14.04.1999
Viet Nam	15.12.1980	20.06.1980									30.09.1998	
Yemen	17.03.1971	01.06.1979									02.10.2000	01.09.1998
Zambia											09.02.2001	23.02.2001
Zimbabwe		05.11.1990									25.04.1997	18.06.1998
Total	134	155	103	100	89	95	86	88	55	35	182	155

BIBLIOGRAFÍA

NOTICIA DE LIBROS

NOTICIA DE LIBROS

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández

LOPEZ RAMÓN FERNANDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO URBANÍSTICO. Marcial Pons. Madrid.2005. 208 Págs.

Este libro contiene una síntesis actual y con autorizados comentarios críticos en los que se identifican, con acierto y claridad, los problemas del derecho urbanístico español, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. En la obra se estudian también los elementos institucionales coincidentes así como aquellos otros en que hay ya tendencias divergentes. Asimismo, se aborda la distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales, el régimen de la ordenación del territorio, los contenidos de la ordenación urbanística sustantiva, el sistema de planeamiento, el estatuto jurídico de la propiedad urbanística, el desarrollo de la urbanización o la rehabilitación y de la gestión urbanística, la regulación de la edificación y el uso del suelo así como de la disciplina urbanística. Finalmente, es de significar que cada capítulo va acompañado de una rica y escogida selección bibliográfica, con cita abundante de legislación y jurisprudencia.

ANTONIO TRONCOSO REIGADA (Director). ESTUDIOS SOBRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. Thomson-Civitas Agencia de Protección de datos de la Comunidad de Madrid. 2006. 348 Págs.

Este libro recoge los trabajos presentados en el II Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos, organizado, al igual que el

Primero, por la Agencia de la Comunidad de Madrid. En dichos trabajos se aborda, por un lado, la independencia de las Agencias de Protección de datos, especialmente en lo que se refiere a la autonomía de personal, a la autonomía presupuestaria y a la autonomía organizativa y, por otro lado, diversas cuestiones que plantean la protección de datos personales y el registro de ficheros. Ambos temas se estudian no solo desde la perspectiva práctica de las autoridades de control sino también desde el ámbito de la investigación universitaria.

BLANCA LOZANO CUTANDA Y JUAN-CRUZ ALLI TURRI-LLAS. ADMINISTRACION Y LEGISLACIÓN AMBIENTAL. Dykinson S.L. Madrid, 2005. 298 Págs.

Este Manual contiene un compendio del Derecho Ambiental que, para su mejor comprensión por parte de los alumnos a los que va dirigido, viene precedido por tres Capítulos introductorios a cargo del Profesor Alli Turri-llas en los que se abordan conceptos básicos sobre el derecho, la distinción entre el derecho público y el privado, el ordenamiento jurídico administrativo y comunitario, así como el Estado y las Administraciones Públicas. Por lo que respecta a la parte sobre el Derecho Ambiental, la obra contiene un capítulo inicial de carácter introductorio y estudia, después, la intervención administrativa para la protección del medio ambiente mediante las técnicas de regulación, limitación y control así como las de incentivo económico, las inspiradas en la acción del propio mercado y en la planificación. También se estudian la evolución y los principios del derecho medioambiental en la Comunidad Europea, así como la participación y el acceso de los ciudadanos a la información. En los dos últimos Capítulos se abordan, respectivamente, las cuestiones derivadas del Protocolo de Kyoto y la represión administrativa y penal de los ilícitos ambientales.

RECENSIÓN DE REVISTAS

RECENSIÓN DE REVISTAS

José Leandro Martínez-Cardos Ruiz

SUMARIO

A) Cuestiones administrativas; B) Cuestiones de derecho internacional y humanitario de la guerra.

A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

En el número 16 de la *Revue française de droit administrative*, Arnaud Haquet publica un estudio sobre «*L'accès des femmes aux corps de l'armée*» a la vista de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 1999 (asunto C-273/97, Angela María Sirdar) y 11 de enero de 2000 (asunto C-285/92, Tanja Kreil y la República Federal de Alemania).

B) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En las actas de la reunión anual de la Asociación americana de Derecho Internacional (*Proceedings of the 100th annual meeting*, Washington, D.C., 2006), se publica una comunicación presentada por Julie Merthus, de la Universidad de Jamaica, sobre el «Terrorismo como ideología: bases para una intervención militar» (pág. 78 y ss.). Se da cuenta además de la

mesa redonda habida el 27 de marzo de 2006 con ocasión de la asamblea anual en la que se abordó la cuestión relativa a «civilismo y militarismo y su impacto en el derecho internacional», recogiendo las ponencias de Michael B. Carucci, Charles J. Dunlap, Jr y Deborah D. Avant. En todas ellas se pone de manifiesto cómo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América han reconocido a las Fuerzas Armadas como una «sociedad separada» desde el siglo XIX, lo que justifica que sus miembros estén sujetos a un *status* especial y tengan restringidos determinados derechos (Sentencia *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503-1986).

En el número 1 del *Journal of International Law* (enero de 2006), incluye diversos trabajos de David D. Caron («*War and international adjudication: reflections on the 1899 peace conference*», pág. 4 y ss.), Detlew F. Vagts («*The Hague Conventions and arms control*», pág. 31 y ss.), George H. Aldrich («*The laws of war on land*», pág. 42 y ss.), J. Ashley Roach («*The Law of naval warfare at the turn of two centuries*», pág. 64 y ss.), George H. Aldrich y Christine M. Chinkin («*A century of achievement and unfinished work*», pág. 90 y ss.) y Theodor Meron («*The Martens clause, principles of humanity and dictates of public conscience*»).

En la *Harvard Law Review*, número 7, del volumen 114 se insertan cuatro trabajos, dirigidos por Helen Hershkoff, intitulados: «The promises of international prosecution»; «Fair trials and the role of international criminal defense»; «Defining protected groups under the genocide convention» y «Corporate liability for violations of international human rights law».

El número 95 del *American Journal of International Law*, incluye diversos artículos publicados con ocasión del simposium celebrado sobre «Reconstrucción después de un conflicto civil». Payam Akhavan publica un artículo titulado «*Beyond impunity: Can International Criminal Justice prevent future atrocities*»; el de Lorna Mac Gregor tiene como rúbrica «*Individual Accountability in South Africa: Cultural optimum or potical facade?*». Los otros son los de Hansjörg Strohmeyer («*Collapse and reconstruction of a judicial system? The United Nations Mission in Kosovo and East Timor*»); el de Jennifer Widner, «*Courts and democracy in postconflict transitions: a social scientist's perspective on the African Case*»; el de Michael J. Matheson, «*United Nations Governance of post-conflict societies*»; el de Samuel H. Barnes, «*The Contribution of Democracy to Rebuilding postconflict societies*» y el de Allan Gerson, «*Peace building: The private sector's role*».

INFORMACIÓN

ENTREGA DEL PREMIO «JOSÉ FRANCISCO DE QUEROL Y LOMBARDERO» 2007

El 13 de junio de 2007 tuvo lugar, presidido por el Ministro de Defensa, el acto de entrega de los «Premios Defensa 2007», que habían sido convocados por Orden DEF/3598/2006, de 20 de noviembre (BOE 282, de 25 de noviembre).

Entre ellos, se procedió a la entrega del Premio «*José Francisco de Querol y Lombardero*», creado en 2003 en memoria del General del Cuerpo Jurídico y Magistrado del Tribunal Supremo del mismo nombre, y destinado a trabajos de «investigación sobre aspectos jurídicos relacionados con el ámbito de la defensa o de la Jurisdicción Militar, el Derecho Militar en general y particularmente los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario», como reza la orden de creación.

A esta cuarta edición se presentaron diecinueve artículos sobre las distintas materias jurídicas previstas en la convocatoria, todos de un gran nivel científico y marcado interés, confirmando así la difusión y el prestigio ya adquiridos por estos premios.

El Jurado encargado de otorgar el premio estuvo presidido por la Directora General de Relaciones Institucionales del Ministerio, D.^a Celia Abenza Rojo, e integrado, como Vocales, por D. José Jiménez Villarejo, ex-Presidente de las Salas Segunda y Quinta del Tribunal Supremo, D. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense, D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, General Consejero Togado, D. Federico Fernández de Buján, Catedrático de Derecho Romano de la UNED, D. Luis Rueda García, Fiscal del Tribunal Supremo y D. Antonio Mozo Seoane, General Consejero Togado y Director de la REDEM, actuando de Secreta-

ria D.^a Mercedes Batiste Iglesias, del Instituto Español de Estudios Estratégicos.

El trabajo premiado en la presente edición resultó ser el titulado «*La justicia militar española ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*», del que es autor D. Santiago Ripol Carulla, Profesor titular de la Universidad Pompeu Fabra, trabajo que abre el apartado de Estudios de este número de nuestra Revista.

El Consejo de Redacción de la Revista, a propuesta de su Director, ha considerado oportuno publicar en el presente número, además –como es preceptivo– del ganador, otros dos de los trabajos que concurrieron al Premio, en atención a su especial interés y actualidad: se trata de los titulados «*Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional: Tendencias (y algunas propuestas) expansivas*», de D. Francisco J. Sospedra Navas, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña y «*El delito de mobbing en el ámbito de las Fuerzas Armadas*», de D. Luis Lafont Nicuesa, Fiscal del TSJ del País Vasco.

CURSO: LA JURISDICCIÓN MILITAR: ÁMBITO Y COMPETENCIA

SEDE: Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia (Madrid)
FECHAS: 18 al 20 de junio de 2007.

CONTENIDO DOCENTE:

- Algunas consideraciones comunes al orden jurisdiccional penal ordinario y militar. Excmo. Sr. D. Ángel CALDERÓN CEREZO, Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.
- La Fiscalía Jurídico-Militar. Excmo. Sr. D. Benito José EGIDO TRILLO-FIGUEROA. Fiscal Togado.
- Atribución de competencia en delitos de resultado producido por culpa profesional en el ámbito militar. Teniente Coronel Auditor. D. Luís Alberto BALBONTÍN PÉREZ. Fiscalía Togada.
- Diseño constitucional de la jurisdicción militar. Excmo. Sr. D. Fernando HERRERO-TEJEDOR ALGAR.
- Conflictos entre jurisdicción ordinaria y militar: principales problemas procesales. Capitán Auditor. D. Adolfo LUQUE REGUEIRO. Fiscalía Togada.
- MESA REDONDA: • La agresividad moral y física en las relaciones de servicio de las instituciones militares. Excmo. Sr. General Auditor D. Jesús Fernando ORTEA SALAS. Fiscalía Togada. • Problemas competenciales en los delitos militares cometidos por paisanos. Teniente Coronel Auditor D. Francisco Luís PASCUAL SARRÍA. Fiscalía Togada. • La trascendencia de la relación jerárquica como

criterio de resolución de conflictos jurisdiccionales. Comandante Auditor D. Ángel TURIENZO VEIGA. Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Primero. • La protección penal de la mujer en las Fuerzas Armadas. Comandante Auditor D.^a Begoña ARAMENDÍA ROIDRÍ-GUEZ DE AUSTRIA. Fiscalía Togada.

- Los delitos cometidos en casos de presencia de tropas fuera del territorio Nacional. Teniente Coronel Auditor D. Eduardo REIGADAS LAVANDERO. Vocal Togado Tribunal Militar Territorial Primero.
- Fuerzas Armadas: institución o administración. Consecuencias jurídicas. Ilmo. Sr. D. José Alberto FERNÁNDEZ RODERA. Magistrado de la Sección 8.^a de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Entre los días 18 a 20 de junio de 2007, y dentro del Plan de Formación Extraordinario para Fiscales, tuvo lugar en la sede del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia en Madrid, el Curso: «La jurisdicción militar: ámbito y competencia».

El Curso, organizado por la Fiscalía General del Estado, en el Plan de Formación del Ministerio Fiscal, fue dirigido por el Fiscal Togado Excmo. Sr. D. Benito José Egido Trillo-Figueroa, asistiendo al mismo representantes del Ministerio Fiscal procedentes tanto de la Carrera Fiscal y como de la Fiscalía Jurídico-Militar; siendo la primera vez que en el Plan de Formación de los miembros de la Carrera Fiscal se realiza un curso referido a la jurisdicción militar.

En el desarrollo del programa se trataron diversos temas referidos a la jurisdicción militar, tanto desde el plano sociológico y administrativo, como desde el penal y procesal militar. Así los ponentes abordaron el diseño constitucional de la jurisdicción militar, su caracterización como jurisdicción u orden jurisdiccional y aspectos mejorables de su regulación buscando una mayor integración en el Poder Judicial, con críticas al sistema de escabinado y a la dependencia de quiénes integran la jurisdicción militar del Ministerio de Defensa; la naturaleza actual de las Fuerzas Armadas como administración o institución, y una crítica a su actual diseño y a la actual jurisdicción; la evolución y desarrollo actual de la Fiscalía Jurídico-Militar, dependencia, funciones y aspectos mejorables; el análisis de ciertas cuestiones de orden procesal que resultan comunes a ambas jurisdicciones; el análisis sociológico del acoso laboral en el ámbito de las jurisdicción militar, y la protección penal de la mujer en el ámbito castrense, así como la posible aplicación de la normativa de protección contra la vio-

lencia de género en las Fuerzas Armadas; constituyendo el núcleo del programa impartido el estudio particularizado de los problemas de competencia y los conflictos de jurisdicción que se producen entre la jurisdicción ordinaria y la militar; los problemas procesales en los conflictos de jurisdicción, tramitación, regulación defectuoso y especial referencia a los «conflictos mal formados»; el análisis pormenorizado de las reglas de atribución de competencia y el estudio de los conflictos en los delitos militares de resultado por culpa profesional, en especial contra la eficacia en el servicio y las resoluciones de la Sala del artículo 39 del Tribunal Supremo; los conflictos de jurisdicción entre la jurisdicción militar y la ordinaria en los delitos contra la disciplina y en los delitos militares cometidos por personal civil; la atribución competencial y conflictos surgidos de la presencia de las tropas españolas en operaciones militares fuera del territorio nacional, problemas prácticos y posibles soluciones;

Todas las ponencias y la mesa redonda contaron con numerosas intervenciones y aportaciones por parte de los participantes, que sirvieron para avanzar en el mutuo conocimiento de ambas jurisdicciones, y en especial, de la jurisdicción militar por los Fiscales de Carrera.

Francisco Luís Pascual Sarria

INFORMACIÓN DE LA EMEJ ENTREGA DE DIPLOMAS DE ESPECIALIDADES DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR

El pasado 19 de abril tuvo lugar en el Salón de Actos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos la entrega de los Diplomas en Derecho Penal Militar, Derecho Administrativo Militar y Derecho Internacional Militar a aquellos Oficiales Auditores que habían finalmente superado los respectivos Cursos de especialización convocados por Resolución 453/02031/05, de 2 de febrero.

Siguiendo el camino iniciado el año anterior, el acto se desarrolló, con un contenido puramente académico, íntegramente en la EMEJ, siendo presidido por el Asesor General del MINISDEF, el General D. Francisco Menchén Herreros, acompañándole en la mesa presidencial los Generales Auditores, Presidentes de los Tribunales de dos de las Especialidades, D. José Luis Fernández Fernández y D. Javier Mendoza Fernández, así como en representación del General Subdirector General de Enseñanza, el Capitán de Navío D. Carlos Rosety Fernández de Castro, Jefe del Área de Dirección y Programación Docente de la Subdirección General y el Coronel Interventor D. Carlos Bianchi Ardanaz en su condición de Jefe del Establecimiento donde se encuentra ubicada la EMEJ.

Además de los Diplomados, al acto acudieron, los Directores de las otras Escuelas de la Defensa y numerosos miembros del Cuerpo Jurídico. Con carácter previo al acto solemne de la entrega de Diplomas, fue pronunciada por el Coronel Director de la EMEJ una Conferencia de clausura de los Cursos en la que, tras ponderarse nuevamente la historia, prestigio y el alto nivel de exigencia requerido para la superación de los Cursos de especialización, se destacó la mayor trascendencia que en el futuro van

a tener dichos Diplomas en razón de lo que puede vislumbrarse en virtud de lo que al respecto se apunta por el Proyecto de la Ley de Carrera Militar en cuanto a la necesaria obtención de la oportuna especialización para los ascensos a los empleos superiores, animando finalmente a los Diplomados a que continúen con su labor investigadora sobre el Derecho Militar en sus diversas disciplinas.

En concreto, los nuevos Diplomados, según les había sido oportunamente reconocido tal condición por la consiguiente Resolución, fueron los siguientes Oficiales Auditores, con indicación del Título de sus tesinas correspondientes.

Derecho Penal Militar

Comandante Auditor

D.^a Begoña Aramendia Rodríguez de Austria

«La Fiscalía Togada»

Comandante Auditor

D.^a Rosario Herrera Abián

«La intermediación como garantía procesal»

Capitán Auditor

D. Fausto Manuel Blanco Alvarez

«Internet y la infracción Penal»

Capitán Auditor

D. Francisco Javier Gómez Docampo

«Potestad y competencia disciplinaria: Estudio de algunas cuestiones problemáticas»

Derecho Administrativo Militar

Teniente Coronel Auditor

D. Carlos Valdés Díaz

«Exposición y análisis crítico de algunos aspectos controvertidos del actual marco jurídico-legal del régimen del alumnado de los C. D. M. de Formación (Bases para un futuro «Estatuto del alumno» de la E.M. de Formación)»

Teniente Coronel Auditor
D. Jorge Marcelino Salvador Temprano
«Análisis Jurídico de la naturaleza militar de la Guardia Civil a lo largo de su historia»

Comandante Auditor
D. José Quetglas Jansa
«La protección social de los militares profesionales en los supuestos de insuficiencia temporal o definitiva de condiciones psicofísicas»

Comandante Auditor
D. Fernando B. del Val Estéban
«El derecho de reversión en el ámbito del Ministerio de Defensa. Especial consideración sobre la indemnización sustitutoria por imposibilidad de la restitución IN NATURA»

Capitán Auditor
D. Alberto Pérez Estéban
«Los acuerdos de la Administración: Los convenios de colaboración y las encomiendas de gestión»

Derecho Internacional Militar

Comandante Auditor
D. José María Sánchez Sánchez
«Mercenarios, empresas privadas y Derecho Internacional»

Capitán Auditor
D. Javier Palacios Blanco
«De la guerra de Irak»

Por último, es de reseñar que, previamente, les había sido convalidado el Curso de Derecho Internacional Militar a quienes se relacionan a continuación y en cuanto autores de las tesis doctorales cuyos títulos quedan asimismo reflejados:

General Consejero Togado
D. Fernando Pignatelli Meca
«La aplicación interna del Derecho Internacional Humanitario respecto a la protección de personas y bienes en caso de conflicto armado: aspectos jurídico-penales»

Capitán Auditor

D. Miguel Alía Plana

«La prohibición de uso de las armas productoras de daños superfluos y males innecesarios y su recepción en sede Penal Española: los artículos 70 del Código Penal Militar y 610 del Código Penal Ordinario. Especial referencia a las minas antipersonales»

Todos los trabajos reseñados se encuentran depositados en la Biblioteca de la EMEJ.