

JUSTICIA 96

NUMERO III-IV

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE
JOSÉ M^a ASENCIO MELLADO
M^a DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ
MANUEL J. CACHÓN CADENAS
JUAN DAMIÁN MORENO
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JUST FRANCO ARIAS
JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT
JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA
JUAN L. GÓMEZ COLOMER
FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO
NICOLAS GONZÁLEZ CUÉLLAR
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
ANTONIO M^a LORCA NAVARRETE
JOSÉ S. MARTÍN OSTOS
JUAN MONTERO AROCA
VÍCTOR M. MORENO CATENA
MANUEL P. ORTELLS RAMOS
ERNESTO PEDRAZ PENALVA
PABLO SAAVEDRA GALLO
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
JOSÉ L. VAZQUEZ SOTELO
JOAN VERGER GRAU



1996

JOSÉ MARÍA BOSCH EDITOR, S. L. – BARCELONA

«JUSTICIA 96»

ADMINISTRACION (suscripciones), José M.^a Bosch, Editor, S. L., Rosselló, 22
08029 Barcelona, Tel. (93) 419 77 50.

DIRECCION (originales, libros para reseñaciones), Dr. Francisco Ramos Méndez,
Paseo de Gracia 92, 08008 Barcelona. Tel. (93) 48 11 12. Fax (93) 487 35 62.

Todos los originales deben ser enviados con soporte informático.

INDICE

<i>Bienvenidos ciudadanos jurados</i>	487
1. EN ESTRADOS	
<i>Los títulos ejecutivos: presente y futuro</i> , por Francisco Ramos Méndez	489
2. DACIONES DE CUENTA	
<i>La disolución anticipada del jurado</i> , por Joan Verger Grau	507
<i>Acción popular y proceso penal militar</i> , por Jaume Solé Riera	513
<i>La interceptación legal de las telecomunicaciones en la Unión Europea</i> , por Manuel Manzano Sousa.....	539
3. DESPACHO ORDINARIO	
<i>La ampliación de informe pericial ordenada como medida para mejor resolver no requiere ratificación del perito. No hay indefensión si el recurrente no hizo uso de la oportunidad conferida para denunciar el vicio que después invoca en casación</i> , por Alex Carocca Pérez	657
<i>Aplicación de doctrina del abuso del derecho para tener por completada la legitimación activa de los demandantes. Improcedencia de la apreciación de litisconsorcio activo necesario</i> , por Alex Carocca Pérez	661
<i>Tribunales ordinarios y Tribunales militares. Comentario a la STC 113/1995, de 6 de julio de 1995</i> , por Virginia Pardo Iranzo	665
4. COMISIONES ROGATORIAS	
<i>El Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes perpetrados en Ruanda</i> , por Ana María Ríos Cabrera	677
5. EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS	731
	485

© 1996, José M.^a Bosch, editor, S. L.
Rosselló, 22 - 08029 Barcelona

Depósito legal: B. 2.016-1996
ISSN: 0211-7754

Printed in Spain/Impreso en España por
COMGRAFIC / EDIM

BIENVENIDOS CIUDADANOS JURADOS

Vienen precedidos por la propaganda a todo trapo. Se ha llamado al pueblo a administrar justicia. Se les ha prometido protagonismo, gloria, civismo, e incluso compensación económica.

Bien está. Pero hay que aspirar a que las promesas no se queden sólo en la oferta publicitaria. Ahora hay que exigir y apostar por la institución.

Se va a comenzar con el rodaje de algo de nuevo cuño. Las expectativas no hay que enjuiciarlas negativamente. Pero hay que advertir que la tarea exige un profundo cambio de actitudes por parte de los profesionales de la justicia. Sin duda es el reto. Hay que asumir que no se van a poder desplazar responsabilidades a los ciudadanos que van a traspasar los umbrales de la administración de justicia para convertirse en Tribunales. Llegan vírgenes al estrado. Su bagaje apenas va más allá de lo que hasta ahora ha sido el mensaje de presentación. Ofrecen disponibilidad y poco más. Queda la letra pequeña: el día a día, la infraestructura, las colas, la espera, la mística de los ritos. Oficiante de las ceremonias no va a ser sólo el Magistrado-Presidente. Este bastante tiene con cargarse de paciencia y disponer de todo el tiempo del mundo. El Ministerio Fiscal y los abogados tienen mayores responsabilidades a la hora de poner en marcha la institución. Deben ante todo ajustar sus modales al nuevo entorno. Han de repasar los recovecos del lenguaje para comunicar con ciudadanos normales. En suma, tienen que ponerse en la piel de los ciudadanos jurados.

Tenemos el vicio arraigado de esperar que la mayor parte de estos problemas estén de antemano solucionados por la ley. Y claro, así resultan los chascos. Desde luego, la inserción en el sistema procesal penal de la figura del Jurado va a exigir ante todo grandes dosis de sentido común, de organización, e incluso de improvisación. A priori, no se puede descalificar ninguno de los esfuerzos prometidos. ¡Bienvenidos pues ciudadanos jurados!

FRANCISCO RAMOS

LOS TÍTULOS EJECUTIVOS: PRESENTE Y FUTURO(*)

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

I. LOS TÍTULOS EJECUTIVOS EXTRAJUDICIALES Y SU EJECUCIÓN

1. *Fundamento*

Examinemos ante todo cual es el panorama de nuestros títulos ejecutivos extrajudiciales. Por un lado se sabe, y esto es un lugar común, que los títulos ejecutivos obedecen a criterios de política legislativa. No de otra forma se puede calificar el que la Ley en unos casos concretos y determinados diga «estos títulos llevan aparejada ejecución» y en otros eso no ocurra. Eso es un privilegio que se dice que está destinado a garantizar la seguridad del tráfico. Hay una cierta verdad en esa afirmación. La seguridad del tráfico no está en el título realmente. La seguridad del tráfico está en que lleva aparejada ejecución, es decir, en la promesa de acción ejecutiva. Si la seguridad del tráfico se resolviera exclusivamente en el título, no se explica por qué instituciones sustantivas solventísimas y todo el capítulo de garantías que construye el Derecho civil, no es operativo por sí mismo. Algo pasa

(*)Transcripción de mi intervención en el coloquio sobre *El proceso* ejecutivo y su reforma, organizado por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Servicio de Estudios, en Madrid, el 12 de junio de 1995.

y algo ocurre para que esa seguridad del tráfico se mida precisamente en la vía procesal. Lo importante para una entidad financiera, lo importante para un particular, es asegurarse la vía ejecutiva, es asegurarse que su documento lleve aparejada ejecución.

Con ello se dice que se facilita el crédito. Es cierto. Ayer oí una polémica en un programa de televisión de máxima actualidad. Al parecer, en un juicio ejecutivo por una deuda de ínfimo valor se subastó la primera vivienda de una familia humilde. A consecuencia de ello, se la desahucia y por lo tanto llega un momento en que la expulsan de la vivienda. La familia, por supuesto, echaba pestes del sistema y tenía toda la razón humana de sentirse aplastada por el peso del juicio ejecutivo. Representantes de las asociaciones vecinales decían que había que considerar la posibilidad de que la primera vivienda sea inembargable. Luego hablaba el representante de las entidades de crédito y decía «—Bueno, es muy fácil. Uds. atribuyan la condición de inembargable a una vivienda y se acabó el crédito. No hay créditos, no hay hipotecas y por tanto olvídense ... seguirán viviendo debajo del puente porque nunca tendrán acceso a una vivienda.»

El tema me hizo reflexionar porque era, y es, una anécdota que seguramente es extrema. Lo que ocurre siempre con las anécdotas es que se potencian a categorías generales. Llegan a la opinión pública estos casos extremos y eso nos hace perder la perspectiva de lo que es el resto del juicio ejecutivo.

2. El cuadro legal de títulos ejecutivos

Si repasamos el cuadro que nos ofrece nuestro derecho positivo en cuanto a títulos ejecutivos, la conclusión tiene que ser risueña. Nuestro derecho es pródigo en títulos ejecutivos. Es riquísimo en materia de títulos ejecutivos. Una comparación con lo que ocurre en el resto de ordenamientos de la Unión Europea es clarificadora al respecto. En muchos países se cuentan con los dedos de una sola mano los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales. Una sola mano y me sobran probablemente, en algunos países, la mitad de esa mano. ¿Por qué? Se está pensando que un título ejecutivo es algo que ni siquiera requiere intervención judicial. Si ese título es ejecutivo, una vez reconocido ese carácter, se le provee de lo que se denomina una *cláusula con fuerza*

ejecutoria, un especie de sello, un cuño que dice que el título tiene fuerza ejecutoria y la vía jurisdiccional se olvida. Se acude directamente a los órganos de ejecución y, en muchos casos, a profesionales de la ejecución.

Por lo tanto, «título ejecutivo» es prácticamente sinónimo de no intervención jurisdiccional. Eso explica que los ordenamientos extranjeros sean restrictivos a la hora de crear títulos y a la hora de reconocer esa fuerza ejecutiva a determinados documentos. No es el caso, como digo, de nuestro Derecho. Nuestro Derecho es pródigo, pero, por el contrario, esa prodigalidad inicial, esa facilidad en la existencia y en el reconocimiento de títulos ejecutivos va acompañada de la exigencia de intervención jurisdiccional para hacerlos valer. Los títulos ejecutivos se hacen valer como muy bien sabemos en el juicio ejecutivo.

Repasemos un poco más atentamente el cuadro. No se reduce el panorama de los títulos ejecutivos exclusivamente a los previstos en el artículo 1429 LEC. Ahí hay siete ordinales y cada uno de los siete ordinales da lugar a una serie importante de títulos ejecutivos. Pero, además de éstos, tenemos, por ejemplo, otra serie de títulos ejecutivos en apremio en negocios de comercio, también regulados en la LEC. Tenemos toda la serie de títulos hipotecarios, que no por el hecho de estar en la Ley Hipotecaria dejan de ser títulos ejecutivos puros. Existe también una cuenta jurada de Abogados y Procuradores, que probablemente es el título ejecutivo más expeditivo que existe en nuestro Derecho. Incluso, en otros ámbitos, como es en materia de seguro obligatorio de automóviles y en otras ramas del seguro, existen algunos títulos específicos previstos en disposiciones especiales. En números redondos, necesitamos más de las dos manos para contar el elenco de títulos del que disponemos.

Esto, como digo, es una riqueza. Será que los ciudadanos latinos somos propensos a este tipo de figuras de ejecución, rápida y drástica. Será que este tipo de figuras drásticas son una forma de meter en cintura al carácter latino para no andarse con bromas. Probablemente.

3. Frecuencia de uso

Si uno atiende al criterio de frecuencia de uso en el abanico que disponemos, uno pudiera pensar que la frecuencia de uso viene dada

por la facilidad de creación del título. Veremos que no es exactamente así. La realidad nos va a demostrar que no siempre los títulos más fáciles son los títulos que realmente tienen mayor prodigalidad en la vida real. Aquéllos, en cambio, que tienen una eficacia mayor son los que van a llevarse la palma, aunque en su creación exista algún tipo de intervención pública. Si uno pretende hacer una clasificación intuitiva, (no dispongo de estadísticas, las estadísticas oficiales no distinguen el ordinal en el cual se fundan los juicios ejecutivos y por lo tanto nos pueden fallar las apreciaciones, esta apreciación mía es puramente personal), creo que el orden de frecuencia de estos títulos sería el siguiente:

- a) Las pólizas originales de contratos mercantiles, es decir el 1429 LEC, N° 6;
- b) Los títulos cambiarios, o sea, letras, pagarés y cheques;
- c) Los títulos hipotecarios, seguramente a la par que los títulos cambiarios;
- d) Los títulos derivados del contrato de seguro, sobre todo en materia de seguro obligatorio de automóviles.

Esto es la frecuencia real, la frecuencia de la práctica, de tal manera que algunos de los otros títulos que están en nuestra Ley probablemente sean simbólicos. Algunos de ellos probablemente sean figuras residuales. Algunos de ellos, confieso que nunca he tenido ocasión de utilizarlos en la práctica profesional y si hay alguna persona en la sala que tenga la experiencia contraria, le ruego me lo indique. Me refiero, por ejemplo, a la confesión de deuda recogida en el art. 1429 LEC, la confesión de deuda realizada ante Juez competente para despachar la ejecución. En cambio, hay otros, como los documentos privados reconocidos ante Juez competente, que, en contadas ocasiones y con deudores no advertidos o no asesorados debidamente por sus abogados, tienen una cierta «chance» de convertirse en títulos ejecutivos.

4. Proyección del título en el juicio ejecutivo

La importancia del título y la frecuencia de uso deriva, como decía al inicio de esta intervención, de la proyección del título ejecutivo en un juicio jurisdiccional, en una actuación judicial. Lo drástico de esta actuación jurisdiccional y lo característico de la misma, más allá de

toda polémica doctrinal, es que, presentado el título, se despacha ejecución *inaudita parte* y se embargan los bienes del deudor. Son tres actos que se suceden en nuestro Derecho a una velocidad de vértigo, a una velocidad que ya quisiera para sí cualquier ordenamiento comunitario. Ninguno es tan drástico como nuestro ordenamiento. Cuando algunas veces explico los plazos que rigen en materia de juicio ejecutivo, todo el mundo se queda admirado de que el deudor español soporte este tipo de actuaciones tan drásticas. Repito: presentación del título, despacho de ejecución *inaudita parte* y embargo. De tal manera que la primera notificación que recibe un deudor de un juicio ejecutivo es posterior al embargo: la citación de remate. Y aquí sí que se le abre el cielo y la tierra para que tome una decisión drástica. No puede dormirse en los laureles. Tiene tres días para anunciar su oposición. Mayor franqueza, mayor rapidez no se puede pedir de cualquier actuación judicial.

Sin duda esta característica, que está en la mente de cualquier entidad financiera y de cualquier particular que pueda tener acceso al título ejecutivo, es lo que justifica su éxito, y es lo que justifica que el juicio ejecutivo sea un juicio que ningún abogado valora negativamente. Ni siquiera desde el punto de vista de los deudores. Mal que bien, el sentimiento, —y apelo a lo que se veía ayer en el programa de televisión— la opinión de los jueces que intervenían en el propio programa era de que, al fin y al cabo, el deudor, según los conceptos clásicos, tiene que pagar y está para pagar. El concepto del deudor significa persona obligada al pago. Por lo tanto, que el deudor incumple, que se le haga pagar, que se le haga cumplir a través de una vía ejecutiva, ¡faltaría más! Lo demás sería atentar contra los principios, ya no sólo del Derecho procesal, sino también probablemente del Derecho sustantivo.

5. Reticencias producidas sobre su uso

Sin embargo, en los últimos tiempos, a pesar de esta valoración en conjunto positiva de todo el juicio ejecutivo, han surgido algunas reticencias. ¿Serán demasiado drásticos estos juicios? ¿Actuará nuestra ejecución realmente como una apisonadora que aplasta a cualquier tipo de deudor sin consideraciones? Aparte de esta reflexión de tipo

general, se han planteado problemas muy concretos en dos casos: en el tema de la liquidez o liquidación de títulos ilíquidos, (y ahí está el problema de las pólizas, sobre todo de las pólizas de crédito), y en otro momento con posterioridad a la subasta que se realiza en el seno de un juicio ejecutivo. El hecho de que el que concurre a la subasta, el mejor postor, vaya a una subasta, compre y no se lleve lo que se ha comprado, no se lo lleve puesto, por decirlo así, sino que tenga que entrar en un problema de plazos, es un problema del que nadie sabe nada y en el que, a veces, nadie sabe si se lo podrá llevar o no. Me refiero sobre todo al problema de los arrendatarios y ocupantes, en los casos en que los bienes inmuebles subastados están en esa situación.

Evidentemente, estos dos problemas han adquirido un eco realmente importante en los últimos años debido precisamente a la intervención del Tribunal Constitucional y probablemente debido a su doctrina. Sin embargo, se ha perdido de vista la percepción relativa. Son casos puntuales. Son los casos extremos. No son la masa. En un tanto por ciento muy elevado, los juicios ejecutivos funcionan con normalidad y no se plantea ninguno de estos problemas. Pero basta que se hayan planteado casos extremos y casos puntuales para que alguna reticencia sobre su uso haya adquirido este rango de importancia que les ha llevado al Tribunal Constitucional y que éste haya tenido que pronunciarse, no con toda la fortuna o claridad de doctrina que sería de desear.

II. LA CREACIÓN DE TÍTULOS EJECUTIVOS

Voy a tratar de examinar un poco más la problemática de tipo práctico que se plantea en materia de los títulos ejecutivos actuales, en dos aspectos: uno, el relativo a la creación de estos títulos ejecutivos y el otro, el relativo a su ejecución.

1. Categorías

El primer aspecto que voy a abordar es el de la creación de los títulos ejecutivos. Si repasamos los cuadros de títulos de que dispone-

mos, podríamos distinguir probablemente varias categorías. Hay títulos que podríamos llamar puramente *privados*, en los cuales las partes solas, sin auxilio de absolutamente ninguna figura ni pública, ni institucional, ni financiera, ni económica, los pueden crear. En esta situación, por ejemplo, están los títulos cambiarios. Estos, básicamente, están al alcance de la voluntad exclusiva de las partes. Rellenar una letra, rellenar un cheque, rellenar un pagaré, es algo para lo cual las partes no necesitan contar absolutamente con nadie. Seguramente son el caso límite, el caso más extremo.

Ninguna de las otras categorías de que disponemos está en esta situación. Hay, eso sí, títulos privados, que, de alguna manera, necesitan para ganar fuerza ejecutiva de algún tipo de *intervención*. No me refiero exclusivamente a la intervención del Corredor de Comercio, sino a algún tipo de intervención que puede ser jurisdiccional. Pensemos, por ejemplo, en los documentos privados. Los documentos privados, reconocidos ante el Juez competente, tienen fuerza ejecutiva. Sí, son títulos privados, pero necesitan de ese reconocimiento ante el Juez competente. Exigen una actuación jurisdiccional. Este tipo de intervención seguramente es la máxima, porque exige acudir a un Juzgado previamente, antes de promover el juicio ejecutivo. Hay otros, en cambio, que, sin la intervención judicial, con una intervención de fedatario público, por sí solos se convierten en ejecutivos, a veces con algún documento complementario.

Por mi parte, he preferido clasificar todo este tipo de títulos que requieren la intervención de fedatario público dentro de una tercera categoría de títulos que podíamos denominar *públicos* y que son la mayoría de los restantes. Evidentemente, estos títulos públicos no son tan fáciles de crear como la categoría que he señalado en primer lugar, pero sí que son operativos en la práctica y son sin duda los más usuales. Ya he dicho al principio que, según mi opinión particular, de lo que resulta de la experiencia, probablemente son los *best-sellers* de los títulos ejecutivos. Se ha revelado que la intervención de profesionales de la fe pública, y particularmente de los Corredores de Comercio, es lo suficientemente ágil como para no entorpecer el tráfico, es lo suficientemente, digamos, económica, barata, para que el coste no sea disuasorio, no sea como un impuesto más que grava la operación, y todo eso, quiera que no, ha contribuido a la eclosión y al éxito del sistema.

2. La utilización de los títulos ejecutivos públicos

Cada una de estas categorías pudiera merecer un enjuiciamiento sobre las ventajas o los inconvenientes que suscita su creación, pero me voy a centrar exclusivamente en los títulos públicos. Los títulos privados, evidentemente, entran dentro de la esfera pura de la autonomía de las partes y éstas, si los utilizan, están en su perfecto derecho y por lo tanto ahí no hay ninguna restricción. Me voy a entretener un poco más en las facilidades o en las dificultades que suscita la utilización de títulos públicos, cuando se requiere la intervención de alguna institución o de algún fedatario.

Aquí hay dos opciones. Se podría establecer legislativamente un control más riguroso de título. Eso no comportaría en principio una reforma procesal. La normativa procesal, lo que hay que hacer es tocarla las menos veces posibles. Cada vez que se tocan las leyes procesales, normalmente, los resultados no son muy halagüeños. Probablemente, en el ámbito sustantivo se podrían tipificar y regular con mayor detalle los títulos ejecutivos, entre ellos, todos esos que son objeto de polémica. Definir con claridad lo que es la apertura de crédito en cuenta corriente, definir todos los contratos bancarios, porque, que yo sepa, son de las figuras de más uso en la práctica y de menos regulación legislativa en los códigos al uso, es decir, allí donde los juristas van a buscar las reglas de juego. Por lo tanto, uno podría decir «-¡ojo!, el legislador, olvídense de lo procesal y regule Ud. los títulos en lo sustantivo que es lo que no ha hecho.»

De todas formas pueden surgir algunas reticencias al respecto. Reconozco que, probablemente, los contratos bancarios necesitan una mejor regulación. Pero soy reacio a que se quiera atornillar tanto la tipicidad de los títulos ejecutivos hasta hacerlos rígidos, impracticables porque ello produciría una retracción del crédito. En el mismo momento en que una entidad de financiación no cuente con un título seguro y la seguridad es que lleve aparejada ejecución, que no haya dudas al respecto, en ese mismo momento, no lo usa. ¿Qué ocurre? Estamos trasladando este control de la regularidad del título no a la vía legislativa, sino a la vía judicial. Es el Juez el que caso por caso, en el momento de despachar la ejecución, de ahí la importancia de esta actividad, puede y debe controlar la regularidad del título. Este control judicial a posteriori me parece suficientemente correcto y válido para

no entorpecer el tráfico. Desde luego, si hacemos un balance de lo que ocurre en la práctica judicial, no creo que haya que calificar negativamente la labor jurisdiccional en el enjuiciamiento y despacho de los títulos ejecutivos, inclusive los más polémicos.

Hay casos punta. Hay casos anecdóticos. Les podría contar ahora miles de ellos, entre ellos uno reciente, en el cual un Juzgado se empeñó en despachar la ejecución sólo por el nominal de la póliza, sin incluir intereses. Para que les voy a explicar que eso es una doctrina pacífica, que los intereses también van incluidos en el título ejecutivo y que por tanto la ejecución se despacha no sólo por el nominal del título, sino también por los intereses que genera. Pero son casos anecdóticos, una golondrina no hace verano y que haya alguna discrepancia de este estilo no me preocupa, porque para eso están los recursos y los propios controles jurisdiccionales internos para evitarlo.

3. Facilitación y simplificación de títulos ejecutivos privados

Por lo que respecta a títulos privados en general, seguramente habría que ir a facilitar y simplificar la creación de los mismos. Aquí, como se sabe, hay dos opciones y vamos a definir las claramente. Hay una que está de moda y que es una importación de figuras vigentes en otros ordenamientos, próximos a nosotros, del ámbito comunitario sin duda, que es lo que se denomina el procedimiento *monitorio*. La misión de este procedimiento es la de crear con rapidez un título ejecutivo, cuando, requerido de pago un deudor en base a algún documento privado, alguna factura, emitida regularmente de acuerdo con la normas contables empresariales, por ejemplo, no hay contradicción. Es decir, el deudor no se opone, no contradice el crédito, ni anuncia su intención de convertir en contencioso ese procedimiento. Si la anuncia, basta la mera voluntad de decir «-va a haber contradicción, me voy a oponer-» para que ese procedimiento monitorio fracase, es decir, se de por terminado y se reenvía a las partes a la vía ejecutiva. Ese procedimiento está de moda en cada uno de los ordenamientos europeos y que posiblemente cumple una función de descargar la Administración de Justicia de algún tipo de actuaciones. ¿Por qué? Porque este tipo de procedimientos están todos impresos, disponibles en un gran almacén, en un estanco. Se envía a través de una oficina

judicial, incluso por correo directamente, queda constancia simplemente del envío, y si no hay oposición, la vía judicial ya no interviene. Se crea así un título ejecutivo, como he dicho, y se sale de la vía judicial. Se va directamente al ejecutor.

Seguramente los deudores latinos no se dejarían amedrentar por un juicio monitorio clásico, al estilo de los países anglosajones. Pensemos en la idiosincrasia del deudor latino. El deudor latino, cuando se le explica que, con su simple oposición «—me opongo, no quiero, lo voy a contradecir—», basta, que eso le aborta la creación del título ejecutivo, seguramente lo haría y utilizaría esta vía obstructiva. No soy dado por mi parte a importar demasiadas novedades, porque lo curioso es que en nuestro propio ordenamiento tenemos algún método que hay que potenciar. Tenemos alguna solución que ya está ahí prevista en la propia Ley. Lo que pasa es que el desarrollo y la distribución de oportunidades, tal como está prevista en este momento en la Ley, se ha revelado ineficaz para deudores avisados. Me refiero, claro está, a aquellas diligencias preparatorias del juicio ejecutivo reguladas en los arts. 1430-1.434 LEC. Imaginemos la anécdota, lo que ocurre en la realidad. Estos títulos son documentos privados cuya firma se reconoce ante un Juez competente para despachar la ejecución. Por lo tanto, yo presento mi documento privado, la factura, el recibo, el contrato, cualquier documento privado, sin restricciones, el Juez cita al deudor, es lo único que tiene que hacer, y le llama para que venga a reconocer la firma. La Ley ya preve que, a la segunda citación si no viene, el título se convierte en ejecutivo. Es decir, la incomparecencia convierte el título en ejecutivo. Se interpreta que esa actitud pasiva supone admitir la bondad del título ejecutivo. Si viene el deudor, se le pone en el dilema de reconocer o no reconocer la firma. Si la niega rotundamente, entonces se le pide reconocer la deuda. Y si su postura es reticente o la niega también, entonces se aborta la ejecución y ahí se termina.

¿Qué ocurre? Los deudores latinos y los deudores españoles en este caso son muy listos y, debidamente asesorados por sus abogados, cuando se promueve una de estas diligencias y llega la citación, vienen. ¿Cómo no van a venir? La incomparecencia determinaría la conversión del título en ejecutivo. Pero cuando les preguntan si la firma es o no es suya, niegan a su padre, o los más cautos dicen «—en este momento no puedo reconocerla, no lo puedo asegurar—». ¿Y qué pasa? La Ley no preve ahí ningún mecanismo para seguir un poco más allá. Probable-

mente haya que cambiar el orden de actividades. Había que realmente convertir este mero reconocimiento de firma en algo más, en la pura imagen de lo que es el procedimiento monitorio en otros países. Ya no es el simple reconocimiento de firma. Ud. reconoce el documento, reconoce el contrato al que se refiere, porque puede estar firmado o no en el tráfico moderno. Reconoce o no reconoce la deuda y sólo cuando hay una negativa clara, invirtiendo un poco la distribución de oportunidades de la Ley, en ese caso, se aborta el juicio ejecutivo. Por lo tanto, yo creo que aquí hay que ir a simplificar, hay que ir a facilitar, pero no se puede abortar la creación del título por la mera duda, por la mera excusa del deudor, que se escabulle diciendo que no sabe si es o no es la firma suya.

Probablemente a ello ayudaría el introducir con carácter potestativo un requerimiento de pago, lo mismo que se ha hecho con los títulos ilíquidos. En fin, esto es lo que da de sí la creación de títulos ejecutivos valorando un poco su situación real.

III. LA EJECUCIÓN

Veamos ahora qué es lo que da de sí la ejecución de estos títulos. De entrada, me voy a fijar prácticamente en los dos momentos previos —en el despacho de la ejecución y en la posible oposición al título ejecutivo— muy brevemente, porque ya he dicho que, en mi opinión, el juicio ejecutivo funciona razonablemente bien.

1. El despacho de la ejecución

Había un máxima romana que decía: *De minimis non curat pretor*. No sé por qué las reclamaciones civiles, de cuantía inferior a 50.000,- pts., no tienen acceso al juicio ejecutivo. No sé por qué se castiga precisamente a las reclamaciones más modestas. No encuentro ninguna razón, ni lógica, ni de política legislativa. Se me dirá que para estas reclamaciones mínimas está previsto un juicio verbal con un embargo preventivo automático. No veo por qué, sobre todo si uno atiende a

estos intereses tutelables de las reclamaciones más modestas, no se suprime este mínimo de acceso, y se franquean las puertas del juicio ejecutivo a cualquier reclamación.

Se ha discutido en abundancia, y así lo ha puesto de relieve el anterior expositor, sobre el despacho de ejecución de los títulos ilíquidos. Ya he dicho que, en mi opinión, es suficiente la existencia de ese control judicial previo. Aquí voy a añadir dos matices. Seguramente si uno repasa las pólizas de crédito, en general todas las pólizas bancarias, e incluso las escrituras de hipoteca, convendrán conmigo en que las cláusulas más largas, las más complejas, las más ininteligibles para el común de los mortales, entre los cuales me incluyo, son las relativas a los intereses. De tal manera que, en estos momentos, tanto las pólizas como las propias escrituras de hipoteca, dedican páginas enteras (las pólizas porque están en letra pequeña, pero las escrituras de hipoteca como están en letra del cuerpo 12 notarial siempre son varias páginas) a explicar lo que son los intereses normales, lo que son los intereses moratorios, lo que son los períodos de los intereses, lo que son los TAE, cómo se liquidan, etc. Al final algo hay que hacer. Seguramente se ha hecho bastante en los últimos años al obligar a las entidades de financiación a introducir cláusulas que dijese por lo menos las reglas de juego, las reglas de cálculo. Falta por dar otro paso. Falta por traducirlas a un lenguaje inteligible para el común de los mortales. Se podría argüir «Bueno es que en todo lenguaje jurídico y entre ellos el económico es difícil prescindir de términos especializados.» Hay que reconocerlo, es una limitación, pero también es cierto que algún esfuerzo complementario se puede hacer. Cito un dato. Las fórmulas de cálculo de intereses son de lo más variopinto. Hay quien habla de cálculo lombardo. Me parece que tiene esa terminología. Pero hay algunos otros cálculos y hay algunos otros métodos. ¿Quién establece el control de si realmente las pólizas se han liquidado o no se han liquidado conforme a las fórmulas al uso o conforme a una fórmula más o menos válida o aceptable? Seguramente en estos momentos y fuerza es reconocerlo, probablemente el único control está en la propia bondad de las entidades de financiación. Es de esperar que las entidades de financiación que operan en el tráfico mercantil actúen de buena fe y no cabe la menor duda de que eso es así.

¿Ejerce el fedatario un control riguroso sobre la liquidación? Me consta que hay algunos fedatarios que lo intentan y que seguramente lo

hacen anecdóticamente, pero es imposible hacerlo en todos los casos. Se bloquea el tráfico jurídico. Hay que establecer unos ciertos márgenes de confianza, ciertos márgenes de funcionamiento. Tal vez haya algún fedatario que lo haga siempre. Pero yo creo que es difícil hacerlo. ¿Se podía trasladar este control a la vía judicial? Es imposible. Es absolutamente inoperante. Ya un juez tiene bastante trabajo con verificar la regularidad del título. Sólo le faltaba entrar en la vías de cálculo de si los temas de liquidación de la póliza están o no están correctos. Al final se impone una consideración práctica. En toda mi experiencia puedo decir que nunca me ha suscitado ninguna póliza un problema de liquidación y de cuantificación, salvo en ocasiones anecdóticas. Las puntas del iceberg. Por lo tanto, en términos estadísticos, si estamos hablando de grandes números, si estamos hablando del mercado, se trataría de términos estadísticamente despreciables. Si eso es así, no sacrifico el resto del sistema. Doy por bueno el resto del sistema y creo que éste puede correr riesgos de que en algunos pocos casos las pólizas se liquiden mal. Pero es más. Cuando un deudor me suscita problemas de liquidación en cuanto a la póliza, desde un punto de vista táctico, casi me es irrelevante. Doy por buena su liquidación. Prácticamente la acepto sin más, porque las diferencias son anecdóticas, es decir, son mil pesetas, diez mil, cien mil pesetas en una reclamación de una cierta cantidad. Esto probablemente, desde un punto de vista práctico, desde un punto de vista operativo, no es decisivo para no conformarse y dar por bueno el título con esa liquidación que efectúa el deudor y facilitar la continuación del juicio ejecutivo. Ya sé que esto visto desde el punto de vista de las entidades bancarias es un problema de principios. ¿Cómo una entidad bancaria va a aceptar que le contradiga una declaración su deudor? Sí, pero los temas de cabezonería no son los buenos consejeros para una práctica procesal ortodoxa y para una estrategia procesal adecuada. Muchas veces hay que abandonar ciertos empecinamientos y ciertas cuestiones de pura cabezonería porque la realidad práctica nos exige actuar con criterios operativos. Esto es lo que da de sí el despacho de la ejecución.

2. La oposición a la ejecución

Vamos a ver que da de sí otro momento de filtro del título

ejecutivo: la oposición. La teoría es clara. La oposición a los juicios ejecutivos tiene que ser restrictiva. En eso consisten los juicios ejecutivos. Esa es la teoría. La Ley ofrece un sistema amplio de oposición, tan amplio que, a veces, ese tan cacareado juicio declarativo posterior es algo que sólo se produce en unos porcentajes irrisorios y, desde mi punto de vista personal, si hablamos en términos relativos, estadísticamente despreciables para lo que es la bondad del sistema. Por lo tanto no nos juguemos todo a la eventualidad de ese juicio declarativo posterior, que es algo anecdótico.

Vayamos a lo que es la oposición. He dicho que la teoría es restrictiva, la Ley es amplia y la práctica es simbólica. Yo le pediría a cualquier Juez de Primera Instancia, si hubiera alguno en la sala, que me dijera de los mil quinientos o dos mil asuntos que tiene en curso un Juzgado de Madrid, –hablo en términos aproximados– cuántos de ellos son juicios ejecutivos y cuántos son con oposición. Es que quiero oír las cifras. Si yo les hablo de mi experiencia personal, desde luego me sobran los dedos de la mano para hablar de porcentajes. Por lo tanto volvemos a hablar en términos de nula significación estadística. Si sólo en un porcentaje ínfimo de casos hay oposición, quiere decir que el juicio ejecutivo está bastante bien regulado, que funciona y que probablemente los motivos de oposición del deudor no serían más que excusas de mal pagador. Desde el momento en que un deudor advierte que el jugar a dilatar la duración del proceso por sí mismo, por el mero hecho de que dure, no le es rentable en términos económicos, en ese momento se acaba la oposición. Los deudores, en los últimos tiempos, con el juego de los intereses moratorios y con el juego de las costas, normalmente han sacado el sabio consejo de que probablemente la oposición a la ejecución no es rentable.

Habría que reconsiderar a mi modo de ver sí, –ya he dicho que el juicio declarativo posterior probablemente es anecdótico y no tengo ningún dato ahora que lo verifique, es puramente una intuición basada en experiencia,– podríamos dar un paso más. Probablemente no habría ningún obstáculo en abrir del todo la oposición al juicio ejecutivo. Tenemos que dejar de hablar de una oposición restrictiva a los juicios ejecutivos por que es una entelequia. Hoy por hoy, tal como está concebida, la oposición probablemente casi agota todas las posibilidades. Lo recalco, casi agota todas las posibilidades. La mayor parte de las cuestiones sustantivas del fondo del negocio sí que se pueden

introducir por los motivos de oposición. Cualquier abogado, suficientemente hábil en la práctica del juicio ejecutivo, encuentra el cauce adecuado para plantear una cuestión de fondo. Y quedan cosas simbólicas, cosas anecdóticas que lo único que hacen es anular el juicio ejecutivo, llevar las cosas a un juicio declarativo posterior. Pero, no nos olvidemos, incrementan los costes para el deudor, porque los intereses de demora siguen corriendo. ¿Qué precio se paga? Cuando el deudor echa las cuentas, dice ¿quién me habría mandado a mí meterme en estos berenjenales? Lo que pasa es que muchas veces no se dice al principio o no se hacen las cuentas claras al principio.

En cambio creo haber descubierto un hueco en los motivos de oposición. Me refiero a que probablemente habría que generalizar la caducidad de la acción ejecutiva. Hay muchos títulos que tienen una caducidad por Ley: hablamos de los cheques, hablamos de las letras de cambio. Pero no es el caso de las pólizas de crédito. Esto produce algunos desvíos importantes en la práctica, que no me atrevo a calificarlos de injustos, pero que nos deben hacer pensar. Traigo dos casos que se me han plantado esta semana. Por lo tanto son absolutamente recientes y están extraídos de la práctica bancaria común. Los ejemplos son los siguientes. Una póliza de crédito abierta en mayo del 86, de un importe de 180.000-pts. de nominal. El vencimiento de esta póliza era el mes de mayo de 1990 y la entidad bancaria promueve el juicio ejecutivo en el mes de junio del 1995. Esta póliza de crédito se dejó de pagar en la segunda cuota y las 180.000,- pts se han convertido en este momento, –y es la cuantía del juicio ejecutivo,– en 1.572.000,- pts. Es decir, la multiplicación de los panes y los peces.

Otra póliza de esta semana pasada, abierta en el mes de marzo del 90, de importe 325.000,- pts., con vencimiento en el mes de marzo del 94. Razonable. La ejecución: mes de junio del 95. También impagada en una de las primeras cuotas, se ha convertido en 1.082.000,- pts. de reclamación. Otra generosa multiplicación de los panes y los peces.

Visto el juicio ejecutivo como negocio, visto que las pólizas de crédito y la acción ejecutiva derivada de las pólizas de crédito no tienen caducidad y están vigentes, que yo sepa, durante 15 años, yo les aconsejaría a las entidades de crédito que es el mejor negocio, que la actitud bancaria no da esos rendimientos entre el 20% y el 30% que dan los intereses de demora. Y probablemente todos nos echaremos las manos a la cabeza y diremos ¿cómo es posible que pase ésto? Pasa.

Ocurre con una cierta frecuencia. Y ésto probablemente se podría solucionar generalizando una cierta caducidad de la acción ejecutiva y encomendando o pidiendo una cierta diligencia a las entidades de crédito, que, de suyo, les viene exigida por sus auditorías internas y por las reglas de juego que les impone el Banco de España en cuanto al tratamiento de morosos. Pero eso afecta sólo a provisiones, a provisionar los créditos dudosos, pero no afecta al ejercicio procesal, es decir a la promoción del juicio ejecutivo. Probablemente, ya digo, algún gestor bancario de riesgos conflictivos haya encontrado aquí la madre del cordero para aumentar sus rendimientos atípicos por la vía procesal a través de una sabia utilización de estos juicios.

3. *El procedimiento*

Me quedan dos breves reflexiones para terminar. Uno: la relativa a cuestiones de procedimiento. Aquí no voy a entrar porque estos temas procesales de procedimiento son muy aburridos y ya no es la materia idónea de este momento. Telegráficamente: Se podrían reconducir todos los procedimientos ejecutivos a un modelo sólo, y con ello estoy pensando incluir también los hipotecarios. Obviamente, hay que unificar las reglas de subasta de inmuebles, porque es absolutamente irreal que en este momento estemos jugando con las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con las reglas de la Ley Hipotecaria, según los casos. Probablemente había que introducir la venta directa como método de realización para cuantías sencillas, porque si no se dilapidan los bienes en la fase previa de avalúo a la subasta. Y, por último, probablemente también había que revisar algunos otros criterios de embargo. Estos son muchas veces destructivos y no tratan de aprovechar casi nunca aquello de la rentabilidad del negocio. Un embargo de establecimientos mercantiles es prácticamente una quimera intentarlo en la práctica y no sé por qué, porque en la Ley está regulado con claridad.

4. *La entrega de los bienes subastados*

La segunda observación se refería a lo que ocurre después de puesto en marcha el apremio, es decir a la subasta. Me pregunto y se

pregunta el público en general. ¿Quién va a una subasta con la intención de comprar y luego, cuando compra, no se puede llevar lo que ha comprado? ¿Conocen Uds. algún ciudadano que en la vida normal se plantee este problema? Sólo ocurre en subastas judiciales y eso es una quiebra absoluta del sistema. Hay que de una vez por todas saber que es lo que da de sí la subasta y saber que, por muchos derechos que pueda tener un arrendatario ocupante hay que establecer unas reglas de juego, para que la persona que compra en subastas, pueda llevarse los bienes subastados, si su postura es la más rentable. Esto es lo más grave en materia de crédito hipotecario. Eso ha favorecido la proliferación de subasteros profesionales que seguramente son aquellos a los cuales no les importa esperar y montar el tinglado de las subastas como negocio a gran escala y a largo plazo. Hoy en día obtener un desalojo, obtener una expulsión, una terminación de un contrato de arrendamiento en una subasta se convierte en algo que parece que uno está pecando contra el sexto mandamiento. Yo creo que cuando se estableció el procedimiento hipotecario, las reglas de juego del procedimiento hipotecario eran bien claras y por lo tanto, al final, el arrendamiento se concluía y se terminaba y eso es lo que decía la Ley Hipotecaria. Seguramente ésto era demasiado para nuestros estómagos aún de deudores latinos y en los últimos tiempos hemos dado marcha atrás, ha parecido demasiado drástico y seguramente es el momento de reflexionar qué es lo que queremos. En este momento, como digo, hay una discordancia entre lo que era la voluntad real de la Ley y los sentimientos que parecen que predominan en la jurisprudencia.

Al final de toda mi reflexión verán que la valoración que podemos hacer de los títulos ejecutivos no es negativa. Al contrario de lo que se efectúa con otras muchas instituciones procesales, probablemente es uno de los aciertos de nuestro Derecho. Por lo tanto yo sí que me permitiría recomendar seguir apostando por el juicio ejecutivo, tratar de favorecer esta creación de títulos ejecutivos aligerando lo más posible todas las formalidades. En el fondo, el crédito nos lo agradecería, los propios acreedores y deudores establecerían las reglas de juego, porque el mercado es el primero que se adapta a estas reglas de juego y, en definitiva, si esto es lo que queremos, bienvenido sea y si no a reformar la Ley. Muchas gracias.

LA DISOLUCIÓN ANTICIPADA DEL JURADO

JOAN VERGER GRAU
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

No me refiero ni al supuesto de la conformidad sobrevenida (art. 50 LJ), en el que, dando un paso más que el que dió en el 793.3 LECRIM el legislador para el proceso abreviado, se permite la conformidad en **cualquier momento**, ni al supuesto de la **retirada de la acusación** del art. 51 LJ¹. Se trata del art. 49 LJ.: *Disolución anticipada del Jurado: Una vez concluidos los informes de la acusación, la defensa puede solicitar del Magistrado-presidente, o éste decidir de oficio, la disolución del Jurado si estima que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado. Si la inexistencia de prueba sólo afecta a algunos hechos o*

1. Supuesto criticado por la doctrina por no corresponderse, ni siquiera, al acusatorio anglosajón y sustraer del conocimiento del Tribunal o del Jurado una cuestión penal **después de haber sido sometida a juicio y de haberse practicado las pruebas**. Vid. VERGER GRAU, J.: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1995, p. 139. Respecto a la disolución del jurado por conformidad sobrevenida, en el mismo sentido, GIMENO SENDRA, V.: *La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado*, Actualidad Aranzadi, Año VI, n.º 232, 8 de febrero 1996, p. 3, si bien el autor estima legítima la disolución del jurado por la retirada de la acusación.

acusados, el Magistrado-Presidente podrá decidir que no ha lugar a emitir veredicto en relación con los mismos. En tales supuestos se dictará, dentro del tercer día, sentencia absolutoria motivada».

Acertadamente, se ha visto en esta disposición un control del veredicto *ex ante*², con el antecedente reciente de las Reglas Federales para el Procedimiento Criminal en los E.E.U.U.³, y un instituto equivalente al de la protección de la presunción de inocencia por falta de una *mínima actividad probatoria*, según la conocida jurisprudencia del Tribunal constitucional⁴.

La institución ha recibido ya alguna crítica. Se estima que tal facultad «supone una usurpación por parte del Magistrado-Presidente de las funciones que legalmente le corresponden al Jurado (...) que el control de la existencia de prueba de cargo se ha situado, indebidamente, en un momento procesal inadecuado que puede hacer perder la autoridad al Jurado»⁵. Que tal facultad «equivale a una injustificada invasión de dicho juez técnico en la competencia del jurado, que permite conceptualarlo como jurado bajo tutela del magistrado-presidente»⁶.

Existe, no obstante, una cierta desconfianza secular en el Jurado en los propios países de jurado «puro» en materia de *interpretación y valoración de las pruebas*, que les ha hecho adoptar una serie de precauciones y cautelas para evitar que pueda pronunciarse un veredicto *en perjuicio del acusado*⁷ sin base alguna en las pruebas practicadas. Se **tutela al jurado**, sobre todo, con las normas de inadmisibilidad de las pruebas, para rechazar aquéllas cuya credibilidad o fiabilidad *no*

2. MIRANDA ESTRAMPES, M.: *Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado* (en prensa) p. 46.

3. Id. Id. ob. cit. p. 46., si bien no se produce «después de terminada la prueba de ambas partes», sino antes, *después de terminada la prueba de la acusación* y, por otro lado, existe el precedente mucho más antiguo del derecho inglés.

4. Id. Id. ob. cit. p. 48 y 49.

5. Id. Id. p. 52. El autor añade que el control del contenido objetivamente incriminatorio de la prueba es algo «para lo cual están capacitados la mayoría de las personas» (p. 54).

6. GIMENO: *La segunda reforma* (...), ob. cit. p. 3.

7. Se trataría de un veredicto que la doctrina anglosajona califica de *unsafe and unsatisfactory*, único supuesto en que se autoriza el recurso de apelación para revisar la valoración del jurado de la actividad probatoria. Vid. VERGER: *Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, de 20 de abril de 1994*, en la Rev. Justicia-94 III, pp. 528 a 531.

pueda valorar directamente el jurado; se someten a la *cross examination* todas las pruebas personales (casi todas lo son). En Inglaterra, el Magistrado-presidente realiza un resumen de la prueba y formula la advertencia de corroboración cuando concurren algunos elementos de prueba equívocos o de difícil valoración para los miembros del jurado (la declaración de la víctima en delitos sexuales, la del coimputado o del cómplice, la de los niños de corta edad, etc.); también les dice que no deben otorgar ningún valor probatorio a las pruebas practicadas sólo a efectos de verificar la credibilidad del testigo; en fin, el Juez explica el método de inferir presunciones y de eliminar, si cabe, la duda razonable⁸.

Pues bien, una de esas precauciones que se adopta desde hace muchos años, tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos es, precisamente, *la orden al jurado de que dicte un veredicto de inocencia cuando no existe prueba que pueda fundamentar una condena*.

En Gran Bretaña se considera que Juez y jurados se reparten las funciones, de manera que al juez le corresponde filtrar las pruebas, determinar el Derecho y velar por la corrección del procedimiento, y en esa función supervisora se dirige al jurado con mandatos y órdenes o con advertencias y consejos⁹. Una de estas funciones es la de evitar el juicio cuando no exista prueba de cargo. El juez no debe limitarse a examinar cada uno de los medios de prueba separadamente, *sino que ha de decidir si su potencial probatorio acumulado es suficiente para permitir que la causa sea sometida al Jurado para veredicto*¹⁰. Dos son los momentos –dice ZUKERMAN– en que ha de producirse esta decisión: *en la fase intermedia, cuando ambas partes hayan presentado el conjunto de las pruebas de que disponen para el juicio y luego, ya dentro del juicio oral, al terminar las pruebas de la acusación, cuando la defensa puede pedir que el caso no sea sometido al Jurado*¹¹.

Al final de las pruebas de la acusación y antes de iniciar la defensa su actividad probatoria, ésta puede *someter a la consideración del juez la inexistencia de prueba de cargo suficiente para poder dictar un*

8. Vid. VERGER: *Algunas observaciones* (...), ob. cit. pp. 539 y ss.

9. ZUKERMAN: *The principles of criminal evidence*. Oxford, 1989, p. 40 y ss.

10. Id. Id. p. 41.

11. De hecho, aun hay un tercer momento: cuando ha de decidirse si se admite o no el recurso de apelación contra un veredicto de culpabilidad en base a que está totalmente infundado (*unsafe or unsatisfactory*). ZUKERMAN: ob. cit. p. 42.

*veredicto de culpabilidad. Si el juez entiende que no se produjo esta prueba de cargo, suspende el acto y ordena al jurado que pronuncie un veredicto absolutorio*¹². La doctrina inglesa estima que aun en el caso de que la defensa no lo pida, **el Juez, de oficio, puede acordarlo**¹³. En fin, la doctrina inglesa también se pregunta si en este estadio se trata solamente de considerar la existencia o no de prueba de cargo suficiente, *sin valorar su credibilidad*¹⁴, o si por el contrario, existe una mínima valoración por parte del juez. ZUKERMAN admite que es inevitable una cierta actividad de valoración, aunque no de la credibilidad del medio probatorio (*as to credit*) sino del contenido incriminatorio objetivo (*as to merit*). No hay prueba suficiente, aun cuando la practicada sea totalmente convincente de su credibilidad, si no existe objetivamente prueba de cargo. El juez tiene que decidir si el contenido objetivo de la prueba podría potencialmente producir en el jurado una convicción de culpabilidad más allá de cualquier duda razonable¹⁵. Si no es así, ordena al jurado un veredicto de inocencia.

En los Estados Unidos la solución es casi idéntica: *Concluido el caso por la acusación, la defensa puede alegar que «la acusación no ha probado la imputación de la cual ha de defenderse». Si el juez estima procedente la petición, dicta una sentencia sobreseyendo la causa y si se trata de un juicio con jurado, «instruye» (instrucción vinculante) a éste para que emita un veredicto de idéntico tenor*¹⁶.

La doctrina anglosajona se inclina también por mantener la distinción entre «interpretación» y «valoración» de la prueba; es decir, entre el contenido incriminatorio de la prueba (único examen de suficiencia

12. «At the end of the case for the prosecution, before the accused is required to present his defence, the judge may be required to consider whether the prosecution has submitted sufficient evidence to justify putting the issue to the jury. If the judge concludes that the prosecution has not done so, he will stop the trial and direct the jury to acquit». ZUKERMAN: ob. cit. p. 53. En el mismo sentido, CROSS & WILKINS: *An Outline of the Law of Evidence*, London 1980, p. 24, y ANDREWS & HIRST: *Criminal Evidence*, London 1992, p. 45 y 46.

13. *Abbott (1955) 2 All ER 899, 903*. cit. en ZUKERMAN, ob. cit., p. 53, nota 19.

14. Sin embargo, cuando la fuerza probatoria de la acusación depende de la credibilidad del medio o de otra cuestión que cae bajo la jurisdicción del jurado, la causa no debe serle sustraída. HAMPTON C.: *Criminal Procedure*, London, 1982, p. 232.

15. ZUKERMAN: ob. cit. p. 52.

16. SCAPARONE, M.: «*Common Law e Processo Penale*», Milano 1974, p. 102 y nota (9). También: LILLY, G.C.: *An Introduction to the Law of Evidence*, St. Paul. Minn. U.S.A., 1987, p. 452.

que habría de realizar el juez) y la credibilidad o valoración del medio, que estaría reservado al jurado¹⁷. Claro está que es una medida que debe utilizarse con moderación, sólo en caso de pruebas ilícitas o nulas o de falta de prueba de cargo o, en fin, cuando las únicas «pruebas» se han producido en los medios de comunicación o a través de juicios paralelos. En tales supuestos, no cabe duda que la disolución del jurado (la *instrucción vinculante de un veredicto absolutorio* es aún más atentatoria a su jurisdicción) evita que la influencia excesiva de los medios, la peculiar repugnancia de determinados crímenes o el conocimiento de los múltiples antecedentes penales del acusado conduzcan a un veredicto condenatorio sin sustento alguno en el resultado de las pruebas practicadas en el juicio oral. Evita tener que acudir al recurso de apelación para obtener igual resultado y que se prolongue indebidamente la prisión provisional. La presunción de inocencia merece esta doble protección.

La medida, por otra parte, tampoco es definitiva. Está sometida a revisión por el Tribunal superior. El art. 846 bis c, causa d) de la LECRIM prevee expresamente como causa de apelación el haberse acordado la disolución del jurado cuando no procediese hacerlo.

17. En el mismo sentido de la distinción, vid. MIRANDA: ob. cit. p. 50.

ACCION POPULAR Y PROCESO PENAL MILITAR¹.

JAUME SOLÉ RIERA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PROCESAL.
UNIVERSITAT POMPEU FABRA.
BARCELONA.

SUMARIO.- 1.- La acción popular y su configuración constitucional. 1.1. La acción popular y el interés común. 1.2. Legitimación activa. 1.3. Legitimación sustantiva. 1.3.1. Objeto de la acción popular. 1.3.2. Ejercicio de la acción popular. 2.- La acción popular en el vigente proceso penal militar. 2.1. Formas de inicio del proceso penal militar. 2.2. Aplicación supletoria de la LECr. al proceso penal militar. 2.3. Aproximación constitucional sobre la acción popular en el proceso penal militar.

1. LA ACCIÓN POPULAR Y SU CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL.

1.1 La acción popular y el interés común.

Sabido es que uno de los elementos característicos e insustituibles del proceso jurisdiccional lo constituye la noción de *parte*. Este concep-

to, arraigado en su esencia a la génesis del proceso civil, se incardina en el ámbito del proceso penal a tenor de la implantación del principio acusatorio, que exige atribuir la acusación de una parte frente a otra; de ahí, la aparición del binomio partes acusadoras y partes acusadas como centro de la bilateralidad del propio concepto de acción². Ello no obstante, la doctrina procesal ha discutido con no poco fervor la propia existencia de las partes en el proceso penal, en consideración tanto a la inadaptabilidad de las categorías del proceso civil³, como en lo referente a las particularidades del propio proceso penal. Al margen de discusiones doctrinales, lo cierto es que la noción de *parte* se adapta a las características de cada uno de los diferentes procesos que configuran nuestro sistema procesal⁴.

Constatada pues, la existencia de *partes* en el proceso penal, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) articula un sistema mixto⁵, también conceptualizado como de litisconsorcio activo cuasi-necesario⁶, en el que, junto con la intervención de oficio del Ministerio Fiscal en aquellos supuestos que regula la ley, actuando la *acusación oficial*, puede aparecer también la figura de la parte privada⁷, bien sea

1. El autor quiere manifestar su más sincero agradecimiento al Prof. Dr. Manuel J. Cachón Cadenas, Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat Autònoma de Barcelona, por sus siempre acertados comentarios en la elaboración del presente trabajo.

2. RAMOS MENDEZ, *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona, 1993, p. 115. Sobre la fundamentación del concepto de acción, Vid. el mismo autor, en *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1978, pp. 51 y ss.

3. Vid. por todos, la estructuración de la citada polémica doctrinal en la obra de GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951, pp. 160 y ss.

4. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional. Proceso Penal* (con ORTELLS RAMOS, GOMEZ COLOMER y MONTON REDONDO), Barcelona, 1994, III, pp. 52 y ss. Así, la existencia o no de verdaderas partes vendrá condicionada por el concepto que de éstas se maneje; en la medida en que se acepte una noción de parte en sentido procesal, sí cabe afirmar que dicho concepto existe. Para el prof. MONTERO parte formal (en realidad parte sin más) es quien actúa en el proceso pidiendo del órgano jurisdiccional una resolución judicial, esto es, quien promueve la actuación del órgano jurisdiccional aportando, por medio de sus alegaciones y pruebas, el material para la resolución del contenido determinado que postula, quien en síntesis participa de la contradicción en que se resuelve todo proceso.

5. RAMOS, *El procesal penal...*, Ob.cit., p. 115.

6. MONTERO, *Derecho jurisdiccional...* Ob.cit., p. 54.

7. Nuestra Ley procesal penal no emplea una terminología unívoca y uniforme respecto de la conceptualización de quienes sean partes privadas. Al respecto, Vid., GOMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal* (con HERCE QUEMADA), Madrid, 1984, 10ª Edic., pp. 70 y ss.

acusador particular (ofendido por el delito), bien *acusador popular* (cualquier ciudadano español no legitimado ordinariamente), o, por último, como *acusador privado* (ofendido por el delito, pero que dispone, por razones de política criminal, del monopolio de la acusación). Puede afirmarse, por lo tanto, que la LECr configura un proceso penal en el que no existe un sistema de monopolio acusatorio en el ejercicio de la acción penal, sino una situación de concurrencia entre el Ministerio Fiscal y los particulares, realizada normalmente a través de la utilización de la querrela⁸.

Centrando la primera parte del presente trabajo en la figura de la acusación popular, ésta aparece configurada como un derecho, reconocido expresamente en el artículo 125 CE, que el ordenamiento jurídico reconoce a todo ciudadano español de ejercitar la acción penal mediante la presentación de querrela criminal por la comisión de un delito público, ante Juzgado competente, con la finalidad de depurar, en base al *interés común*, la responsabilidad penal oportuna, aunque ese ciudadano no aparezca como ofendido directo por el delito que se predica⁹. Nota característica de nuestro sistema procesal penal, como ya se ha apuntado antes, lo constituye esta posibilidad de que cualquier no afectado por el delito, ejercitando un *interés común*, pueda devenir parte acusadora en una causa criminal. A tenor de lo que deba entenderse por *interés común*, el Tribunal Constitucional ha considerado que el ejercicio de la acción popular forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que regula el art. 24.1 CE. La STC 62/19983, de 11 de julio, señala expresamente que «dentro de los supuestos en atención a los cuales se establecen por el Derecho las acciones públicas se encuentran los intereses comunes, es decir, aque-

8. Auto del Tribunal Constitucional nº 121/84, de 29 de febrero (FJ 2).

9. Para GIMENO SENDRA, *La acción popular, el jurado y los tribunales de escabinos*, en «Comentarios a la legislación penal» (dirigidos por Cobo del Rosal), I, Madrid, 1982, pp. 338 y ss, por acción popular puede entenderse el derecho que asiste a todos los sujetos de derecho, no titulares de un derecho, interés o bien jurídico vulnerado, a incoar un proceso y a deducir en él una pretensión, en nombre de la sociedad, mediante la cual se reconozca una determinada situación o derecho subjetivo y/o se condene a una determinada persona al cumplimiento de una prestación. Por su parte, para MONTERO, *Derecho jurisdiccional...* Ob. cit., p. 59, con la acción popular, los ciudadanos asumen un papel similar al del Ministerio Fiscal; se trata de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, procurando la tutela del interés público ante la existencia de hechos aparentemente constitutivos del delito público.

llos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o, si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común». Así pues, en la medida en que el ciudadano que ejercita la acción popular aparece como titular de un interés legítimo y personal, estará ejercitando un derecho fundamental (ex art. 24. 1 CE), con la protección que a tal efecto otorga la Constitución a aquellos derechos comprendidos en la sección 1ª del capítulo 2º del título 1º (arts. 14 a 29 CE), incluido el recurso de amparo.

Integrándose la acción popular dentro de la tutela judicial efectiva, la primera nota esencial de ese derecho que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso¹⁰; este libre acceso se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular, y por ende, de la acusación particular y privada¹¹. Sin embargo, la fundamentación constitucional de la acción popular resulta diferente de la acción particular: mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del artículo 125 CE y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del artículo 24 CE en cuanto que perjudicado por la

10. Vid. entre otras las SSTC 3/1984, 115/1984 y 123/1986.

11. STC 37/1993, de 8 de febrero. En parecidos términos, también se pronuncia la STC 34/1994, de 31 de enero: «La tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas. En nuestro derecho, junto a la oficialidad de la acción encomendada al Ministerio Fiscal, se atribuye su ejercicio a los sujetos privados, a los perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular y a todos los ciudadanos, independientemente de que hayan resultado o no ofendidos por el delito, a través de la denominada acción popular. Dependiendo de si el particular es o no ofendido por el delito, el ejercicio de la acción penal está sujeto a determinadas particularidades, de entre las que cabe destacar la necesidad de la presentación de querrela, que se impone al acusador popular que ejercita la acción penal (art. 270 LECr), y la obligación de prestar fianza para responder de las resultas del juicio, de la que, en cambio, se encuentra exonerado el ofendido por el delito (arts. 280 y 281 LECr).

infracción penal¹². La protección en amparo del derecho del acusador popular requiere, por ello, que la defensa del *interés común* sirva para sostener un interés legítimo y personal (STC 62/1983)¹³.

1.2.- Legitimación activa.

La configuración constitucional del derecho a ejercer la acción popular remite a la ley procesal ordinaria, al establecer el referido art. 125 CE que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia...en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine». En parecidos términos se expresa el art. 19.1 LOPJ al disponer que «los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley». Por su parte, la LECr regula el ejercicio de la acción popular en los arts. 101 y 270.

Los titulares de la acción penal popular son los *ciudadanos españoles*, y únicamente éstos. Con ello se excluye la posibilidad de que un no nacional español ejercite la acción popular; los no nacionales podrán

12. STC 147/1985, 29 de octubre.»...la acción popular que consagra la Constitución (art. 125) y ya con anterioridad a ella la LECr (art. 101) es un derecho para el cual el ciudadano puede recabar la «tutela judicial efectiva» que, ahora ya como derecho fundamental, garantiza el art. 24.1 CE. Como es obvio, esta reconducción del contenido del art. 125 CE al enunciado del art. 24 de la Ley Fundamental, mediante la que se intenta buscar para aquel la protección del amparo constitucional, que sólo para los derechos consagrados en los artículos 14 a 30 ha sido instituída, descansa a su vez en una identificación entre el derecho procesal en que la acción pública o popular consiste con los derechos o intereses legítimos de carácter sustantivo para los que, en el entendimiento común se garantiza la tutela judicial efectiva. Esta identificación no es en sí misma rechazable, pero no puede ser aceptada cuando se establece de modo incorrecto y pretende ser utilizada como un instrumento para alterar la configuración legal del derecho mismo que se pretende hacer valer. Puede aceptarse, y ello justifica la admisión a trámite de un recurso constitucional de amparo basado en ese fundamento, que entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto, pero en modo alguno puede extraerse de la conexión entre derecho de acción y derecho constitucional la necesidad de configurar aquél de manera distinta, como no puede hacerse derivar del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos la necesidad de alterar la configuración legal de éstos».

13. STC 34/1994, de 31 de enero.

ejercitar la acción penal, pero en calidad de acusadores particulares o privados, exigiéndoselos, por ende, que aparezcan como ofendidos por el delito (art. 270.2 LECr).

Respecto al término *ciudadanos*, a partir de la jurisprudencia del TC, hoy consolidada, debe afirmarse que el mismo integra tanto a las personas físicas como también las personas jurídicas, superando con ello una añeja interpretación restrictiva y limitativa que predicaba el Tribunal Supremo¹⁴ que asimilaba «ciudadanos» con personas físicas exclusivamente¹⁵. Amén de que el propio texto constitucional, en su art. 162.1.b) (referente a la legitimación para interponer un recurso de amparo) asimila persona natural con persona jurídica, si el ejercicio de la acción popular se integra en el ámbito de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en el sentido de derecho a acceder a la jurisdicción, es obvio que la persona a la que se refiere el citado artículo es tanto la persona física o natural como la jurídica o colectiva (STC 241/1992, 21 de diciembre). Es más, como indica MONTERO¹⁶, el derecho de

14. Sentencias de 23 de febrero de 1887 (C.J., I, 148), 15 de febrero de 1921 (C.J., I, 34), 2 de enero de 1906, 3 de enero de 1912, 9 de diciembre de 1919, 26 de marzo de 1926, citada toda por GIMENO SENDRA, en *La querrela*, Barcelona, 1977, pp. 115 y ss. Mucho más reciente, la sentencia del TS de 2 de marzo de 1982, al declarar contundentemente que las personas jurídicas no tienen ciudadanía, sino nacionalidad y domicilio.

15. STC 53/1983, 20 de junio. «La referencia que hace el art. 53.2 de la CE a «cualquier ciudadano» como sujeto que puede recabar la tutela de las libertades y derechos a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y las notas que para algunos tipifican el concepto de ciudadano, no debe llevarnos a negar a las personas jurídicas, y entre ellas a las Sociedades mercantiles, como es aquí la actora, el que frente a una eventual violación del derecho que proclama el art. 24.1 CE puedan acudir al proceso de amparo. Si todas las personas tienen derecho a la jurisdicción y al proceso y se reconocen legítimamente las personificaciones que para el logro de un fin común reciben en conjunto el nombre de personas jurídicas, puede afirmarse que el art. 24.1 comprende en la referencia a «todas las personas», tanto a las físicas como a las jurídicas, y siendo esto así, una interpretación aislada del art. 53.2 que limitara a la persona individual esa tutela reforzada que dice ese precepto, dejando para las otras personificaciones la tutela ordinaria, implicaría con este recorte al sistema de defensa de un derecho fundamental, una conclusión contraria a lo que resulta -además del art. 24.1- del art. 162.1.b) de la CE, en el que también a las personas jurídicas se reconoce capacidad para accionar en amparo. Desde este aspecto de la capacidad y la subsiguiente exigencia de la legitimación -montada en el aludido precepto de la Constitución sobre la idea del interés legítimo- es claro que «B. de V, SA» ha podido acudir al recurso de amparo».

16. MONTERO AROCA, Derecho jurisdiccional... Ob.cit., p. 60.

asociación, entendido como derecho de constituir personas jurídicas, sólo puede tener los límites que se derivan del propio art. 22 CE (perseguir fines o medios tipificados como delito, asociaciones secretas o de carácter militar) por lo que el derecho a constituir asociaciones cuyo objeto social sea ejercitar la acción popular no puede verse negado por una interpretación restrictiva del art. 125 CE que haga equivaler ciudadano a persona física; además, añade el citado autor, en la posible contradicción entre dos artículos de la Constitución, debe estarse a favor de aquél que contenga un derecho fundamental.

Sin duda, la virtualidad práctica del ejercicio de la acción popular está íntimamente vinculada a que la legitimación activa de aquel derecho resida en personas jurídicas o entes asociativos similares en cuanto a su forma de constitución y funcionamiento; dejar en manos del particular la defensa del interés común o del orden social lesionado supondría mermar gravemente el ejercicio de la acción penal en la forma que aparece prevista en nuestro derecho positivo. A modo de ejemplo, piénsese en la capacidad en orden al ejercicio de la acción popular que puedan tener las asociaciones para la defensa del consumidor, asociaciones ecologistas o de protección del medio ambiente, sindicatos, inclusive partidos políticos, etc¹⁷.

No obstante la legitimación amplia que recoge el art. 101 LECr, la propia Ley procesal se encarga de determinar qué determinados ciudadanos españoles no podrán ejercitar la referida acción popular; de esto se encargan los arts. 102 y 103 LECr.: el primero de ellos indica la exclusión del ejercicio de la acción popular por razones objetivas del propio sujeto afectado; por su parte, el art. 103 impide el uso de la acción popular por razón de la especial relación familiar (de parentesco) con el sujeto pasivo de la causa.

17. La STC 34/1994, 31 de enero, otorga el amparo y reconoce el derecho al ejercicio de la acción penal popular a la *Asociación Naturalista Elanio Azul*, cuyos fines pretenden la defensa de la naturaleza y del mundo animal, al serle denegada a la citada Asociación su personación en las diligencias previas incoadas contra el Delegado Territorial de la Junta de Castilla y León, por un supuesto delito de prevaricación respecto de la revocación de la sanción administrativa impuesta a un cazador que había abatido una avutarda.

En parecidos términos, la STC 241/1992, 21 de diciembre, que también otorgó el amparo y subsiguiente reconocimiento de la acción penal popular a la *Asociación de Mujeres de Policía Nacional de Guipúzcoa*, en una causa seguida por el delito de apología del terrorismo.

Ex art. 102, no podrá ejercitar la acción penal el (ciudadano) que no goce de la plenitud de los derechos civiles (son de aplicación, los arts. 222, 286, 322 y 323, todos del Código Civil)¹⁸; tampoco el que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas. A este respecto, no basta la condena por dos o más delitos de acusación y denuncia falsas en una sola sentencia, aunque no es necesario que en la segunda condena se haya apreciado la agravante de reincidencia, ya que lo que previene el citado art. 102 LECr no es la condena con reincidencia, sino simplemente las dos condenas¹⁹. Y, por último, el Juez o Magistrado²⁰. A este respecto, sí tendrán legitimación para ejercer la acción popular los fiscales, aunque no actuando por razón del cargo que ostentan sino en su condición de ciudadanos ordinarios²¹.

18. Para MONTERO, *Derecho jurisdiccional...* Ob.cit., p. 61, esta exclusión no se hace por razón de la falta de capacidad, sino que guarda relación con la legitimación. Por el menor de edad no podrá ejercitar la acción popular su representante legal, y ello por la elemental razón de que éste puede ejercitar la acción por sí mismo, siendo inútil acudir a la representación legal.

19. GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios...* Ob.cit., II, p. 467. Añade que si el condenado una sola vez (por uno o varios delitos de acusación y denuncia falsas) ejercita la acción penal y durante el procedimiento recae sentencia (firme) condenándolo de nuevo (por otro u otros), cesa su legitimación. La condición negativa del artículo hay que referirla no al acto de iniciación del ejercicio -la querrela o la personación como actor en la causa- sino a todos y cada uno de los actos de ese ejercicio. Además, tratándose de un efecto colateral y no penal de la condena, la prescripción de la pena no le afecta.

20. Como señala GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios...* Ob.cit., II, p. 467, el precepto no comprende a los jueces y magistrados en situación de excedencia o de jubilación.

En este sentido, cabe entender que si la legislación actual permite que un juez o magistrado que no esté en activo pueda ser nombrado árbitro a tenor de la Ley 36/1988, 5 de diciembre, de Arbitraje, nada debe impedir que también ostenten el derecho a ejercitar la acción popular del art. 125 CE cuando se encuentren en esa situación.

21. Para GIMENO, *La acción popular, el jurado y los tribunales de escabinos...* Ob.cit., la prohibición que afecta a los jueces y magistrados no es extensible a los fiscales porque, aunque mantengan un similar estatuto jurídico, si se les incluyera en la prohibición se contraveniría la interpretación de los arts. 101 y 271 LECr. Sin embargo, GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios...* Ob.cit., II, p. 467, se muestra partidario de extender la prohibición también a los miembros de la carrera fiscal cuando actúen como particulares.

El art. 102 *in fine* establece dos excepciones que sí permiten el ejercicio de la acción penal a los afectados por el citado precepto: aquellos podrán ejercitar la acción penal por delito o falta cometido contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines. Además, los que hubieren sido condenados dos veces por el delito de denuncia o querrela calumniosas, y el Juez o Magistrado, podrán también ejercitar la acción penal por el delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal.

Ex art. 103 LECr tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí los cónyuges²², excepto por los delitos cometidos por el uno contra la persona del otro²³ o contra sus hijos²⁴, así como tampoco los ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos o uterinos y afines.

1.3.- Legitimación sustantiva.

1.3.1.- Objeto de la acción popular.

La actuación de la acción popular en el proceso penal sólo podrá tener lugar en los casos de delitos perseguibles de oficio, es decir, en los llamados delitos públicos, en los que, de forma necesaria debe intervenir siempre el Ministerio Fiscal. La idea del *interés personal* y *legítimo* en relación con el *interés común*, antes analizado, subyace-

22. Una interpretación amplia debiera admitir la posibilidad de que se excluyera el ejercicio de la acción penal también a aquellos que sin estar casados *sensu stricto*, convivieran maritalmente o fueran parejas de hecho. Igual interpretación extensiva respecto de los hijos adoptados por el cónyuge.

23. Se refiere a los delitos tipificados en el Libro II del nuevo Código Penal, en sus Títulos I (Del homicidio y sus formas), Título II (Del aborto), Título III (De las lesiones), Título VI (Delitos contra la libertad), Título VII (Delitos contra la libertad sexual), Título XI (Delitos contra el honor), Título XII (Delitos contra las relaciones familiares). Quedan excluidos los delitos contra la propiedad.

24. Añade el art. 103.1º *ultim* «...y por los delitos de adulterio, amancebamiento y bigamia». Los delitos de adulterio y amancebamiento fueron despenalizados por la Ley 22/78, de 26 de mayo. El delito de bigamia aparece tipificado en el art. 217 del nuevo Código Penal.

como soporte que legitima al ciudadano para ejercitar la acción popular, pero a la vez, actúa como límite respecto tanto de aquellos delitos considerados «semipúblicos», como respecto de los delitos privados; ambos, los delitos «semipúblicos» y los delitos privados, están implícitamente excluidos del ejercicio de la acción popular.

Respecto de los delitos «semipúblicos», su presupuesto procesal de perseguibilidad lo constituye la comunicación de la *notitia criminis* por parte de la persona ofendida por el delito (también su representante legal) ante un órgano judicial, Ministerio Fiscal o personal con funciones de Policía Judicial. Comunicado el hecho constitutivo de delito el Ministerio público intervendrá como si de un delito perseguible de oficio se tratase.

En los llamados delitos privados²⁵ únicamente podrá ser parte en el proceso penal el ofendido, no pudiendo intervenir aquí el Ministerio Fiscal; por ende, y a tenor de la fundamentación antes esgrimida (*interés común*), amén del contenido intrínseco de esa clase de delitos, tampoco es posible la intervención de un no ofendido en ese tipo de procesos mediante el ejercicio de la acción popular.

1.3.2.- Ejercicio de la acción popular.

Según preceptúan los arts. 270 y 783 LECr. el ejercicio de la acción penal por los particulares, sean o no ofendidos por el delito, habrá de efectuarse mediante la presentación de querella, en la forma escrita y con los requisitos generales, respecto de la competencia objetiva y territorial, señalados en el Título II del Libro II de la propia LECr. (arts.270 y ss.)

Dado que al acusador popular no se le ofrecen las acciones que previenen los art. 109 y 110 LECr, como sí sucede con el ofendido por el delito, porque su derecho a ser parte en la causa penal nace de la previsión que hace el art. 125 CE, este ejercicio de la acción penal necesita concretarse mediante la figura de la querella, sin que pueda admitirse una mera personación en el sumario o diligencias previas que

25. Hoy en día sólo puede considerarse como delito privado el de calumnia o injuria contra particulares realizadas sin publicidad (arts. 211 y 215 del nuevo Código Penal).

se hubieran incoado, bien de oficio, bien a instancia de parte ofendida o perjudicada.

Ello no obstante, a este respecto, pudiera considerarse que, según la configuración de la acción popular, prevista respecto de los delitos públicos, el legislador no ha limitado su empleo al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querella, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas, personándose en los términos prevenidos en el artículo 110 LECr, es decir, mostrándose parte como adhesión, en nombre de la ciudadanía, a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de la querella²⁶. De ahí que pudiera admitirse el ejercicio de la acción popular sin necesidad de presentar formalmente escrito de querella en una causa ya abierta, permitiéndose que se tuviera por parte, a todos los efectos oportunos, al acusador popular que se personase en el sumario.

Junto con los requisitos formales propios de la querella, el acusador popular queda también obligado a prestar fianza de la clase y en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio (art. 280 LECr). De aquí se desprende que la admisión de la querella ejercitando la acción popular dependerá efectivamente de la prestación de la fianza —que el Juez fije, sin que quepan, en principio, otras soluciones intermedias; de no prestar la fianza referida, la querella no será admitida, aunque ello no debiera ser obstáculo para que, de oficio, a tenor del delito público de que se trate, actuase a tal efecto, tanto el Ministerio Público como el propio órgano judicial. Esta obligación *ex lege*, aunque haya sido «acomodada» a la legislación constitucional por las SSTC 62/1983²⁷, 11 de julio y 146/1985, 29 de octubre, merece ser criticada con firmeza porque, hoy en día, carece de justificación alguna, sobre todo, a partir de una interpretación amplia del art.

26. Sentencia del TS de 12 de marzo de 1992 (Revista General de Derecho, 1992, pp. 7033 y ss.).

27. «...la exigencia de una fianza no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho, siempre que su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarlo, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio, pues ello conduciría en la práctica a la indefensión que prohíbe el art. 24.1 CE.(...). Lo cual no quiere decir que la legislación que se dicte con posterioridad a la Constitución no deba atender al otorgamiento de todas las facilidades posibles para promover el ejercicio del derecho fundamental, par su mejor ajuste a la CE, aunque sólo será inconstitucional si no respeta el contenido esencial del derecho». En parecidos términos la STC 113/1984, de 29 de noviembre (FJ 2).

20.3 de la LOPJ (no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita). Como ha señalado muy acertadamente GIMENO²⁸, esta institución, que arranca de la legislación de Partidas (Ley 6, T. 1, P. VI), consiste en pensar que el ofendido se mueve siempre de buena fe dentro del proceso, y por tanto, hay que eximirle de la presentación de fianza, y no quien no lo es (acusador popular). En la medida, añade el citado autor, que el interés que mueve al querellante público es el mismo que el que ejercita el Ministerio Fiscal, y que no constituye, por definición, medida cautelar alguna, debiera suprimirse tal precepto.

Una vez admitida la querrela, el acusador popular deviene *parte* a todos los efectos oportunos, sin que pueda predicarse ninguna diferencia, formal o material, respecto de las demás partes públicas o privadas personadas en la causa²⁹.

2.- LA ACCIÓN POPULAR EN EL VIGENTE PROCESO PENAL MILITAR.

En los párrafos que preceden se ha abordado la delimitación y configuración de la acción popular en el ámbito del sistema procesal que configura el modelo de derechos, garantías y principios de nuestra Ley Fundamental. A tenor de esa regulación, recogida en los arts. 125 CE (los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia...en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine), y 19.1 LOPJ (los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley), se trata, ahora, de determinar si las

normas que regulan en la actualidad el proceso penal militar permiten o no el ejercicio de la acción popular en dicho proceso.

La normativa que afecta a la jurisdicción militar, en lo que aquí concierne, aparece recogida en dos importantes leyes orgánicas: la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LPM), y la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LCOJM)³⁰.

2.1.- Formas de inicio del proceso penal militar.

Según disponen los arts. 108 y 168 de la LCOJM, y los arts. 127, 130 y 141 de la LPM, los procedimientos judiciales ordinarios que instruyen los Juzgados Togados Militares se podrán iniciar mediante denuncia, por querrela, o bien de oficio.

La denuncia podrá presentarla al órgano competente tanto quien tuviere conocimiento de la perpetración de un delito, como la figura mediante del *parte militar*³¹.

30. Otras normas relevantes que contienen la vigente legislación militar son las siguientes: Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (ROFAS); Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORD); Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (LRPMP); Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil; Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio militar; Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar; Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición demilitar y de situaciones administrativas del personal militar profesional; Real Decreto 555/1989, de 19 de mayo, sobre anotación y cancelación de notas desfavorables en la documentación militar profesional.

A nivel doctrinal, respecto al Código Penal Militar, los principales comentarios realizados hasta el momento son los de BLECUA FRAGA y RODRIGUEZ VILLASANTE (coord.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, 1988., JIMENEZ y JIMENEZ, *Introducción al Derecho penal militar*, Madrid, 1987., HIGUERA GUIMERA, *Curso de Derecho penal militar español*, I, Parte General, Barcelona, 1990.

31. Según se desprende del art. 134 LPM el *parte militar* es la denuncia (obligatoria) que efectúa el militar profesional dirigida al Juez Togado Militar, Fiscal Jurídico Militar o Autoridad Militar, mientras que la *denuncia* sólo la puede efectuar aquél no perteneciente a las Fuerzas Armadas ante cualquier Autoridad o agente.

28. GIMENO SENDRA, *Los derechos de acción penal, al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales*, en *Comentarios...* Ob.cit., I, p. 149.

29. En este sentido, el acusador popular podrá solicitar la Asistencia Jurídica gratuita, según lo preceptuado en la reciente Ley 1/1996, de 10 de enero (*beneficio de pobreza*, según la derogada terminología de la LECr. en los arts.119 y ss.) en la medida en que se den los requisitos exigidos. Con carácter general, el art. 24.2 CE establece el derecho fundamental a la defensa y a la asistencia letrada; por su parte, el art. 119 CE dispone que «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

La querrela, por todos aquellos perjudicados por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar, a excepción de que el perjudicado y el inculpado sean ambos militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación³², así como tampoco en tiempo de guerra³³ (en ambos casos, ello no obstante, se podrá ejercitar la acción civil ante la jurisdicción ordinaria).

En tercer lugar, de oficio, el proceso penal militar podrá iniciarse en primer término, cuando el Juez Togado tenga conocimiento directo de la comisión de los hechos punibles de su competencia; a instancia del Fiscal Jurídico Militar cuando éste conociera de la infracción penal o ante él fuera presentada denuncia, y, por último, a instancia del Tribunal Territorial.

A parte de los supuesto de actuación de oficio, la intervención como parte del perjudicado podrá tener lugar como *acusador particular* (ejercitando la acción penal y también la civil derivada de delito) o como *actor civil* (actuando aquí únicamente la acción de resarcimiento)³⁴. En ambos casos, ese perjudicado podrá ejercitar, bien la denuncia, a cuyo fin se le hará el ofrecimiento de acciones³⁵, dejando constancia en autos, adquirien-

32. Auto del TS (Sala Quinta, de lo Militar), de 27 de mayo de 1992. «Si existe relación jerárquica de subordinación entre perjudicado y acusado, ambos militares, no se puede ejercer la acusación particular en el proceso penal militar, y, careciendo entonces de la condición de parte, le falta legitimación también para recurrir en casación. Esta limitación tiene una significación transparente, en cuanto es manifestación del interés que se desea tutelar y que no es otro que la disciplina misma, como base de la convivencia de la sociedad militar».

33. Respecto a lo que deba entenderse por «tiempo de guerra», Vid., SERRANO ALBERCA, *La definición de «tiempo de guerra»*, en Comentarios al Código Penal Militar, coordinados por Blécula Fraga y Rodríguez Villasante, Madrid, 1988, pp. 303 y ss.

34. Según el art. 277 LPM, remitiéndose al art. 276.6º LPM, el actor civil podrá presentar conclusiones únicamente respecto de las «responsabilidades civiles procedentes».

35. STC 37/1993, de 8 de febrero. «En la ley Procesal Militar dicho ofrecimiento de acciones se establece en los arts. 141 y 127 in fine, en cuya virtud viene el Juez Togado Militar obligado a indagar, en las diligencias previas, quien sea el perjudicado y ofendido por el delito, comunicándole su incoación fin de que pueda ejercitar la denominada acción penal adhesiva y efectuarle, en cualquier caso, el ofrecimiento de acciones, sin que del tenor de ambos preceptos pueda desprenderse, como afirma el Abogado del Estado, un supuesto naturaleza pre-procesal de las diligencias previas que permitiría eludir la llamada a la causa del ofendido. Antes al contrario, dichas diligencias forman parte de la base instructora, por lo que una vez dispuesta su incoación, hay que prestarle declaración al ofendido y efectuarle el ofrecimiento de acciones con anterioridad a cualquier auto de archivo o sobreseimiento, pues es cualquier otro caso, se ha de producir el sacrificio del derecho a la tutela y, con él, el del principio de legalidad, que en nuestro ordenamiento no es confiado al Ministerio Público en régimen de monopolio (SSTC 108/1983 Y 206/1992)».

do después la condición de *parte* en el proceso, o bien la querrela, convirtiéndose, desde su admisión a trámite, inmediatamente en *parte*.

La admisión expresa que efectúa el art. 130.5º LPM³⁶, respecto de la posibilidad que se concede al acusador particular de ejercitar la querrela en el proceso penal militar, ha supuesto una innovación drástica con relación a la regulación anterior a la entrada en vigor de la referida ley, así como también con respecto al Derecho procesal militar histórico. En este sentido, tanto en el Código de Justicia Militar de 1890, como en la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina de 1894, no se admitía en ningún supuesto la posibilidad de que el acusador particular interviniese en el proceso penal militar, por considerarla una institución «completamente extraña a la Justicia militar»³⁷. Por su parte, el derogado Código de Justicia Militar (CJM) de 17 de julio de 1945, disponía en su art. 452 que «en ningún caso se admitirá la acción privada»; posteriormente, las reformas introducidas en su articulado mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre³⁸, aunque dieron nueva redacción al citado precepto, siguió reiterando que «en ningún caso se admitirá la querrela».

El TC se pronunció, en su STC 97/1985, de 29 de julio, respecto de la legalidad del art. 452 del CJM, admitiendo, respecto del contenido del art. 24 CE, que una ley derogue un derecho fundamental, justificándolo en base a la especial estructura de las Fuerzas Armadas³⁹.

36. En el mismo sentido, aunque con diferente formulación, el art. 108.1º LCOJM: «Si la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar lesionare bienes o derechos de particulares, los perjudicados podrán mostrarse parte en el procedimiento, a cuyo fin se les hará ofrecimiento de acciones, dejando constancia en autos».

37. ROJAS CARO, *Derecho Procesal Penal Militar*, Barcelona, 1991, p. 241. En los Códigos históricos el monopolio acusador en el ejercicio de la acción penal correspondía en exclusividad al Ministerio Fiscal.

38. APARICIO GALLEGOS, *La nueva organización de la justicia militar*, en R.G.D., 1987, nº 512, pp. 2457 y ss.

39. STC 97/1985, de 29 de julio. «El art. 452.2º CJM, pese a estar en pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), enlazado al derecho enunciado en el art. 125 de la CE, encuentra su convalidación constitucional en cuanto está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la CE, le asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados».

De toda la normativa citada, tanto en la LPM como en la LCOJM, cabe destacar que se regula exclusivamente la *acusación particular*, pero no la *acción popular*. Así se desprende de los propios términos en que aparecen redactadas las citadas normas de la LPM y LCOJM, ya que se limitan a hacer referencia a las personas lesionadas o perjudicadas en sus bienes o derechos por la comisión del delito o falta competencia de la jurisdicción militar. Por el contrario, no se ocupan de la posibilidad de que otras personas, en calidad de acusadores populares, ejerciten la acción penal en el proceso militar; puede afirmarse, por ende, que la normativa procesal militar vigente no regula específicamente el ejercicio de la acción popular ante la jurisdicción militar, pero tampoco la prohíbe de forma expresa⁴⁰.

La doctrina procesal que ha estudiado esta materia, al amparo de la reciente regulación normativa, es escasa. Con amplitud, sólo el prof. LORCA NAVARRETE ha efectuado un comentario general al proceso penal militar; este autor coincide en destacar que el proceso penal militar excluye el ejercicio de la acción popular. Para LORCA NAVARRETE, «la LPM excluye de ser parte en el proceso penal militar y también acusador, a todo ciudadano español. Este «populismo» de la «acción» penal, que no se recoge en el ámbito del proceso penal militar, impide que junto al acusador particular ofendido pueda hallarse el acusador popular no ofendido por el delito»⁴¹. Otros autores que han tratado la materia procesal militar no han abordado este tema, como ocurre en los comentarios que efectúan los profesores MONTÓN REDONDO⁴² y ALMAGRO NOSETE⁴³.

40. En los textos legales anteriores, tal y como ya se ha comentado en una nota precedente, también la figura del acusador o actor popular era «totalmente extraña en el Derecho histórico y a la conveniente mecánica y estructura del proceso militar», vid., ROJAS CARO, *Derecho procesal...* Ob.cit., p.241.

41. LORCA NAVARRETE, *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastian, 1990, p. 190. Para este autor, «es incomprendible la razón de esa opción legislativa, sólo justificada en función de su peculiaridad, habida cuenta que supone una discriminación favorable en el tratamiento procesal del imputado en el exclusivo ámbito de la jurisdicción militar y que, además, no se corresponde bien con la doctrina ya establecida por el TC sobre su ejercicio cuando se polemizó acerca de si el art. 24 C., al proscribir la indefensión, acogía en su seno la llamada acción popular».

42. MONTÓN REDONDO, *Derecho jurisdiccional. Proceso Penal* (con ORTELLS RAMOS, MONTERO AROCA y GOMEZ COLOMER), Barcelona, 1994, III, pp. 648 y ss.

43. ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal. El proceso penal* (con GIMENO SENDRA, CORTES DOMINGUEZ y MORENO CATENA), Valencia, 1992, II, pp. 815 y ss.

Los autores que, desde el ámbito castrense, analizan la normativa procesal militar, también coinciden, como LORCA NAVARRETE, en «anular» posibilidad alguna a la figura de la acción popular en el proceso militar, aunque, en la mayoría de los casos, sus justificaciones no atiendan a un excesivo rigor jurídico, en favor de consideraciones subjetivas entorno al contenido y finalidad de la institución militar. Así, ROJAS CARO entiende que «la acción popular, considerada como escuela de ciudadanía y control político de la democracia y del Ministerio Fiscal, no existe en Derecho procesal militar, pues se ha estimado que el litisconsorcio activo facultativo que podría formalizar dicho actor con el Mº Fiscal jurídico-militar en nada favorecería los fines del proceso, aun cuando se limitara su legitimación a la pretensión punitiva»⁴⁴. Aspectos como la organización profundamente jerarquizada del Ejército, la unidad y disciplina, los valores tradicionales de la institu-

44. ROJAS CARO, *Derecho procesal...* Ob.cit., p. 245. Añade que «el actor popular entorpecería el proceso militar y su actuación ha sido sustituida, a mi juicio con ventaja con la intervención de los Mandos Superiores, aunque la configuración de éstos como parte sea más, mucho más, limitada que la del actor popular».

A este respecto, señala el art. 111 LCOJM una especial legitimación que ostentan los Mandos Militares Superiores en el ámbito del recurso de casación: «En defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar, los Mandos Militares Superiores que se designen por Real Decreto estarán legitimados para interponer recurso de casación contra las sentencias y autos de sobreseimiento definitivo o libre que recaigan en procedimientos por delitos de que conozcan el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y, en su caso, los jueces Togados Militares, si el inculcado les está jerárquicamente subordinado o el hecho se ha cometido dentro del territorio de su mando y el inculcado pertenece al mismo Ejército». En relación a este tema concreto, vid., APARICIO GALLEGO, *La nueva organización de la justicia militar*, Ob.cit., p. 2468.

Otros autores que han tratado la problemática del nuevo proceso penal militar, aunque sin abordar directamente el tema de la acción popular en dicho proceso son, RAMOS GANCEDO, *El recurso de casación militar en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en R.G.D., nº 528, pp. 5191 y ss; RAMIREZ SINEIRO, *Consideraciones acerca de la constitucionalidad de la estructura orgánica de la jurisdicción militar con arreglo a la doctrina del TEDH*, en R.G.D., nº 574-575, pp. 7163 y ss; FORASTER SERRA, *La nueva regulación de la jurisdicción militar*, en R.J.C., 1989, nº 1, pp. 71 y ss; HERNANDEZ MUNTIEL, *En torno a la nueva jurisdicción militar*, en Revista Española de Derecho Militar, 1990, nº 55, T.I.

ción militar⁴⁵, son elementos que, inescindiblemente, aparecen en la configuración de las notas características del proceso penal militar; no obstante la relación intrínseca que estos principios guardan con la institución militar, que en muchas ocasiones condicionan el contenido de determinadas instituciones del mismo proceso⁴⁶, y que no procede cuestionar en este momento porque se aparta de lo que es objeto del presente estudio, debe partirse del hecho de que la Constitución de 1978 determina y concentra cuáles sean las garantías de la actividad jurisdiccional, sobre la base del carácter único del Poder Judicial del Estado. En esa unicidad se fundamenta la especialidad de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, aunque, con sometimiento expreso y en todo caso, y esta nota es, sin duda, especialmente relevante, a los principios y garantías (todas) constitucionales, como preceptúa el art. 117.5 de la

45. Vid., a este respecto, los Preámbulos, tanto de la LPM como de la LCOJM.

Para ESTEBAN RAMOS, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XIV, Voz Jurisdicción Militar, Barcelona, 1978, pp. 526., la milicia, para subsistir con eficacia, debe estar aglutinada por una fuerte disciplina, que debe ser mantenida con rigor y restablecida con rapidez. Por su parte, FERANADEZ SEGADO, *El nuevo perfil orgánico y competencial de la Jurisdicción Militar*. Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 1988, pp. 2858., considera que las razones que han justificado la propia existencia de la jurisdicción militar han sido la sustantividad del Derecho militar, la conveniencia de unos órganos «ad hoc» capaces de interpretar fielmente las normas de ese Derecho, la necesidad de dotar a la institución armada de un medio de autodefensa, la situación «sui generis» de los ejércitos en la propia sociedad, la misma eficacia de la institución con vistas al cumplimiento eficaz de sus altas misiones y, singularmente, el imperio de la disciplina y de la ejemplaridad que demandan celeridad en la corrección de las infracciones». También, Vid., JIMENEZ VILLAREJO, *Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar*, en *Revista Española de Derecho Militar*, 1989, nº 53, pp. 11 y ss., y ALVAREZ ROLDAN, *La nueva jurisdicción militar (Comentarios a la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar)*, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 53, pp. 75 y ss.

46. STC 60/1991, 14 de marzo. «No es aceptable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y del Derecho militar como el ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa, y por ello mismo, el art. 117.5 CE no puede ser interpretado en el sentido etimológico que defiende el auto proponente, ni su contenido normativo puede ser integrado por disposiciones infraconstitucionales de carácter legal o reglamentario».

CE⁴⁷. De ahí que este sometimiento a las garantías constitucionales, y por ende, al sistema procesal penal que configura la Ley Fundamental, otorguen primacía al marco jurídico que articulan las leyes procesales generales, por encima de la especialidad subjetiva que se predica de la institución militar: no en vano, estamos ante la afirmación, respecto del proceso penal militar, del mantenimiento de la tutela judicial efectiva (*ex art. 24 CE*), de cuyo contenido forma parte integrante el ejercicio de la acción popular (*ex art. 125 CE*) como *ut supra* se ha indicado.

Esta fundamentación da pie al análisis del siguiente epígrafe.

2.2.- Aplicación supletoria de la LECr al proceso penal militar.

El ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar no está excluido expresamente en la LPM ni en la LCOJM. Además, tampoco puede apreciarse la existencia de una prohibición implícita en dicha normativa, según se deducirá de las consideraciones que se indican en los siguientes párrafos.

Según establece el Preámbulo de la LPM «se declara como supletoria, en lo que no se regula y no se oponga a esta Ley, la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Por su parte, la Disposición Adicional 1º de

47. STC 60/1991, de 14 de marzo. «El art. 117.5 CE ha establecido límites y exigencias muy estrictos en 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, y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales. Siguiendo en parte la pauta de la Constitución republicana de 1931, y también la de otras Constituciones extranjeras, el art. 117.5 CE impide una extensión inadecuada de la jurisdicción militar, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de la Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder, en todo caso, a los Tribunales ordinarios. El art. 117.5 CE no deja lugar a dudas del propósito constitucional de limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucional, la jurisdicción militar sólo puede conocer de lo estrictamente castrense, noción que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los arts. 8º y 30 CE». En parecidos términos, la STC 4/1990, de 18 enero.

la misma LPM indica que «La Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus disposiciones complementarias, serán aplicables a los procedimientos penales militares, que se regirán por dichas normas en cuanto no se regule y no se oponga a la presente Ley». Con ello, tanto la LPM, como también la LCOJM, no contienen la totalidad de la normativa aplicable a los procesos penales militares, actuando, por prescripción legal, con carácter supletorio la LECr⁴⁸. De ser esta afirmación cierta, la acción penal popular es procedente en el ámbito del proceso penal militar, porque la LECr, en sus arts. 101 y 270, como se ha indicado en un epígrafe anterior, sí prevé y regula la acción popular, reconociendo el derecho de todos los ciudadanos españoles a ejercitar dicha acción, aunque no hayan sido ofendidos por el delito.

En virtud de la Disp. Adic. 1ª de la LPM, los art. 101 y 270 LECr son también aplicables al proceso penal militar, ya que se refieren a una cuestión no regulada en la LPM y no se oponen (ni contradicen) a ninguna de las normas contenidas en la propia LPM.

Cuando el art. 127.1 LPM exceptúa del ejercicio de la acción particular al ofendido e inculpaado, militares ambos, y mediando entre ellos relación jerárquica de subordinación, no prohíbe el ejercicio de la acción popular. Es más, el mencionado artículo, inclusive permite, (porque no lo prohíbe) que la acción penal sea ejercida por un tercero en calidad de acusador popular, aún en el caso de que el delito se impute a un militar y el ofendido o perjudicado por el delito sea otro militar que se halle en relación de subordinación jerárquica con el inculpaado.

48. El carácter supletorio de la LECr en relación a la legislación procesal penal militar también es admitido por MONTÓN REDONDO, *Derecho Jurisdiccional*, Ob.cit., p. 651, cuando comenta que, a su juicio, el hecho de que el órgano jurisdiccional militar no pueda hacer uso de las prerrogativas previstas en el art. 733 LECr, porque expresamente no se prevea en la LPM, aunque tampoco se prohíba expresamente, no debe descartar su empleo si se tiene en cuenta el carácter supletorio de la LECr, según indica la Disp. Adic. 1ª de la Ley procesal militar.

En parecidos términos, respecto del ejercicio de la acción civil en el proceso militar, GARCIA LABAJO, *La acción civil en el proceso penal militar*, en Revista Española de Derecho Militar, 1990, nº 55, T.I., «...tal proscripción histórica (se refiere a la de la acción civil en el proceso penal militar), derivaba del propio silencio que al respecto guardaba el Código de Justicia Militar, del que, a reserva de lo que se expresará luego, en ningún lugar se declaraba supletoria, como ahora, la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Otro argumento, aunque éste de carácter histórico, refuerza la afirmación efectuada: si el legislador que ha configurado el proceso penal militar, adaptándolo al nuevo ordenamiento constitucional, hubiera querido excluir la acción popular del proceso penal militar, lo hubiera hecho de forma expresa y directa, tal y como históricamente había ocurrido con el CJM de 17 de julio de 1945⁴⁹. Dado que esta prohibición no ha sido recogida por la LCOJM, de 1987, ni por la LPM, de 1989, de acuerdo con aquellos antecedentes históricos, es lícito pensar que el legislador actual no ha querido excluir el ejercicio de la acción popular en el vigente proceso penal militar.

Ex abundantia, el art. 130.5º LPM, al enumerar las formas de iniciación del proceso penal militar, admite expresamente la posibilidad de que dicho proceso se incoe en virtud de querrela en el supuesto previsto en el art. 108 LCOJM, que regula el ejercicio de la acusación particular; pero el contenido de este precepto no implica que se excluya, al mismo tiempo que el ejercicio de la acusación particular, la acción popular de dicho proceso incoado por el perjudicado. En todo caso, una interpretación restrictiva del punto 5º del art. 130 LPM, interpretación que no considero admisible⁵⁰, podría consistir en admitir que el proceso penal militar no puede comenzar mediante querrela interpuesta por el acusador popular, pero nada debiera impedir que, una vez incoado el proceso por cualquiera de los medios previstos en el referido art. 130 LPM, fuera posible ejercitar la acción popular mediante la correspondiente querrela en el proceso ya existente. De todo lo dicho se colige que también en el proceso penal militar resulta procedente el ejercicio de la acción penal popular.

49. Como se ha dicho en otro epígrafe anterior, el derogado art. 452 del CJM disponía que «en ningún caso se admitirá la acción privada». La Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, que modificó determinados preceptos del CJM (entre otros los arts. 452, 491 y 728, relativos a la configuración de la acusación particular / privada) fue permisiva en relación a la integración de la acusación particular, sustituyendo el contenido del citado art. 452 CJM por otro que prohibía solamente el ejercicio de la querrela (Vid., al respecto, ROJAS CARO, *Derecho procesal...* Ob.cit., p. 241.)

50. Evidentemente, también resulta de aplicación al art. 130 LPM la Disp. Adic. 1ª de la referida LPM, aspecto que determina que ese precepto deba ser completado en este punto con las normas relativas a la acción popular previstas en la LECr, y, por ende, dicho proceso puede iniciarse mediante querrela interpuesta por un acusador popular (art. 312 en relación con los arts. 101 y 270 LECr).

2.3.- Aproximación constitucional sobre la acción popular en el proceso penal militar.

El TC ha abordado indirectamente el tema del ejercicio de la acción popular en el ámbito de la jurisdicción militar. Se trata de las SSTC 97/1985, 37/1993 y del Auto TC 121/1984.

Antes de entrar a analizar su contenido, es preciso poner de relieve, porque resulta de aplicación al presente análisis, y porque es doctrina constante del TC en cuanto a la configuración y alcance de las garantías del sistema procesal, el *principio de la esencialidad de los derechos fundamentales*. Cuando un precepto legal es susceptible de diversas interpretaciones, hay que optar en favor de aquella interpretación que resulte más favorable a la mayor efectividad de los derechos fundamentales. Este criterio general ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional en innumerables ocasiones⁵¹. En la medida en que el derecho a ejercer la acción popular forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y que dicha acción no queda desvirtuada de su propia naturaleza en el ámbito del proceso penal militar, ni tampoco resulta contraria a las finalidades y objetivos del mismo, debe admitirse la posibilidad de ejercitar la acción popular en el proceso penal militar por ser la solución más favorable a la mayor efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho al libre acceso a la jurisdicción⁵², que no queda circunscrito a la jurisdicción ordinaria, sino que también comprende la jurisdicción militar⁵³.

51. Vid., entre otras, las SSTC 26/1987, 27/1987, 13/1984, 196/1987, 34/1986, 156/1986 y 47/1987. Esta última señala que «La Constitución concede protección a los derechos fundamentales considerados no en sentido teórico e ideal sino como derechos reales y efectivos, y ello impone el deber de examinar las denuncias de su vulneración mediante la utilización de criterios sustantivos que, atendiendo al contenido y finalidad del derecho que se dice vulnerado, permitan apreciar si esa vulneración se ha o no realmente producido, más allá de la pura apariencia nominalista».

52. STC 78/1991, de 15 de abril. «Es esencial para el respeto de la tutela judicial efectiva el principio pro actione, que exige una interpretación de las normas que rigen el acceso a los Tribunales del modo más favorable para la acción y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo (modo normal de finalización de un proceso y de cumplimiento de la tutela judicial) sea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictivas de aquellas normas procesales». En el mismo sentido, SSTC 89/1985, de 11 de julio, 118/1987, de 8 de julio, 5/1988, de 21 de enero, 21/1989, 31 de enero, 15/1990, 1 de febrero.

53. SSTC 4/1990, de 18 de enero y 97/1985, de 29 de julio, entre otras ya citadas.

Las sentencias del TC indicadas al inicio de este epígrafe se refieren a supuestos de acusación particular en sentido estricto, y no de acción popular⁵⁴. Pero, aun sin abordar expresamente la cuestión relativa al ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar, se muestran implícitamente favorables a admitir dicha acción⁵⁵. Así, la STC 97/1985, con relación al ya derogado art. 452.2º CJM que prohibía expresamente la interposición de querrela en el proceso penal militar, señala que «dicho precepto encuentra su convalidación constitucional en cuanto está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1º CE les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la cual la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados». Sin embargo, añade, «cuando tales principios y valores no se ven comprendidos, de suerte que la fisura abierta al reiterado derecho constitucional aparece falta de fundamento, se hace forzoso buscar una

54. La STC 97/1985, 29 de julio, plantea el supuesto en que se niega la personación en la causa por muerte instruida por un Juzgado Togado Militar a los padres de la víctima, fallecida por los disparos de arma de fuego de un miembro de la Guardia Civil. La STC 37/1993, 8 de febrero se refiere, también, a la negativa a realizar el ofrecimiento de acciones al padre de la víctima, que previene el art. 127.1 LPM, por parte del Juzgado Togado, en la causa abierta por el fallecimiento de un soldado en el curso de unas maniobras militares. En los casos recogidos en ambas sentencias estamos ante el ejercicio de la acusación particular, ya que la acción penal era ejercitada por un sujeto perjudicado por el delito, cual es el padre de la persona fallecida.

En el Auto 121/1984, de 29 de febrero, se resuelve un caso de acusación formulada por un militar contra otro militar (Coronel que insta la acción penal contra un General por el delito de extralimitación en el ejercicio del mando) respecto del cual el acusador se hallaba en relación de dependencia jerárquica.

55. A conclusiones diferentes llega ROJAS CARO, *Derecho procesal...* Ob.cit., p. 242 y ss. Este autor, como ya antes se ha apuntado, no admite el ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar por razones intrínsecas a la institución castrense.

interpretación del art. 452.2º CJM, que sin cuestionar su naturaleza constitucional, lo cohoneste con aquel derecho». Por este razonamiento resulta válido prohibir (como establece la actual regulación de la LPM y LCOJM) que la acción penal sea ejercitada por un militar contra otro, cuando ambos están ligados jerárquicamente, pero tal prohibición carece de fundamento cuando la acción penal sea ejercitada por persona ajena a las Fuerzas Armadas, en cuyo caso sí resulta admisible el ejercicio de dicha acción⁵⁶.

Identico criterio sigue la STC 37/1993, que admite la posibilidad de que la acción penal sea ejercitada por una persona ajena a las Fuerzas Armadas.

Otra cuestión esencial que debe tomarse en consideración, a modo de argumento que viene a ratificar la postura aquí defendida, favorable al ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar, es la aplicación a las normas procesales estudiadas del principio *tempus regit actum*, a saber:

a) Retomando el hilo de la fundamentación efectuada al inicio de este análisis, en orden a la configuración constitucional de la acción popular que recoge el art. 125 CE, y en especial, a la remisión que éste artículo efectúa a la ley ordinaria a efectos de determinar los procesos penales en los que se pueda ejercitar dicha acción, resulta trascendental tener en cuenta la legislación procesal vigente en cada momento para concretar el alcance de la acción popular.

Tanto la STC 97/1985, como el ATC 121/1984, analizados con detenimiento en el presente epígrafe, fueron dictados cuando aún estaba vigente el CJM de 17 de julio de 1945, aunque ya se hubiera introducido en ese Código la reforma realizada en virtud de la LO 9/1980, de

56. STC 97/1985, 29 julio «... en ocasiones como la presente en las que, de modo manifiesto, el ejercicio de la acción privada por personas no pertenecientes a las Fuerzas Armadas y asistidos de un posible agravio directo, por la muerte de un hijo por un disparo de un miembro perteneciente a dichas fuerzas, no represente ningún peligro para la cohesión de éstas, al perder la prohibición la razón que la dota de sentido, se ha de interpretar el art. 452.2º CJM de forma tan flexible que no impida al instructor efectuar el oportuno ofrecimiento de acciones, permitiendo, por consiguiente, al agraviado o perjudicado, personarse en el proceso. Interpretación que coincide y encuentra sólido fundamento en la doctrina reiterada por este TC, con arreglo a la cual la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de conformidad con la CE y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho constitucional a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales (STC 19/1983, de 14 marzo, entre otras)».

6 de noviembre; bajo esta normativa, como ya se ha dicho, el art. 452 CJM prohibía la interposición de querrela en el proceso penal militar.

b) El tema concerniente al ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar debe ser planteado desde la perspectiva que ofrecen las sustanciales modificaciones normativas introducidas en la vigente legislación procesal militar, porque la actual legislación incluye dos elementos determinantes en relación al objeto del presente estudio, que no existían al tiempo de dictarse las dos resoluciones del TC indicadas. En primer lugar, y a diferencia de lo que sucedía en el CJM, tanto la LPM como la LCOJM, no prohíben expresamente y con carácter general la interposición de querrela en el proceso penal militar. En segundo lugar, y también a diferencia de lo que sucedía en el CJM, la actual LPM contiene una disposición que, con carácter general, declara aplicable al proceso penal militar la normativa prevista en la LECr, es decir, los art. 101 y 270, entre otros, reguladores de la acción popular en el proceso penal. Por todo ello, se ha de considerar admisible el ejercicio de la acción popular en el proceso penal militar.

LA INTERCEPTACION LEGAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA UNION EUROPEA

MANUEL MANZANO SOUSA
TTE. COL. GUARDIA CIVIL
LICENCIADO EN DERECHO.

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- MOTIVACIONES, LIMITACIONES Y ESQUEMA DEL TRABAJO. III.- SITUACIÓN ACTUAL DE LAS LEGISLACIONES EN LA U.E. A.- VISIÓN DE CONJUNTO. B.- EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL. 1.- Régimen jurídico nacional: ¿concentrado o frustrado?. 2.- Los puntos candentes. a) Confusión de términos en los límites objetivos. b) Falsa distinción de sujetos pasivos y ausencia de presupuestos. c) De otras omisiones varias. 3.- Conclusión anticipada.- IV.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTERCEPTACIÓN LEGAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA U.E. A.- EN GENERAL. 1.- Derecho comparado. 2.- Derecho español. B.- EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORDINARIA. 1.- En el momento de la prescripción.- a) Presupuestos.- a¹) Derecho comparado. a¹¹) Derecho español b) La reserva jurisdiccional o administrativa: ¿Quién la ordena?. b¹) Derecho comparado. b¹¹) Derecho español. c) Motivación de la medida. c¹) Derecho comparado. c¹¹) Derecho español. d) Sujetos pasivos. d¹)

*Derecho comparado. d^{II}) Derecho español.***2.- Control en fase de ejecución.** a) Requisitos en tiempo. a^I) *Derecho comparado. a^{II}) Derecho español.* b) Requisitos en forma. b^I) *Derecho comparado. b^{II}) Derecho español.* b^{III}) *Debate sobre la participación policial.* **3.- Control a posteriori.** a) La notificación al interesado. a^I) *Derecho comparado. a^{II}) Derecho español.* b) Órganos de apelación. Recursos. b^I) *Derecho comparado. b^{II}) Derecho español.* c) Depósito y destrucción de las grabaciones. c^I) *Derecho comparado. c^{II}) Derecho español.* C.- EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA O DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO. **1.- Características y justificación de su existencia. 2.- Generalidades sobre los regímenes especiales existentes. 3.- Estudio en detalle.** a) En el momento de la prescripción. b) Control en fase de ejecución. c) Control a posteriori. **4.- Breve consideración de aplicación en el caso español. 5.- Interceptaciones extraordinarias, sin sujeción a control.** D.- RÉGIMEN DE LOS EXPLOTADORES DE REDES O DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS. **1.- La obligación jurídica de colaboración o asistencia técnica.** a) Derecho comparado. b) Derecho español. **2.- Problemas específicos derivados de la interceptación en los sistemas de telecomunicación.** a) Sistemas de telefonía en servicio: a^I) *De red fija. a^{II}) Terrestre móvil analógica. a^{III}) Terrestre móvil digital. a^{IV}) Telefonía móvil por satélites.* b) Problemas técnicos. c) Problemas de jurisdicción. **V.- RESUMEN FINAL.**

I.- INTRODUCCIÓN.

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

Nos encontramos en pleno auge del desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones. Poco más de 100 años nos separan desde que Alexander Graham Bell (1876) puso en contacto a dos personas, separadas entre sí por tres kilómetros, a través de una línea eléctrica. En plena era de los satélites de telecomunicaciones (el primero: Telstar,

1952) la tradicional conversación por hilo se ve notablemente superada. Los medios de transmisión han escalado desde el rudimentario hilo de cobre pasando por las ondas radioeléctricas, hasta los satélites espaciales. Los tipos de información se han diversificado: sonido, imágenes, datos etc. En este momento, en España comienza a expandirse la telefonía móvil o inalámbrica. En la mayor parte de los países de la Unión Europea y en el nuestro, a partir de este año (1995), la modalidad digital (codificada) es un hecho habitual en las comunicaciones privadas. Los avances en este campo son de tal dimensión que la versatilidad de los medios al servicio de los abonados asegura la fidelidad, el alcance, la seguridad y sobre todo la confidencialidad.

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

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

No todos los países, en el concierto de la Unión Europea, han respondido y responden de igual forma al reto planteado. Sin embargo la presencia de la delincuencia internacional en estos ámbitos es un presupuesto ya antiguo. Precisamente este tipo de organizaciones delictivas tienen un fácil acceso a la moderna tecnología por su gran poder económico. La lucha contra el crimen organizado no conoce fronteras. Allí donde la legislación sea más difusa o permisiva, se constituirán las transgresiones con mayor profusión. Todas las policías europeas, conscientes de su misión, necesitan de los cauces legales que posibiliten las excepciones del derecho al secreto de las telecomunicaciones privadas entre ciudadanos.

Para los cuerpos policiales es preciso alcanzar el máximo aprovechamiento de las autorizaciones, que respecto a sus limitaciones legales, habilitan las interceptaciones en orden a conseguir ventajas investigativas y/o la obtención de fuentes de prueba, para el esclarecimiento

de los delitos e identificación de sus autores. Criterios de armonización, por consiguiente, deben presidir la regulación en esta materia para lograr el éxito, sin diferencias sustanciales que la hagan depender de la legislación del país origen de la llamada, país receptor de la misma, del operador de red, concesionario de los servicios, nacionalidad del satélite, etcétera.

Como puede observarse, el tema en cuestión mantiene una «envoltura» jurídica con un núcleo eminentemente técnico. El derecho comunitario avanza en la normalización de la información de las telecomunicaciones y sus equipos; así como en el establecimiento del mercado interior de servicios¹. Lo cual, una vez incorporado al derecho interno facilitará la regulación del componente técnico-administrativo del problema jurídico en su conjunto. Pero resulta extraordinariamente importante, sobre todo desde el punto de vista de su traducción práctica, abordar las posibilidades de llevar a cabo la interceptación legal de las telecomunicaciones, conociendo las limitaciones legales del Estado destinatario de nuestra demanda, según la competencia jurisdiccional reconocida de antemano.

En torno a ello va a girar este trabajo que confío nos permitirá, amén de conocer el derecho aplicable en este aspecto de los países de

1. Son ejemplo de ello: La Directiva del Consejo de 24 de julio de 1986 (L 217/21) relativa a la primera etapa del reconocimiento mutuo de la homologación de equipos terminales de telecomunicaciones. Directivas de la Comisión, de 18 de mayo de 1988, (L 131/73) y de 28 de junio de 1990 (L 192/10) relativas a la competencia en los mercados de terminales de comunicaciones. Directiva del Consejo, de 28 de junio de 1990 (L 192/1) relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones. Directiva del Consejo, de 29 de abril de 1991, (L 128/1), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos terminales de comunicación. Recomendación del Consejo (87/371), de 25 de junio de 1987 relativa a la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad (DO. L. 196.17.07.87 pág. 81); y Resolución del Consejo de 14 de diciembre de 1990 (DO. C. 329.31.12.90 pág. 25) sobre el mismo asunto anterior. Directiva del Consejo (91/287 y 91/288), de 3 de junio de 1991 sobre bandas de frecuencias que deben asignarse para la introducción coordinada de las telecomunicaciones digitales europeas sin hilo (DECT) en la Comunidad (L. 141 08.06.91 pág. 47). Directiva (93/97) del Consejo, de 29 de octubre de 1993 por la que se complementa la Directiva 91/263 sobre equipos de estaciones terrenas de comunicaciones por satélite (DO. C. 290. 24.11.93 p.1). Decisiones de la Comisión (94/11 y 94/12), de 21 de diciembre de 1993 sobre reglamentación técnica común para los requisitos generales de conexión de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas (D.O. L. 008 12.01.94 pág. 20 y ss).

la Unión Europea, evaluar en consecuencia, el propio derecho nacional disponiendo de las ventajas que proporciona el conocimiento de los avances legales de interés policial para la constitución de un frente equilibrado y común en el empleo de este medio de investigación particularmente técnico.

II.- MOTIVACIONES, LIMITACIONES Y ESQUEMA DEL TRABAJO

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

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

Las interceptaciones por vía de comisiones rogatorias proliferarán y sin embargo las legislaciones respectivas no están precisamente armonizadas. Ya se han detectado avances y progresos en determinados países a raíz de condenas del Tribunal de Estrasburgo. Nuestra situación sobre la previsión legal que desarrolle el derecho fundamental (art. 18.3 C.E) del secreto a las comunicaciones y las excepciones legales, es sencillamente insostenible. Creo que una mirada al exterior nos será muy provechosa. Por tanto -como se dice- el eje director del estudio estará siempre orientado al ámbito procesal, y dentro de él, aquél en el que la intervención de la Policía Judicial esté interesada en conocer el

camino a seguir en la instrumentalización de esta medida en la investigación del delito.²

El *esquema* del trabajo se basa en los criterios de análisis aportados por el Juez Louis-Edmond Pettiti (T.E.D.H) en su voto particular coincidente en el *Caso Malone* (S/2 de agosto de 1984). Dicha Autoridad judicial estima muy conveniente la distinción entre las escuchas permitidas bajo reserva jurisdiccional y las que se autoricen bajo régimen administrativo³.

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

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

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

En cada régimen diferenciado se seguirá el orden cronológico común a la adopción de la medida, indicado además, en líneas generales, por la Sentencia de 6 de septiembre de 1978 del T.E.D.H. Así se estima conveniente que: «La vigilancia puede sufrir un control en tres niveles: cuando se ordena, mientras es desarrollada y después, cuando ella cesa o control *a posteriori* (pfo 55)⁴.

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

3. Ver S/T.E.D.H., de 2 de agosto de 1984. *Caso Malone*. Boletín de Jurisprudencia Constitucional nº 64-65 Agosto-Sep. 1986 pág. 1081 y ss.

4. Ver S/T.E.D.H. de 6 de septiembre de 1978. *Caso Klass y otros*. Boletín de Jurisprudencia Constitucional nº 30, oct. 1983, pág. 1199 y ss.

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

III.- SITUACIÓN ACTUAL DE LAS LEGISLACIONES EUROPEAS

A.- VISIÓN DE CONJUNTO.

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

El punto de partida, galvanizador de las reformas legales, bien puede decirse que reside en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así puede afirmarse, dado que con motivo de la denuncia ante este Tribunal de particulares, por violación del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), se ha propiciado la revisión de la legislación nacional cuestionada en el caso. En efecto, así resulta del *Caso Klass y otros* contra la **República Federal de Alemania**. Aunque precisamente aquí, el examen de la ley entonces vigente G.10, de 13 de agosto de 1968, que desarrolla el art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn⁵, sobre limitación del secreto de las comunicaciones, fue declara-

5. El art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, dice así:
1) Son inviolables el secreto de la correspondencia, así como el de las comunicaciones postales y el de las telecomunicaciones.

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

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

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

Por todo ello el Tribunal de Estrasburgo llegó a la conclusión de que en el Derecho inglés y galés no se cumplía la previsión legal que permitía la injerencia de la autoridad pública en el derecho de los

Este apartado 2. del artículo 10 está redactado de acuerdo con la revisión constitucional de 24 de junio de 1968, basado en la cual se redactó la Ley G.10, de 13 de agosto de 1968. Tanto la revisión constitucional como la Ley G.10, fueron objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional Federal, recurso resuelto por sentencia de 15 de diciembre de 1970. Se encontraron conformes a la Constitución ambas, excepto el §.5(5) de la Ley G.10. sobre la notificación al interesado que podrá diferirse a «cuando pueda excluirse todo peligro para el fin de la limitación» (redactado según ley de 13 de septiembre de 1978).

ciudadanos, a decir del art. 8.2 del Convenio, fallando por unanimidad de sus trece jueces que éste se había violado, en este punto. Así que con posterioridad al fallo del Tribunal, el Parlamento británico aprobó la *Interception of Communications Act*, norma sancionada por la Reina el 25 de julio de 1985, y en cuya elaboración se ha tenido en cuenta el pronunciamiento del T.E.D.H en el *caso Malone*.

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

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

Existía en Francia legislación aplicable para la adopción de las intervenciones, bien es verdad, que bajo el estilo de cláusula general de habilitación, proclamando la libertad de los medios de investigación (arts. 81, 151 y 152 del Código Procesal Penal). Los reparos, por tanto, de la sentencia del T.E.D.H., de 24 de abril de 1990, no apuntaron a la falta de previsión legal. Dice así la sentencia: «En resumen, la injerencia litigiosa tenía fundamento legal en el Derecho francés». (punto 29. final). La exigencia, no satisfecha con arreglo al Convenio, se centra en la «calidad de la ley». «El sistema -se dice- no proporciona hasta el

6. Ver S/T.E.D.H. de 24 de abril de 1990. *Casos Kruslin y Huvig*. Boletín de Jurisprudencia Constitucional n. 144 pág. 285 y ss.

momento la protección adecuada contra posibles abusos» (punto 35). Así pues, ni se precisan delitos, objeto de la medida, ni sujetos pasivos de la misma, ni duración, etcétera. La determinación del Tribunal sobre la violación del derecho de toda persona al respeto a la vida privada y de su correspondencia (art. 8.1 del Convenio), concepto en el que se incluyen las conversaciones por telecomunicación, tuvo como respuesta por parte de la Asamblea Nacional Francesa la aprobación de la Ley 91/646, de 10 de julio de 1991, *relativa al secreto de la correspondencia emitida a través de las telecomunicaciones*. Comentaristas de esta ley, como Pierre Chambon o Louis-Edmond Pettiti⁷, no se recatan en reconocer como precedente inmediato de revisión la condena de Francia en los casos *Kruslin* y *Huvig*.

La ley francesa constituye en la legislación europea, el intento más ambicioso del tratamiento de la materia en estudio, pues ha tenido en cuenta el distinto carácter de las escuchas que obedecen a la investigación de delitos comunes (Tit I), bajo control judicial exclusivo, a las que denomina «judiciales», y las «interceptaciones de seguridad» (Título II), que tienen por objeto la búsqueda de información atinente a la seguridad nacional, terrorismo, delincuencia organizada y otros intereses, afectos al potencial económico y científico de Francia. Estas últimas confiadas al Poder Ejecutivo (a instancias del Ministro interesado, autorización del Primer Ministro y bajo control de un órgano interministerial). La nueva ley francesa, en vigor desde el 1º de octubre de 1991, ha supuesto la ordenación de una nueva rúbrica⁸ en el *Code de Procedure Pénale* (C.P.P.) comprendiendo ésta los artículos 100 a 100.7, nuevos. Pese a todo la ley francesa no ha resuelto todas las carencias puestas de manifiesto por la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, sobre todo en las escuchas que pueden ser medio de prueba en el ámbito penal. Así lo pone de manifiesto con pesar Henri Leclerc⁹, en

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

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

8. A partir de este Ley la Sec. 2ª Cap. I. Tit. III. Libro I del Código de Procedimiento Penal se denomina: *Des interceptions des correspondances émises par la voie des télécommunications*.

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

sus comentarios a la ley, y asimismo será objeto de nuestra particular crítica por el desequilibrio, que su articulación supone en favor de la injerencia y de su instrumentalización no justificada.

En el cénit de la filosofía que la impregna, la Ley francesa regula un tipo de interceptaciones de carácter extraordinario o sin sujeción a control, cuya finalidad es la defensa nacional, sin perfilarse límites ni presupuestos definidos. Finalizando la ley en unas disposiciones comunes extremadamente útiles a los efectos administrativos del régimen de explotación de los servicios de telecomunicaciones, salvaguardando los intereses prevalentes de las interceptaciones legalmente acordadas.

En **Italia**, el motor de la actual regulación legal sobre la interceptación de las telecomunicaciones puede considerarse que está representado por la sentencia n° 34 de la *Corte Costituzionale*, de 6 de abril de 1973. Esta sentencia rechaza la inconstitucionalidad del régimen legal vigente entonces respecto del art. 15 de la Constitución italiana de 1947¹⁰, reconociendo que el secreto de las comunicaciones no es un derecho absoluto, que ha de ceder y ser limitado ante la presencia de intereses individuales o colectivos, entre ellos «la exigencia de prevenir y reprimir delitos, es decir, un bien que es asimismo objeto de protección constitucional». Pero lo más importante para la configuración del régimen jurídico de las interceptaciones es la impartición de unos criterios que delimitan la adopción de la medida. Así: la reserva jurisdiccional de la misma, duración, prórrogas, controles *a posteriori*, etcétera. Con base en esta doctrina, se aprobó la Ley 98/74, de 8 de abril que modificó el Código Penal e introdujo en el Procesal Penal toda una serie de medidas, que constituyen el actual marco legal (arts. 266-271)., configurando un régimen jurídico muy completo, cuya última modificación (L. 23 dic. 1993. n. 547) sale al paso de las interceptaciones específicas de comunicaciones informáticas o telemáticas. (nuevos arts. 266 bis y 268.3 bis, y modificados los arts. 268.6 y .8).

El terrorismo, en general, y la delincuencia mafiosa, en particular, han exigido para su combate la aprobación de medidas excepcio-

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

nales¹¹, también en esta materia, que tienden a agilizar la autorización de la interceptación por iniciativa del fiscal a petición de las fuerzas policiales, aunque no escapa al control judicial en ningún momento, aumento de plazos, escuchas preventivas, etc.

Bélgica recoge en el texto de 1994 de su Constitución¹² la inviolabilidad de su correspondencia. Varios proyectos de ley se han sucedido desde 1985 impulsados por el Ministro de Justicia, entonces Jean Gol, que han sido continuados en 1991, con ciertas trabas por parte del Consejo de Estado para llegar a una regulación de la excepción al secreto de las comunicaciones telefónicas, garantizado constitucionalmente.

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

En segundo término se diseñó un régimen completo de alcance y contenido sobre los aspectos íntegros de la medida. Así se presentó, en

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

12. El artículo 28 del Texto Refundido de la Constitución belga, de 17 de febrero de 1994 (contiene sin modificación el texto primitivo de 1831) garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, en los términos siguientes: «Será inviolable el secreto de la correspondencia». Boletín Legislación Extranjera 149-150. Marzo-Abril 1994. Cortes Generales.

septiembre de 1993 el anteproyecto de ley del ministro Wathélet sobre la *surveillance* de las comunicaciones y telecomunicaciones privadas, que es preferible traducir -justificándose más adelante- por: «interceptación»; puesto que tal medida comprende: *écouter, prendre connaissance et enregistrer, pendant leur transmission*.

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

El régimen belga queda configurado como de naturaleza estrictamente procesal penal¹⁴, diferenciándose nítidamente dos intensidades de la medida: *le repérage* (art. 88 bis C.I.Cr) y *la surveillance* (interceptación) (arts 90ter-90decies C.I.Cr). Todo ello anteponiendo el carácter excepcional de su adopción y un ejemplar desarrollo de fijación de requisitos, límites, ponderación de los mismos y cuidadoso procedimiento de ejecución, que hacen de este modelo un digno y obligado exponente en la materia.

Dinamarca, a través de la profunda reforma constitucional de 1953 ha enriquecido la redacción de su texto fundamental¹⁵ que garantiza el

13. La ley, en el aspecto procesal, crea una nueva rúbrica, en el Libro I, Capítulo VI Sección II, distinción II, del Código de Instrucción Criminal, un nuevo §6, denominada «Des écoutes, de la prise de connaissance et de l'enregistrement de communications et de télécommunications privées» (arts. 90ter-90decies) y la adición de un nuevo párrafo al final del art. 88 bis.

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

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

secreto a las telecomunicaciones, estableciendo la reserva judicial para su excepción. La legislación danesa es un modelo completísimo de previsiones tipificadas en la determinación de los presupuestos, requisitos y procedimientos de adopción y ejecución de las medidas de interceptación de las telecomunicaciones.

El cuerpo normativo se contiene en el Título 71 de la Ley sobre la Administración de Justicia, de 20 de febrero de 1992 (Secciones 780-791). El texto -como se dice- es de un gran avance en cuanto a la determinación de los tipos delictivos que pueden motivar la orden de un Tribunal de la Ciudad (Primera Instancia) a intervenir las comunicaciones, a los procedimientos policiales de ejecución, duración, límites y garantías del sometido a la medida excepcional. Entre éstas, cabe destacar, para hacer efectivo el derecho de defensa sin perjudicar la efectividad de la información que puede ser útil a la investigación, el nombramiento de un asesor legal, abogado «en la sombra» nombrado por el Tribunal a quien se notificarán todas las actuaciones relacionadas con la intervención.

La materia ha sido abordada recientemente en **Grecia**. De esta forma, la ley que deroga cualquier disposición previa general o especial en este campo, es la n° 2225/94 aprobada por el Parlamento Nacional bajo el título de «Ley sobre protección de la libertad de correspondencia y comunicación, y otras disposiciones», con fecha 20 de julio de 1994. Comienza la Ley por la creación de una Comisión Nacional como órgano de control, de corte parlamentario, para establecer a continuación, dos regímenes que justifican el levantamiento del secreto de las comunicaciones garantizado en la Constitución¹⁶. Estos dos regímenes cuya previsión tiene raíz en el texto de la propia Ley Fundamental se articulan: por razones de seguridad nacional (art. 3), y para la investigación de crímenes (art. 4). Gozan, por tanto, de tratamiento diferenciado en cuanto a presupuestos, autoridad ordenante de la medida, y límites de ejecución. Tiene asimismo esta ley la previsión de sancionar penalmente la falta de colaboración o de apoyo técnico a la práctica de la medida (art. 5.11).

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

Un marco legal bien preciso sobre los presupuestos, límites objetivos y subjetivos, procedimentales y de garantías esta previsto en los arts. 88-1 al 88-4 del Código de Instrucción Criminal de **Luxemburgo**, que junto con la ley de 11 de agosto de 1982, sobre la protección de la vida privada, comprenden la vigilancia del secreto de las comunicaciones, típicamente procesal. Su texto constitucional garantiza asimismo el secreto de la correspondencia¹⁷ en la que, según hemos visto, se incluye la emitida por vía de las telecomunicaciones.

El art. 12 de la Constitución de la **República de Finlandia** de 1919, garantiza la inviolabilidad del secreto de las telecomunicaciones con reserva legal para las excepciones que sean previstas¹⁸. Ninguna excepción legal se había producido hasta que por vía de la Ley n° 676, de 3 de agosto de 1992, se modificó la Ley de Explotación de Telecomunicaciones (n. 183, de 20 de febrero de 1987), para establecer en su capítulo 29: «Secreto», la autorización de su levantamiento para conseguir información en la investigación de ciertos delitos.

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

La Constitución de la **República de Portugal** de 1976, además de una declaración general de secreto de la comunicación privada, prohíbe expresamente las injerencias ilegales¹⁹. El Código de Procedimiento

17. El artículo 28 de la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo (texto refundido editado en francés en 1968 por el Servicio Central de Legislación del Ministerio de Estado), en su última revisión de 25 de octubre de 1956, dice escuetamente: «El secreto de la correspondencia es inviolable...» Traducción del Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

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

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

Penal de Portugal de 1987, bajo la rubrica *Das escutas telefónicas* previene en los artículos 187-190 los presupuestos típicos admisibles para posibilitar una interceptación, las prohibiciones, formalidad de las operaciones, causas de nulidad y extensión o ámbito material objetivo para ampliar los requisitos legales a «cualquier otro medio técnico diferente al teléfono» que pudiera utilizarse. El régimen jurídico se completa con la habilitación legal *expresa* al Juez de Instrucción para ordenar la medida (art. 269.1.c).

El secreto de las conversaciones privadas esta garantizado por la Ley Fundamental de **Austria**²⁰ y el régimen jurídico de las interceptaciones legales previsto en su Código de Instrucción Criminal (§149 a y b) al que nos referiremos, teniendo presente su última redacción de 1993.

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

A pesar de prever presupuestos concernientes a la investigación criminal y a la seguridad del Estado, no puede decirse que configure dos regímenes diferentes. El control de la autorización de la medida está siempre en manos del Gobierno, en concreto del Ministro de Justicia. Se deduce de la Ley que las grabaciones así efectuadas, no tienen la finalidad de ser fuente de prueba, ni pueden ser utilizadas por

20. La Constitución Federal austriaca (Ley Constitucional de 1 de mayo de 1945), declara una serie de leyes vigentes entre las que se encuentra la Ley Fundamental del Estado de 21 de diciembre de 1867 sobre los derechos generales de los ciudadanos. Su artículo 10, dice así: «El secreto de la correspondencia es inviolable...». Por Ley Constitucional Federal de 5 de diciembre de 1973, se añadió el artículo 10 a: «Es inviolable el secreto de la comunicación telegráfica y telefónica (*das Fernmeldeseheimnis*).

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

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

un Juzgado o Tribunal salvo en determinados procedimientos por delitos contra leyes de Telecomunicación (Sec. 10). El mecanismo de revisión de la legalidad del procedimiento de adopción y de su fundamentación es asaz prolijo y se despliega a dos niveles: el más inmediato del Árbitro de Quejas (*Complaints Referee*), y el del Juez designado del Alto Tribunal (*High Court*). En ambos casos la esfera de control no escapa al Gobierno.

En el **Reino de Holanda** se garantiza bajo amparo de su Ley Fundamental²² el secreto de las comunicaciones privadas, manteniéndose la reserva jurisdiccional para la autorización de la medida de interceptación e incluso la iniciativa del Fiscal en determinados casos. Su reciente actualización se ha operado merced a la Ley de 1 de marzo de 1993, que ha modificado la protección penal del derecho y el Código de Procedimiento Criminal (arts. 125 f-n) y 552). Se presta especial atención a la comunicación por sistemas automatizados, con medidas especiales en favor del Juez para tener acceso a dicha información.

En el caso del **Reino de Suecia**, su Constitución²³ es igualmente respetuosa del derecho que se estudia y protege a sus ciudadanos contra toda injerencia de la autoridad pública o de particulares en sus comunicaciones. La regulación legal de las interceptaciones se contienen en el Código de Procedimiento Judicial (*Rättegångsbalken*), Capítulo 27, arts

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

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

18-25, (ley 602/1993). La nota más destacada de este régimen es que parte, como el belga, de una regulación distinta según se trate de la modalidad de «intervención» o escucha (que supone grabación), o de la «vigilancia», que tan sólo comprende la recogida de datos. La atención específica a la mención constante de las comunicaciones a través de medios telemáticos, es otra de sus características novedosas. Por lo demás reviste el esquema típico de previsiones procesales, con ausencia de procedimiento específico de ejecución, notificación al interesado y recursos, que seguirán las disposiciones de carácter general.

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

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

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

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

B.- EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.

1.- Régimen jurídico nacional: ¿concentrado o frustrado?

En España en fin, como es sabido, el secreto de las comunicaciones está garantizado en nuestra Constitución de 1978, en su art. 18.3,

especificando en su inciso final: «...y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

El contenido esencial del derecho que se garantiza no parece peligrar por el descubrimiento y utilización de nuevos medios de transmisión, que hoy culminan en la informática aplicada al establecimiento de una *comunicación*. Si se entiende por tal, con Jiménez Campo²⁴, al interpretar la norma constitucional, que la cita de los tres tipos de comunicaciones es ejemplificativa, considerándose bajo tutela las comunicaciones como *numerus apertus*, p ej: a través de medios técnicos no precisamente telefónicos, fax, ordenador, correo electrónico, modem, etc.

A pesar de la previsión constitucional de 1978, no es sino hasta 1984 que por medio de la L.O. 7/84, de 15 de octubre sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas, que se introduce en el Código Penal²⁵ la oportuna protección del secreto, con la inserción de los artículos 192 bis, (que penaliza al funcionario) y 497 bis (que sanciona al particular). Modificados éstos recientemente por ley orgánica 18/94, de 23 de diciembre de 1994.

Ciñéndonos, como se ha advertido, a la regulación procesal que posibilita la interceptación, aquí el retraso es mayor. El procedimiento en España ha sido tortuoso, anómalo y los resultados decepcionantes.

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

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

Tanto la doctrina de forma unánime²⁶ como la propia jurisprudencia²⁷ han vertido sus críticas demoleadoras sobre la situación actual de la normativa nacional.

26. VELASCO NUÑEZ, Eloy, tacha el precepto (579 LECrim) de «escaso y desordenado». *Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación del tema*. Actualidad Penal n. 18/3-9 mayo 1993, obr. cit. pág. 275. RODRÍGUEZ RAMOS indica que la regulación actual es *defectuosa, ambigua, parca y contradictoria* rematando los calificativos con el de *excecancia legislativa*, llegando incluso a afirmar que son nulas todas las escuchas practicadas en España tras la C.E. *Intervenciones telefónicas*, en la Prueba en el Proceso Penal. Cuadernos de Derecho Judicial del C.G.P.J. Madrid 1992, pág. 454. FERNÁNDEZ ENTRALGO, encuentra la insuficiencia del art. 579 LECrm, en la no fijación del alcance, límite y procedimiento para ejecutar las intervenciones telefónicas. *Prueba ilegítimamente obtenida*. LA LEY 1990-1 pág. 1198. VÁZQUEZ HONRUBIA, J.M. Señala que el nuevo art. 579 (L.O. 4/88) trató de colmar el vacío legal existente para «evitar los peligros que supone una dejación de este derecho fundamental al excesivo arbitrio judicial, finalidad sólo muy parcialmente conseguida». *Las escuchas telefónicas*. Revista de la Asociación de Jueces Magistrados «Francisco de Vitoria» n. 1. Junio 1991, pág. 59. ASENCIO MELLADO, J.M^a habla de la *parquedad e imperfección* de la redacción legal lo cual lo hace devenir contradictorio y generar importantes dudas. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid 1989, pág. 105. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, afirma que con el art. 579 LECr, «no ha quedado zanjada la discusión sobre la colisión de las limitaciones del art. 18.3 CE con el principio de legalidad, dada la absoluta indeterminación de la norma, los graves problemas de interpretación que provoca y su incongruencia en otros preceptos de la LECrm». *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid. 1990 pág. 93. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo califica el precepto de «apartados lacónicos y a todas luces insuficientes» y que «las carencias en la regulación de la materia son de tal importancia que equivale a una ausencia normativa», considerando que su «...indeterminación y amplitud... son espacios de verdadera ilicitud y proscritos de un estado democrático». *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid 1989, pág. 182 y 183.

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

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

Además resulta tardía, porque efectivamente, no es sino hasta la L.O. 9/84, de 26 de diciembre, contra la actuación de las bandas armadas y elementos terroristas, de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, que en su artículo 17 se establece la suspensión individual del derecho, entre otros, del secreto de las comunicaciones, pero en el ámbito de la delincuencia terrorista. No es ésta evidentemente una normativa propia, genuina, auténtica de la materia. Se dice que el procedimiento es tortuoso y anómalo porque de estas medidas excepcionales germinó una pretendida normativa híbrida al aprobarse la L.O. 4/88, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en definitiva vino a instaurar el tan deseado régimen, concentrado (?) en un solo artículo: el 579²⁸. El cual fue ampliado en tres apartados (2,3 y 4) para tratar de la interceptación legal de las comunicaciones telefónicas de las cuales el último reproducía el mencionado art. 17.2. Se incurrió, de esta forma, en importantes omisiones y su escasa regulación adolecía y adolece de contradicciones o cuando menos de oscuridad interpretativa, con grave inadecuación práctica al sistema procesal vigente. Hasta entonces, es decir, hasta 1988 y aún hoy, la doctrina y la jurisprudencia se han visto y se ven obligados a regular la laguna existente en el ordenamiento, por vía analógica integradora respecto de otras instituciones semejantes: la intervención de la correspondencia postal, telegráfica o la entrada en domicilio, e incluso al amparo de la eficacia normativa directa que el precepto constitucional (art. 18.3) despliega por sí mismo.

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

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

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

4. «En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado, al Juez competente, quién también de forma motivada, revocará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.»

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

2.- Los puntos candentes.

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

a) Confusión de términos en los límites objetivos.

Al estudiar éstos en las reglas del art. 579 LECrim, se crea gran confusión al distinguir entre *intervención* y *observación* de las comunicaciones, sin precisar nada al respecto. Se pretende interpretar por parte de una minoría de autores que con el primer término el legislador quiso referirse a la aprehensión o apoderamiento del contenido de la conversación, poder llegar a conocerla, y la «observación» ha de reducirse, a poder tener conocimiento del destino de la comunicación, de la identidad del receptor de la comunicación, al menos del titular del aparato, pero no se permite el conocimiento del contenido que debe permanecer secreto, según López Barja de Quiroga²⁹. Quedaría así esta última

29. Ver LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid 1989, pág. 194. De la misma opinión *Cobo del Rosal*, Manuel. *Un supuesto de intervenciones telefónicas como prueba ilícitamente obtenida*. Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal. Madrid 1993. pág. 268.

Se suma a estas diferencias De LLERA SUÁREZ-BARCENA, Emilio. *El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal*. Poder Judicial nº 3, año 1986, pág. 16.

modalidad identificada con lo que otros autores llaman «recuento», «tarifador» (*comptage, metering o pen register*)³⁰.

La polémica está superada —éste no es el lugar de detenerse en los argumentos— y no hay reserva alguna en admitir la equivalencia de ambos términos en el sentido de la captación de cualquier forma, del proceso de la comunicación, con conocimiento o no del mismo³¹. Lo cual nos pone en relación con el término *interceptar*, según la significación dada por el Tribunal Constitucional (S.114/84, de 28 de noviembre, F.J. 8º) y se corresponde con las acciones típicas usadas en la redacción de los artículos 192 bis y 497 bis C.P sobre escuchas clandestinas realizadas por funcionarios o por particulares respectivamente.

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

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

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

Pero es que desde el punto de vista de la práctica judicial se fomenta la indiferenciación de ambos (intervención/observación) pues con extraordinaria frecuencia un juzgado menciona en el auto la medida «observación» procediéndose por la C.N.T.E. a facilitar la línea para la escucha y grabación de las conversaciones por los agentes de policía judicial solicitantes; es decir, procediéndose a la «intervención», por lo que es preferible emplear el concepto «interceptación», sin establecer diferencias en la legislación vigente en España. Sobre pronunciamiento jurisprudencias en este sentido, se verán más adelante.

El vocablo *interceptación* es preferido en el foro internacional, no en su acepción más estricta de «impedir» o «cortar» el curso de una cosa; sino de *intrusión* en el mismo, tal como lo describe de forma exhaustiva González Guitián³².

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

Tampoco están especialmente claras las reglas del art. 579 LECrim en cuanto a los sujetos pasivos de la medida. Se nos habla del «procesado» (art. 579.2) y «de las personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal» (579.3). La polémica sobre la interpretación del precepto en este punto también está despejada, entendiéndose que procede acordar la medida de interceptación sobre el imputado judicial en un procedimiento penal (Diligencias previas, Procedimiento abreviado o Sumario) bajo sospecha fundada y concreta³³. La práctica forense además, ha impuesto esta interpretación.

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

33. Esta distinción de dos posibles sujetos pasivos en situación procesal de mayor a menor gravedad según la corriente doctrinal minoritaria serviría para aplicar: «intervención» al *procesado*; y «observación» al *imputado*. Pero dado que las reformas procesales de 1967 y 1988 han restringido el auto de procesamiento únicamente al procedimiento sumario por delitos graves o muy graves sólo cabría la «observación» para delitos menos graves. Esta interpretación guardaría proporcionalidad (aceptando la distinción intervención/observación) acordándose la más restrictiva para el derecho fundamental cuando se trate de la persecución de delitos más graves y mayor juicio de culpabilidad en el sujeto (procesado). Pero refiriéndonos a los partidarios, citados como mayoritarios (v.n.31), en mayor o menor medida no se explican los tipos de sujetos pasivos (procesado e imputado) cuando precisamente el art. 579.4. LECrim previsto para delitos más graves (colaboración con banda armada) prevé sólo la «observación» (referido al nº 3) de quien se exige «los indicios de responsabilidad criminal». Por otro lado los mismos autores hacen hincapié en que de mantenerse la relación «intervención» solo al procesado, ésto implicaría que ésta tan sólo sería posible al final del procedimiento, pues el auto de procesamiento se dicta cuando la instrucción está prácticamente finalizada y precisamente justo antes de acordarse la conclusión del sumario. Con ello la «intervención» telefónica, así entendida, perdería toda utilidad. Esta argumentación, por reducción al absurdo, alimenta la tesis mayoritaria de que la condición del sujeto pasivo objeto de la interceptación debe requerir sólo una imputación judicial en un procedimiento penal cualquiera.

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

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

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

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

También el legislador italiano prevé la utilización de las intervenciones en su artículo 270.1C.P.P.: «Los resultados de las intervenciones no podrán ser utilizados en procedimientos distintos a aquéllos para los que se han dispuesto, salvo que resulten indispensables para la investigación de delitos para los cuales sea obligatorio el arresto «flagrante». La legislación danesa es muy estricta a este respecto pues prohíbe, sin paliativos, el uso de la información adquirida por medio de una intervención ante un Tribunal con referencia a un delito distinto al que ha servido como base de la autorización (Sec. 789(2) Cap. 71 Ley de la Admón de Justicia). En términos parecidos se expresa la Ley griega que, bajo sanción de nulidad castiga el empleo de la información obtenida «como prueba directa o indirecta en otro juicio penal civil, administrativo, disciplinario o procedimiento administrativo» con objetivo distinto al autorizado (art. 5.10. Ley 2225/94).

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

c) *De otras omisiones varias.*

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

Pero donde la ley hace notar su mutismo es en el procedimiento que debiera preverse para la ejecución de la interceptación³⁵. ¿Quién o quienes la llevarán a cabo?, ¿con qué límites o condiciones?, preservación de la autenticidad de las grabaciones, control judicial de las mismas y de sus transcripciones, notificación al interesado para salvaguardar el derecho de defensa (una vez levantada la medida), destrucción de las grabaciones, etc. Aquí, la jurisprudencia no ha tenido más remedio que valerse, una vez más, de la analogía integradora de otras medidas

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

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

coercitivas, como se ha dicho³⁶. De todas formas, y en general, esta jurisprudencia que forma ya un cuerpo doctrinal considerable³⁷ y que ha culminado con la resolución más autorizada del Tribunal Supremo A/18-6-92 (*Caso Naseiro*), se ha preocupado más de las garantías afectas al derecho de defensa y a la valoración de la prueba en el juicio oral, que a la constitución de un régimen jurídico salvando todas las dudas, carencias y contradicciones del precepto del art. 579 LECrim.

3.- *Conclusión anticipada.*

El total de las deficiencias observadas nos hace concluir en este breve comentario de la legislación nacional, que teniendo presente las cuatro sentencia citadas del Tribunal de Estrasburgo (*Caso Klass y otros* (1978); *Caso Malone* (1984); *Casos Huvig y Kruslin* (1990)) no albergamos duda de que nuestra regulación no cumple las garantías mínimas de protección exigidas en el art. 8.2 del Convenio³⁸ y que el ciudadano español es objeto de una inseguridad jurídica evidente, puesto que con una ley insuficiente todo queda al arbitrio judicial, y depende, como sinceramente expone Hurtado Adrián, «de criterios dispares no ya a nivel de diferentes Salas o Secciones de Audiencia, sino incluso de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo»³⁹. Y por

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

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

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

39. Ver HURTADO ADRIÁN, Angel L. *El teléfono como medio de investigación en el proceso penal*, Actualidad Penal nº 9, 28 de febrero-6 de marzo 1994, pág. 176.

parte de la defensa, la ausencia normativa propicia la generalización de abusos en la impugnación de las medidas con la única finalidad obstruccionista del proceso inculpatario.

IV.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTERCEPTACIÓN LEGAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

A.- EN GENERAL.

1.- Derecho comparado.

Como ya hemos visto todos los países de la U.E. tienen garantizado el secreto en las comunicaciones privadas en su Constitución o Ley Fundamental o en una ley ordinaria, o en ambas⁴⁰ en consonancia con el art. 8.1⁴¹ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950.

De igual forma todos los países de la U.E. disponen de la legislación oportuna que regule la excepción legal que permita el levantamiento del secreto y la autorización de la interceptación de las telecomunicaciones en determinados casos, y sometida a condiciones de diversa índole, que constituyen las garantías del ciudadano⁴². Estas normas legales residen

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

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

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

42. El art. 8.2 del Convenio prescribe una serie de requisitos a cumplir por la injerencia en el derecho al secreto de las telecomunicaciones: 1) que esta injerencia esté prevista en la Ley interna del país. 2) que tales injerencias sean necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, incluye como otros requisitos en virtud del artículo 13 del Convenio: que exista un recurso interno efectivo en la legislación del país mediante el cual se pueda recurrir la medida adoptada, y que tal recurso ha de ser ante un Tribunal independiente, imparcial y mediante proceso público no necesariamente de carácter judicial. Ver obr. cit. pág. 41 y 42.

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

No parece constatarse ningún problema legal que dependa exclusivamente del tipo de medio de transmisión (hilo, radio, satélite, fax, software, modem, etc) que pueda incidir sobre la autorización de la medida de interceptación, según se transmita comunicación oral, de texto, datos o imágenes. Aunque todo depende del carácter y contenido del derecho protegido por el secreto y de lo que en derecho interno se entienda por *comunicación* para hacerla extensiva a la efectuada por vía de ordenador⁴³.

2. Derecho español.

En el caso de España nos encontramos con continuos elementos de contradicción, si bien en el 579. 2º LECrim, se dice «intervención de las

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

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

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

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

B.- EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORDINARIA.

1.- En el momento de la prescripción.

a) Presupuestos.

El principio de proporcionalidad exige que la excepción al derecho de secreto en las comunicaciones privadas, se motive o justifique por la persecución de un delito de cierta gravedad, que pueda definir la necesaria ponderación de intereses: el particular y el social, en favor de este último, con el sacrificio del derecho fundamental que de esta forma encuentra su límite. Por tanto, se hace preciso que la injerencia en la vida privada proporcione la seguridad jurídica al ciudadano de saber *a priori* en qué casos aquélla podrá acordarse⁴⁵.

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

45. Dice LÓPEZ BARJA DE QUIROGA a este respecto: «No basta con que se produzca alguna de las razones expuestas (ver n. 42) para que sea admisible interferir la vida privada de la persona, ya que es necesario que con anterioridad una ley, previendo el supuesto lo haya autorizado. Las excepciones (del art. 8.2 Convenio) no son pues directamente aplicables, sino que constituyen autorizaciones al legislador nacional para restringir el derecho». Ver Obr. cit. pág. 35.

a') Derecho comparado.

Se fijan en las legislaciones nacionales en forma de un catálogo taxativo de delitos, por ejemplo: en Alemania⁴⁶, Bélgica⁴⁷ Finlandia⁴⁸ y Grecia⁴⁹. Frecuentemente atendiendo a la penalidad de éstos: Francia, si la pena es superior a 2 años; Holanda, si superior a 4 años; Reino Unido, si superior a 3 años; Irlanda, si superior a 5 años; Austria y Finlandia, si superior a 1 año; Portugal, si superior a 3 años; Luxemburgo, si superior a 2 años; Italia, si superior a 5 años; Dinamarca, si igual o superior a 6 años. En el caso de Suecia, dependiendo de que se pretenda acceso al contenido (*hemlig teleavlyssning*) o sólo recogida de datos (*hemlig teleövervakning*), los delitos deberán estar penados como mínimo con 2 años o 6 meses, respectivamente. Pero en la mayoría de ellos se combina este requisito temporal con la lista

46. El parágrafo §100 a StPO relaciona una serie de delitos que presuponen la orden de vigilancia y grabación de las telecomunicaciones: Delitos de traición a la paz, de alta traición, amenaza para el estado democrático de derecho a la seguridad exterior. (§80 a 82, 84 a 86, 87 a 89, 94 a 100 a StGB). Contra la defensa nacional (§109d a 190h StGB), contra el orden público (§129 a 130 StGB); falsificación de moneda o valores (§146, 151, 152 StGB); tráfico de personas (§181 StGB); asesinato, homicidio o genocidio (§211, 212, 220 a StGB) y contra la libertad personal (§234, 234 a, 239 a, 239 b StGB); hurto efectuado por bandas (§244 y 244a StGB) y robo o chantaje violento (§249 al 251, 255 StGB). Así como delitos previstos contra la Ley de Armas, la Ley de Extranjería, la Ley de Estupefacientes, entre otros.

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

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

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

cerrada de infracciones delictivas que presuponen la autorización de la interceptación⁵⁰.

a^{II}) *Derecho español.*

He aquí la gran ausencia de la legislación española que en su acusada parquedad no refiere ni listado de delitos, ni referencia sobre su gravedad en función de la pena que pudiera serle impuesta a la infracción perseguida⁵¹. Esta ausencia ha obligado a la doctrina a

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

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

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

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

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

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

pronunciarse sobre la falta de limitación *rationae materiae*. La regla de los sacrificios expuesta arriba exige la persecución de delitos graves, es decir castigados con penas superiores a prisión menor (más de 6 años). Sobre este entorno está la mayoría de la doctrina, pero hay quien opina que la interceptación legal puede acordarse judicialmente para cualquier tipo de delito⁵². De otro lado quien no la considera admisible más que para delitos penados con prisión mayor o pena superior, si la finalidad es la de tener conocimiento del contenido de la conversación, y hace la distinción en que la «observación» (en el sentido explicado, del 579.3º) es permisible en todo tipo de delitos⁵³. También se pretende ligar esta regla sobre la interceptación de telecomunicaciones a los criterios para acordar la prisión provisional⁵⁴.

A partir de este punto, y basándose en los criterios legales para acordar la prisión provisional (art. 503 LECrim), el magistrado Hurtado Adrián⁵⁵ propone, que tomando como frontera los delitos graves (penas superiores a prisión menor) al igual que la medida cautelar personal, no sea éste un módulo único sino que participe de la flexibilidad precisa que proporciona el ser conjugado con otras circunstancias concurrentes. Tal como se opera para dictar la prisión provisional (antecedentes del imputado, alarma social producida por el hecho, frecuencia de su comisión), pueden adoptarse éstos u otros. En realidad, tal criterio ha sido refrendado por el renombrado Auto del T.S. de 18 de junio de 1992: «... sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica...», añadiendo además que se debe «graduar la naturaleza del

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

53. Esta es la opinión de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. Obr. cit. pág. 198-199. En este sentido si equiparamos «observación» a *repérage* en la ley belga, acabamos de ver que es igualmente aplicable la modalidad a todo tipo de delitos (art. 88 bis C.I. Crim) para el Juez de Instrucción. Sin embargo el equivalente de la medida en Suecia denominada vigilancia (*hemlig teleövervakning*) necesita de penas, como mínimo de 6 meses simplemente para recoger datos en la investigación de un delito de los sancionados en esa pena límite o superior.

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

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

delito, su gravedad, la posibilidad o no de descubrirlo por otros medios menos traumáticos social o individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes (F.D. 1º 3º pfo.).

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

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

b') *Derecho comparado.*

En la mayor parte de los países de la U.E, el derecho nacional otorga al juez de instrucción, el poder para autorizar la interceptación. Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Suecia; incluso en Austria, Grecia, Finlandia y Dinamarca se necesita el concurso de un órgano colegiado (Tribunal o Consejo). En Alemania⁵⁶, Grecia⁵⁷, Italia⁵⁸, y Bélgica, en casos muy precisos⁵⁹ aunque la

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

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

58. El artículo 267 C.P.P. italiano previene en su apartado 1, que será el Ministerio Público quién pida al Juez la autorización para proceder a la interceptación de las telecomunicaciones, pero contempla en el 2, que «en caso de urgencia» cuando exista motivo fundado para considerar que del retraso puede derivarse grave perjuicio para las investigaciones, el Ministerio Público dispondrá la intervención». Esta decisión

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

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

En el derecho anglosajón, tradicionalmente, las interceptaciones se utilizan para ayudar a la policía en sus investigaciones, pero nunca con finalidad probatoria, y desde luego no están incardinadas en una fase del proceso penal, sino que es el Poder Ejecutivo: El Ministro⁶⁰, quien

motivada debe ser comunicada al juez antes de transcurridas 24 horas. El juez tiene 48 horas para decidir sobre la ratificación. Caso de no pronunciarse se entenderá denegada y nula a todos los efectos.

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

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

Otra precisión que resulta conveniente se refiere al rango y ramo de la Autoridad ordenante en la Ley de Interceptación de Comunicaciones de 1985. El término *Secretary of State* parece más equivalente al de Ministro, no al Secretario de Estado según nuestro Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Y por tal motivo *Assistant under Secretary of State* parece asimilarse al Secretario General del Ministro.

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

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

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

b^{II}) Derecho español.

Centrándonos en España, y en este marco de delincuencia común, la resolución judicial es exclusiva y excluyente, sin la cual por imperativo constitucional no es posible practicar una interceptación legal de las comunicaciones privadas de los ciudadanos, independientemente de la modalidad de telefonía fija o móvil que se utilice. Ésto - a mi parecer - es irrelevante y no afecta al secreto de la comunicación ni a la garantía constitucional⁶¹. En toda la legislación europea estudiada se ha podido

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

61. En contra de esta opinión GONZÁLEZ GUITIÁN. *Escuchas clandestinas...* obr. cit. pág. 117, que excluye a las comunicaciones por radio del carácter de «privada». Contrario también DE VICENTE REMESAL, J. *Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos*. Poder Judicial nº 17 Año 1990 pág. 164. Aun fresca la sentencia de la Audiencia Nacional (Sec. 3ª Sala de lo Penal), de 15 de septiembre de 1995, en el SM 15/92 del J. Central de Instrucción nº 5 (*Caso Charlin*), es igualmente adicta a esta tesis, afirmando que: las comunicaciones por radio «no se encuentran comprendidas en el art. 18.3 de nuestra Constitución, ni a las mismas se

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

c) Motivación de la medida.

Uno de los aspectos de gran interés policial en todo el régimen de la interceptación es el que se refiere a la verificación de los datos, que por su calidad y consistencia puedan constituir la motivación en la que se funde

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

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

c') Derecho comparado.

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

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

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

La ley griega (2225/94) después de permitir la autorización para la investigación de determinados delitos (por tanto, cometidos o que están cometiendo) apura la misma hasta los actos preparatorios en el delito de falsificación de moneda (art. 4.1). Los términos del Código de Procedimiento Criminal en Holanda son extremadamente claros puesto que la primera condición que se exige para ordenar la interceptación es que el delincuente sea sorprendido *infraganti* o que el delito sea denunciado... (art. 125 f).

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

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

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

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

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

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

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

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

c'') Derecho español.

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

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

(art 579.2 LECrim) o bien «la observación de las comunicaciones... telefónicas de las personas sobre las que existen *indicios* de responsabilidad criminal...» (art. 579.3 LECrim). Como vemos la exigencia de *indicios*⁶⁶ y su relación con personas determinadas o determinables excluye otra finalidad que no sea el «descubrimiento o la comprobación» de algún hecho en relación a la causa. El Tribunal Supremo ha negado categóricamente la licitud de las escuchas predelictuales o de prospección desligadas de la realización de un hecho delictivo⁶⁷.

d) Sujetos pasivos.

No suelen ser muy exactas o precisas las normas consultadas en cada país en este punto. Esta indeterminación subjetiva sobre a quiénes puede aplicarse la medida, es interpretada en general, en referencia a las personas en las cuales recaigan fundadas sospechas de participación en el delito, ya como imputados directos o indirectos. Es decir, todas

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

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

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

aquellas personas que reciben comunicaciones para el imputado o que provienen de él o que las trasmite o sirve de enlace, que puedan adquirir la cualidad de cómplices o cooperadores necesarios. No existe demasiado rigor en los pronunciamientos legales.

d') Derecho comparado.

Ejemplo de omisión expresa es la reciente legislación francesa, que no fija quienes pueden ser las personas sometidas a la escucha, aunque la decisión judicial debe llevar «todos los elementos de identificación de la comunicación que se va a interceptar» (art. 100.1 C.P.P.). Tal indeterminación ha motivado las críticas de los comentaristas Henri Leclerc⁶⁸, Bernard Bouloc⁶⁹ y Pierre Chambon⁷⁰ quien en un intento de interpretar la laguna legal se remite a la opinión del ponente M. Massot que precisa «el juez puede hacer escuchas a cualquier persona en relación con la información abierta». Sin embargo esta ley es especialmente cuidadosa para proteger las intervenciones decretadas sobre una línea que dependa del bufete de un abogado o de su domicilio, debiendo previamente ser informado por el Juez competente el Decano del Colegio de Abogados (*Le Bâtonnier*), (art. 100.7 C.P.P.). El C.P.P. portugués prohíbe la interceptación y grabación de comunicaciones o conversaciones entre el acusado y su defensor, salvo que el juez tuviera fundadas razones que tales constituyan el objeto del delito (art. 187.3). Además de los abogados, la ley procesal austriaca incluye otros profesionales, con serias limitaciones cuando se trate de interceptar las instalaciones de una empresa de medios de comunicación⁷¹. De la misma índole son las prohibiciones de someter a la medida en el Código de Instrucción Criminal belga, a despachos profesionales, sedes de medios de comunicación, de abogados o médicos (salvo que éstos

68. Ver LECLERC H. obr. cit. pág. 23.

69. BOULOC B. *Chronique Législative*. Revue de science criminelle et de droit penal comparé, janvier-mar 1992, pág. 128 et suiv.

70. CHAMBON P. obr. cit. pág. 175.

71. Los abogados, notarios y psiquiatras quedan protegidos en sus comunicaciones de acuerdo con §149 a(1)b en relación con el §152(1).4. Los medios de comunicación sólo soportarán la injerencia cuando el delito perseguido esté sancionado con cadena perpetua o penas superior a 5 años e inferior a 10 (§149a(2) en relación con §1.6 de la Ley de Medios).

sean los sospechosos o sus locales utilizados a tal fin) (art. 90 octies). La prohibición es absoluta en Suecia para las conversaciones telefónicas u otras telecomunicaciones que tengan lugar entre el sospechoso y su defensor. Deberá interponerse la escucha, nada más advertido y destruir la grabación inmediatamente (art. 22. C.P. Judicial).

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

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

d'') Derecho español.

¿Qué dice a este respecto nuestro derecho positivo? Primero, el artículo 579 LECrim siembra confusión entre la *intervención* de las comunicaciones del «procesado» y la *observación* de las comunicaciones «de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal». No vamos a detenernos en la supuesta distinción (intervención-procesado/observación-imputado), en la que ni el Tribunal Supremo ha querido entrar (ver A/TS 18 Jun 92. FD. 2º, 5º pfo) pero que, como se ha dicho anteriormente, la mayoría de la doctrina da por zanjada la controversia en favor de la intervención de las comunicaciones telefónicas a toda *persona imputada* judicialmente con sospecha fundada⁷². Más tarde la normativa-precepto finaliza con una formula-

ción genérica que implica a cuantas personas «se sirvan (de las comunicaciones) para la realización de sus fines delictivos» (579.3 LECrim final). Por tal motivo López Frago es partidario de la aplicación de la redacción alemana, referida a personas con toda su amplitud al derecho español⁷³.

2. Control en fase de ejecución.

a) Requisitos en tiempo.

a¹) Derecho comparado.

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

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

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

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

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

a¹) Derecho español.

La legislación española, siguiendo fiel a su insuficiencia, no señala plazo para la modalidad, llamada por el precepto «intervención» (pfo 2 del art. 579 LECrim). Por contra la «observación» es reglada por un plazo «de hasta 3 meses». Es decir, como máximo, interpretado por la doctrina y la jurisprudencia de forma restrictiva, como cualquier limitación o injerencia en un derecho fundamental. Previéndose además en esta segunda modalidad, de una prórroga «por iguales períodos», que bajo el mismo sentido habrá de ser interpretada no indefinida, sino estrechamente relacionada con los resultados obtenidos. La solicitud de prórrogas no fundadas por parte de la Policía Judicial y/o su concesión incondicionada e injustificada por la Autoridad Judicial contravienen el juicio de proporcionalidad que de forma continuada debe gravitar sobre la interceptación (S/TS27 Sep. 94).

b) Requisitos en forma.

Una vez tomado el acuerdo por la Autoridad habilitada (Juez, Fiscal, Ministro), para llevar a cabo una interceptación de las telecomunicaciones de una o varias personas se produce la orden o mandamiento para su ejecución. La orden suele revestir unos requisitos formales tales como ser dada por escrito⁷⁴, especificar el peticionario, el nombre, dirección, número de teléfono o teléfonos (para determinar la línea a interceptar en base a persona determinada o determinable), medida o modalidad a practicar: recuento o *comptage*, escucha, grabación; lugares o dependencias, autoridades, funcionarios o empleados públicos o privados, sobre los que se delegue la operación, tanto en su aspecto investigativo, como de asistencia técnica; duración de la medida, con alguna indicación al respecto sobre el informe periódico de resultados. La normativa en este campo puede contener todo o parte de estas condiciones de ejecución, junto a otros controles simultáneos de desarrollo que revelarán su importancia en el momento de reconocer a las grabaciones su autenticidad y valor probatorio. Estos nuevos requisitos

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

pueden versar sobre el levantamiento de actas del contenido de los registros o transcripciones de las comunicaciones, sobre todo para determinar el fedatario de las mismas, pudiendo ampliarse a la remisión de todo el material o parte de él seleccionado, plazos de entrega, custodia del mismo, exigencia de grabaciones originales o copias, etcétera.

b) Derecho comparado.

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

Como prototipo de previsión legislativa cabe citarse el propio del derecho italiano. El art. 268 de C.P.P. (ejecución de las operaciones) conjuntamente con el art. 267 del mismo texto legal configuran un marco bien definido⁷⁵. Es el Fiscal quien protagoniza la dirección de las operaciones apoyándose para su ejecución y asistencia técnica, en la Policía Judicial y explotador de la red de telecomunicaciones correspondiente, disponiéndose, por su parte, las dependencias donde deba

75. El Ministerio Público procederá a las operaciones personalmente o bien valiéndose de un oficial de la policía judicial (art. 267.4 C.P.P.). El control de las operaciones exige que su grabación, reserva y custodia sean en las oficinas del Fiscal, quien anotará en orden cronológico las órdenes que dispongan, autoricen, ratifiquen o prorroguen las interceptaciones y el comienzo y fin de cualquier grabación (art. 267.5 C.P.P.). Se levantará acta y se transcribirá el contenido de las comunicaciones (art. 268.1 y 2 C.P.P.), operaciones que podrán ser exclusivamente realizadas en la Procuraduría de la República o cuando resulten insuficientes, inadecuadas o por razones de urgencia, debidamente motivado podrá disponerse en la instalación de los aparatos técnicos en la empresa pública o en las dependencias de la Policía Judicial (art. 268.3 C.P.P.). Las actas y las grabaciones serán enviadas inmediatamente al Ministerio Público, dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de las escuchas que serán depositadas *todas* (puesto que no se hacen selecciones previas) en su secretaría, junto con las órdenes, autorizaciones o prórrogas, quedando bajo su custodia el tiempo fijado por el Fiscal» (268.4 C.P.P.). Las transcripciones de las grabaciones serán disputas por el Juez de *forma completa* (art. 268.7 C.P.P.)

realizarse la vigilancia. Destaca la minuciosidad de las secuencias descritas por la ley, afinando en cuanto a la custodia de la totalidad de las grabaciones y de sus respectivas transcripciones.

Francia goza de un régimen caracterizado, en este aspecto, como en otras actividades de investigación e instrucción, previstas en el Código Procesal Penal (ver como ejemplo, art. 81, 151 y 152 C.P.P.), por la delegación continua en la Policía Judicial para la ejecución de la interceptación⁷⁶.

En el Código de Procedimiento Penal alemán (StPO) después de señalar las especificaciones de la orden de interceptación (por escrito, nombre y dirección, duración, etc.) (§100 b (2)), tan sólo se recoge el deber de prestar asistencia técnica para llevarla a cabo⁷⁷. No hay, por tanto, una disciplina legal de las actividades precisas para la ejecución de la interceptación, con atribución de papeles y responsabilidades a los

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

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

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

participantes: Juez, Fiscal, Policía. Quedará al arbitrio judicial quién en todo momento mantiene el control de la medida, la ordenación de las prescripciones necesarias para señalar ejecutores de la grabación, particularidades de la misma (total o parcial), reseña e individualización de las cintas, remisión y custodia, transcripciones, etcétera.

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

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

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

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

bⁱⁱ) Derecho español.

Una vez más, al acudir al único precepto legal español que constituye, por el momento, todo el régimen, calificado por algún autor

como de «inconstitucional por omisión», nos encontramos con que el artículo 579 LECrim no contiene absolutamente ningún requisito sobre el control de la ejecución de la interceptación, una vez acordada. Así pues, no queda más camino, como reconoce la doctrina y el auto del T.S. de 18 Jun. 92 (*Caso Naseiro*) «de llevar a cabo una especie de construcción... utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la detención de la correspondencia privada (art. 580 y ss) y otros supuestos semejantes (entrada y registro domiciliario art. 563 LECrim). Según éstos cabe que el Juez de instrucción pueda oficiar directamente a la oficina de la Compañía Telefónica para que se practique la intervención acordada (art. 580.2 y 582 LECrim) en cuyo caso el encargado de la misma remitirá el resultado directamente al Juez o bien encomendar la ejecución de la diligencia a las Autoridades y agentes de la Policía Judicial (art. 563.1 LECrim) los cuales habrán de dar cuenta de su resultado al Juzgado y al Ministerio Fiscal según los términos previstos en el art. 296 LECrim y obrando siempre con la legalidad en sus actuaciones exigido por el art. 297 LECrim, en la práctica de la diligencia⁷⁸.

Parece más lógico que como expertos en la investigación sean los funcionarios policiales los encargados por la Autoridad Judicial de la escucha y grabación de las conversaciones interesadas, para lo cual necesitarán de la colaboración en materia de asistencia técnica⁷⁹ de los empleados de las empresas explotadoras de las redes y proveedoras de servicios, tanto de las públicas como de las privadas concesionarias,

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

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

cuya labor será imprescindible y compleja, a la vez que costosa, a partir de la generalización de los servicios de telefonía móvil en España (sistema analógico) o con mayor razón por la actual implantación del sistema digital GSM paneuropeo. Dadas las notorias ausencias legales y el amplio margen del arbitrio judicial en materia de investigación, como se dice no reglada, otras actuaciones consecutivas de la interceptación misma son objeto de polémica. Se trata de la remisión al Juzgado de las cintas originales o de copias, y a su vez si éstas deben constituir la totalidad del material utilizado o selección de lo escuchado en relación a los hechos investigados, y por último, sobre la designación de la persona o personas autorizadas para realizar la transcripción de aquellas, con vistas a su valor probatorio.

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

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

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

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

Como término medio, el papel de la Policía Judicial en los países de la U.E. en esta fase es patente con concesiones a ésta de hecho o de

derecho en las actividades de ejecución de la interceptación, con una incidencia judicial muy variable.

La mayoría de la doctrina española⁸⁰ se muestra inflexible a la hora de exigir a los agentes policiales comisionados la entrega al Juez de los *originales* de las grabaciones y nunca de las copias y que el material entregado debe contener *todas* las conversaciones interceptadas. Negándose, por tanto, a tales la posibilidad de efectuar una selección de las mismas en relación a los hechos investigados y menos aún la de verificar transcripción alguna ni cualquier otra manipulación que escape al control judicial.

Pretender apoyar tales interpretaciones en el precepto constitucional (art. 18.3) que protege el secreto de las comunicaciones o en la posición de jueces y tribunales como garantes de los derechos fundamentales (art. 53 C.E) no puede usarse para urdir asechanzas sobre la actuación policial, tales como que tan pronto escape al control judicial se pueden utilizar los conocimientos adquiridos para realizar extorsiones, para su lucro, para venta a los medios de comunicación o «simplemente» para la creación de «archivos paralelos» policiales⁸¹. No cabe despreciar de forma tan gratuita la misión constitucional de los miembros de las F. y C. de S. sobre la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades (art. 104.1 C.E) y no se debe olvidar que el mismo deber de secreto sobre los hechos investigados obliga a jueces y policías sancionados en el mismo Código Penal. Estas disonancias que suponen la descalificación genérica sobre la integridad y profesionalidad de los agentes de la Policía Judicial española, recurriendo a un falso postulado, no encierran más que pura y simple desconfianza en aquéllos, lo que, a decir de lo ya visto, es extraña a los pronunciamien-

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

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

81. Esta es la opinión de LÓPEZ FRAGOSO, T. que asume lo ideado por ASENCIO MELLADO, J.M. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid 1989, pág. 102, al que cita. Ver obr. cit. pág. 87.

tos legales de la mayor parte de los países en la U.E. Frente a esta ocurrencia impertinente se alza más razonado y prudente el análisis del magistrado Hurtado Adrian⁸² quien de forma conveniente toma como ejemplo las facultades otorgadas al funcionario de Correos en el examen y selección de la correspondencia (art. 580 y ss LECrim) y que no se puede, en su misma virtud, conceder a los miembros de la Policía Judicial que han ejecutado materialmente la medida, la continuidad, merced a su intermediación, de seleccionar de lo escuchado lo que guarde interés para la causa y caso de no poderse aportar los originales presentar las copias igualmente identificadas y reseñadas.

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

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

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

No obstante la consagración de la doctrina profesoral y jurisprudencial⁸⁴ instituyendo un control judicial omnipresente en actividades complementarias de la mera interceptación, me atrevo a apuntar lo que la propia Audiencia Nacional ha calificado como de «judicializar al máximo la ejecución de la medida..., sin necesidad alguna»⁸⁵.

84. Ver un compendio de los requisitos en la fase de ejecución de la interceptación y resumen de la doctrina general sobre el régimen legal español consolidado en la jurisprudencia en López Barja de Quiroga, J. *Esquema general del régimen legal de las intervenciones telefónicas*. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 88 de 11 de febrero de 1993 y Soto Nieto, F. *La motivación, la proporcionalidad y el control judicial en las intervenciones telefónicas*. Rev. La Ley nº 3783, de 19 de mayo de 1995.

85. Ver S/A. Nacional de 27 de septiembre de 1994. Sec. 3ª Sala de lo Penal SM 18/90 (*Caso Nécora*) FD. 47. Partiendo del reconocimiento admitido en la práctica, incluso por la S.T.S. de 25 Jun. 93 de que «La técnica de intervención telefónica y su seguimiento continuado dificultan la permanente atención del Juez a la forma en que se desarrolla. Los juzgados carecen de posibilidades materiales para instalar las escuchas y para realizar un control integral a las conversaciones matenidas, por lo que de momento se debe encomendar su práctica a las unidades de la policía judicial...» (FD. 12. 4º pfo.), resulta pretencioso y voluntarista requerir la presencia continuada del Juez o Secretario judicial para validar la autenticidad de cada paso por insignificante que este sea. Pretender amparar en la reserva judicial de carácter constitucional y de legalidad ordinaria el control efectivo de todas y cada una de las actividades que comporta la interceptación incluso «hasta en detalles aparentemente menores» como dice García Valtueña, E. obr. cit. pág. 338) o la pretensión del conocimiento por el juez de instrucción, de la técnica empleada en la intervención, como solicita Martín Morales, R. (obr. cit. pág. 114-115), rebasa con mucho las funciones propiamente jurisdiccionales, sin que ello suponga menoscabo de la capacidad científica del juez instructor, que por otro lado en el campo técnico no le es exigible. La misma exigencia plantea Montón Redondo, A. en *las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas*. Revista La Ley, 21 nov. 95 pág. 4. En el caso de practicarse una escucha p.ej. en teléfono público sobre varias personas en materia de narcotráfico, apurando el plazo máximo y concesión de prórrogas, las conversaciones pueden ocupar decenas de horas de grabación. Son recogidas en cintas *master* de larga duración. El control bajo presencia del Secretario Judicial de la regrabación o repicado de todo el material así acumulado en cintas cassettes puede entenderse como una muestra de paroxismo garantista. Vista la STS de 25 Jun. 93 que las interceptaciones autorizadas judicialmente, solicitadas por un Fiscal Jefe de un Tribunal Superior de Justicia, se complementan por su parte, con la selección de pasajes y transcripción de los mismos realizados por la policía, según sus instrucciones, y que estas resulten improcedentes y nulas, debe ser frustrante para quien tiene por misión «promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley» (art. 435 L.O.P.J.). Es decir para el Ministerio Fiscal y para los agentes policiales que dependen de él en todas las actuaciones que le encomiende (art. 444 L.O.P.J.). Conocidas las limitaciones de la actividad investigadora del Fiscal en el proceso penal español es imposible acercarse al modelo italiano. Constatada la ausencia de facultades de la Policía Judicial de propia iniciativa en la LECrim y la corriente estigmatizante actual hacia la Policía Judicial española, es inalcanzable el modelo francés. Aunque nos daríamos por satisfechos con que la dependencia judicial de la Policía Judicial «en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente...» (art. 126 C.E.) surtiera verdaderamente sus efectos, en general y en particular aquí, sobre su contribución en la instrucción del proceso penal.

Queda pendiente el más delicado asunto de las transcripciones de las grabaciones efectuadas. Desde luego nada hay previsto en el art. 579 LECrim, como tantas veces se ha repetido. Y al recurrir a otras condiciones generales de autenticidad con vistas al valor probatorio ulterior, (ya que las cintas son fuente de prueba como documento fonográfico) se exige ineludiblemente que sea el fedatario legal en el proceso penal (el Secretario Judicial, art. 281.1 y 473 L.O.P.J) al que única y exclusivamente le corresponde advenir la fidelidad de las transcripciones, siendo inadmisibles que sea la Policía, la que efectúe las mismas ⁸⁶.

3. Control a posteriori.

a) La notificación al interesado.

Una vez finalizada la vigilancia de las comunicaciones sobre la persona o personas determinadas, de la que naturalmente en pro de la eficacia de la medida, no se les ha dado conocimiento de su adopción, nace, para restablecer la restricción del derecho fundamental practicada a través de la injerencia, la obligación de comunicar o notificar al interesado/s todo lo actuado, para que ejerza su control de legalidad, en base a los recursos que considere oportunos. El derecho de defensa

86. Reiteradísima jurisprudencia: SS/TS de junio; 5 octubre, 14 de noviembre de 1990; 21 de febrero de 1991; A/TS18 de junio de 1992; S. 17 de octubre de 1992; 29 de junio de 1993; 6 de junio de 1994; 31 de octubre de 1994 entre otras.

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

debe ser restablecido tan pronto los resultados hagan cesar la ejecución de la medida. Este derecho a ser informado puede ser exigido a través del artículo 6.3 de la C.E.D.H, en relación con el artículo 8 del mismo texto.

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

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

a') Derecho comparado.

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

87. Este Tribunal tiene sentado que: «La publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, establecida en el artículo 6, párrafo 1 protege a las partes contra una justicia secreta que escape al control público, constituye así uno de los medios de preservar la confianza en Jueces y Tribunales» SS/T.E.D.H. de 8 de diciembre de 1983 (*Caso Pretto y otros*) y de la misma fecha (*Caso Axen*) parágrafos 21 y 25 respect. B.J.C. nº 44. Dic. 1984 (págs. 1490-1507).

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

otros preceptos para considerarlo incluido como una manifestación más del derecho de defensa.

En este aspecto la legislación de la República Federal de Alemania ha sido objeto de una revisión constitucional, de 24 de junio de 1968, que modificó el art. 10.2. de la Ley Fundamental. Una impugnación posterior motivó la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, de 15 de diciembre de 1970, que declaró contrario a la Constitución alemana que por ley se autorizase la no comunicación al interesado de la intervención de sus comunicaciones, para el caso de delitos relacionados con la seguridad del Estado Federal o de los federados. En la actualidad, en el régimen propio de la investigación del delito común, la ley de 17 de julio de 1992 modificó el StPO, y en su §101 «Comunicación» se prescribe que la vigilancia y grabación de las telecomunicaciones «se comunicarán a los implicados, siempre que no se ponga en peligro el objeto de la investigación, la seguridad pública, la integridad o la vida de una persona y la posibilidad de actuaciones posteriores de agentes investigadores que no actúen abiertamente». Como vemos la notificación al interesado está sujeta a todo un elenco de consideraciones previas excluyentes, alguna de ellas representada por un concepto tan indeterminado como es «la puesta en peligro de la seguridad pública» cuestión que por sí sola puede constituir un valor polivalente difícilmente objetivable para obviar la notificación sobre la injerencia de unas determinadas comunicaciones, una vez practicada. La notificación en Austria será inmediata, después de la vigilancia, salvo puesta en peligro de la finalidad (art. 149b(4)).

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

Dinamarca, da vida en su legislación a una institución singular que -en mi opinión- supone un verdadero acierto para solucionar de forma jurídicamente satisfactoria, el problema de mantener el secreto de la investigación policial-judicial, garantizándose al mismo tiempo la defensa de los derechos del interesado. Se trata de que «antes de que el Tribunal emita su orden (de interceptar las comunicaciones), se nombrará a un abogado para la defensa de la persona a quien corresponde la intervención y al abogado de la defensa se le dará audiencia» (Sec. 784 (1)). Este abogado defensor «en la sombra» será nombrado de una lista especial confeccionada por el Ministerio de Justicia, quién establecerá las normas referentes a su servicio (Sec. 784 (2)). Este letrado será informado de todas las reuniones del Tribunal sobre el caso que le está confiado y tiene derecho a participar en ellas y a tener acceso al material que vaya proporcionando la Policía. En caso de duda sobre alguna materia estrictamente confidencial, decidirá el Tribunal. El letrado no debe revelar a nadie la información recibida, ni tener contacto con la persona intervenida, sin autorización de la Policía (Sec. 785(1)). De esta forma se garantiza un control simultáneo de la medida en su defensa⁸⁹. En Finlandia puede diferirse la notificación hasta el sobreseimiento o formulación de acusaciones, en su caso (Sec. 29).

En la ley belga se previene que, lo más tarde en el momento de finalizar la fase preparatoria del proceso penal toda persona que haya sido objeto de una interceptación debe ser notificada de la medida a que ha estado sometida, y datos de su ejecución, así como de los lugares, horas y días en los que estará a su disposición las grabaciones para oír las y tomar conocimiento de las copias transcritas en el expediente. No existe obligación de informar a los interesados sobre las interceptaciones que les afectan en la reciente legislación francesa, ni en el Reino Unido, Irlanda o Suecia. La notificación puede ser retardada un año en Luxemburgo. En Portugal la comunicación depende de los resultados de la

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

investigación judicial (art. 188.4 C.P.P.). Pero una vez cesada la medida, el acusado y su defensa podrán examinar las actuaciones y obtener copias de las grabaciones con gastos a su cargo (art. 188.3 C.P.P.).

a'') Derecho español.

En el caso español la obligación jurídica de comunicar al interesado el auto por el que se ha acordado la intervención de su teléfono o teléfonos relacionados con su actividad y la puesta a disposición de la defensa de las grabaciones y las condiciones en que fueron ejecutadas, hay que deducirlas de los derechos que le asisten al imputado en virtud del art. 118 y 302.2 LECrim, por los que cualquier imputado, en general, podrá personarse en el proceso tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias que se practiquen. Naturalmente que, para no comprometer la eficacia de la medida, es decir, la puesta en peligro de la finalidad de la investigación, esta obligación quedará diferida al momento de conclusión de las interceptaciones, y para que tales objetivos sean compatibles en la fase instructora deberá acordarse por el Juez el previo o simultáneo secreto de sumario (art. 302 LECm).⁹⁰

b) Órganos de apelación. Recursos.

La existencia de órganos jurisdiccionales o administrativos ante los cuales pueden hacerse valer los recursos de las personas que en el ejercicio de su derecho al secreto de sus comunicaciones lo consideren violado por la autoridad pública, es normal en el marco de las medidas de control de la injerencia *a posteriori*. Así lo reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia tan aludida por lo instructiva sobre el *Caso Klass y otros*, cuando dice: «De hecho bajo el artículo 8 los demandantes se querellan por lo esencial de que el interesado no es siempre informado después de levantar la vigilancia y

90. No obstante la debida justificación de la declaración del secreto sumarial, éste resulta ser una excepción a la garantía institucional de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1.C.E.). Este principio y su coordinación con el derecho de defensa de las partes exige que: «...bien en fase sumarial o en el juicio plenario, la oportunidad de conocer y contradecir la prueba que se haya practicado durante su vigencia...» SS/T.C. 13/1985, de 31 de enero y 176/1988, de 4 de octubre. FJ. 3 en ambas.

no se encuentra pues en situación de ejercer un recurso efectivo ante los tribunales» (pfo. 57). Así es, pues el artículo 8 del C.E.D.H. por el que se protege el respeto de toda persona a su vida privada y de su correspondencia, nos interesa ponerlo en relación con el art. 13 del mismo Convenio, por el que se garantiza el «derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional por parte de aquellas personas, cuyos derechos y libertades reconocidas en el texto internacional hayan sido violados, apostillándose significativamente, «incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

El tema no sólo tiene una vertiente jurisdiccional, pues la prosperabilidad de un recurso por parte del sospechoso puesto bajo escucha ante tribunales de apelación, con base en violación de derechos fundamentales, acarrearía necesariamente la invalidación del efecto probatorio, de ser reconocido así en el derecho interno de cada país, y la contaminación de otras pruebas que tienen el mismo origen, según la doctrina conocida como «los frutos del árbol envenenado» (*fruit of the poisonous tree doctrine*)⁹¹. Así pues, la implicación del trabajo policial es evidente. En general todos los países, sobre todo aquéllos en los que la medida de interceptación de las telecomunicaciones tiene finalidades probatorias, se reconocen los recursos ordinarios ante los órganos jurisdiccionales competentes. Veremos pues, algunas peculiaridades.

b') Derecho comparado.

En Alemania, por ejemplo, cabe ejercitar el recurso de queja (§304 StPO) frente a la resolución que acuerde la medida, pero como señala

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

Sobre la prueba obtenida ilegalmente aplicada a las intervenciones telefónicas. Ver LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, F. obr. cit. pág. 94 y ss. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. obr. cit. pág. 82 y ss. y ASENCIO MELLADO, J.M. obr. cit. pág. 75 y ss. Así como la trascendental S/TC. 114/1984 de 29 de noviembre, con mención del Derecho norteamericano, francés e italiano, además de, por supuesto, el español (FD 2, 3, 4 y 5).

López-Fragoso⁹² dicho recurso sólo podrá interponerse mientras la medida está vigente, por lo que en la práctica será inoperante, por haberse agotado los plazos previstos en el momento de la notificación.

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

En Francia la legislación desprovee expresamente de este tipo de recursos ante los tribunales ¿Cómo es ésto posible?. Pues se infiere que la finalidad de la escucha no encierra en su naturaleza posibles efectos probatorios. Podemos deducirlo de la motivación de la resolución judicial que se resume en «cuando las necesidades de información lo requieran» (art. 100 C.P.P.) y de la misma ubicación del legislador bajo la rúbrica que pasa a denominarse: «Traspasos, transportes, indagaciones, embargos e interceptaciones de la correspondencia emitida por medio de las telecomunicaciones». Parece que el carácter de fuente de prueba es descartable. Pero es la propia Ley, la que excluye la posibilidad de recursos contra la resolución judicial de interceptación. Así: «No tiene (la interceptación) carácter jurisdiccional y no es susceptible de recursos» (art. 100 CPP final). Las carencias sobre la notificación al interesado y el subsiguiente recurso constituyen las grandes quiebras en el sistema de *garantías* de los ciudadanos respecto del «secreto de la correspondencia emitida por medio de las telecomunicaciones» tan pomposamente proclamado en su art. 1⁹³. Por este motivo ofrece serios visos de «patente de corso» las excepciones legales previstas: «Este secreto no puede quebrantarse más que por la autoridad pública, sólo en casos de interés público previsto por la ley y en los límites fijados por ella» (art. 1).

El Reino Unido, cuya legislación ya hemos tenido ocasión de comentar anteriormente, en cuanto al carácter extraprocésal de las interceptaciones de las comunicaciones (Ver III.A), no reconoce a sus

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

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

ciudadanos el derecho a ser notificado sobre la medida, por lo que resulta especialmente chocante que prevea una especie de acciones públicas contra una práctica ilegal: «Cualquier persona que crea que las comunicaciones enviadas a él o por él, hayan sido interceptadas durante el curso de su transmisión por correo o por medio de un sistema público de telecomunicaciones puede solicitar una investigación al Tribunal⁹⁴ acogiéndose a esta sección» (Sec. 7 Subsc. 2).

En Grecia, como se ha dicho, la nueva Ley de 1994 crea un órgano denominado «Comisión Nacional para la Protección del Secreto de las Comunicaciones», su constitución es de carácter y composición parlamentaria, con amplios poderes de supervisión. Pero a los efectos que aquí interesan reconoce que tiene encomendada la protección constitucional del derecho de los ciudadanos (art. 19) y el control y el cumplimiento de las condiciones de la autorización acordada por una autoridad judicial (art. 1.2). Este sistema griego en el que la decisión sobre el levantamiento del secreto de las comunicaciones privadas es privativa de la Autoridad Judicial y la vigilancia de su cumplimiento es de competencia de una comisión parlamentaria, crea una fuerte distorsión del régimen de control, que además de originar disfunciones

94. El Tribunal abrirá una investigación. Pero ¿qué carácter tiene este Tribunal?, ¿quiénes lo componen? «El Tribunal estará compuesto por cinco miembros, cada uno de los cuales será un abogado cualificado con un mínimo de experiencia en tribunales de diez años» (Apéndice 1, Sec., 1 Subsc. (1). Estos miembros serán designados mediante Cartas de Privilegio por su Majestad, por cinco años, con posibilidades de reelección, su destitución puede tener lugar a petición propia o a propuesta de las Cámaras del Parlamento, (apéndice 1. Sec. 6, Subsc. 2, 3, 4 y 5). El funcionamiento de este Órgano gubernativo está previsto en la ley, y en concreto, el resultado de la investigación provocada por la denuncia, para cuyo procedimiento «se aplicarán los principios propios de un juzgado sobre una solicitud de revisión judicial» (Sec. 7, Subsc. (4) —el resultado decimos— caso de que se llegue a la conclusión de que se hayan contravenido las reglas (presupuestos, requisitos de ejecución, límites, etc.), será redactar un informe para el demandante, otro para el Primer Ministro y «si lo considera adecuado» se dictará una «sentencia» —el entrecomillado, es mío—. La sentencia puede tener uno o más de los puntos siguientes: anular la orden de interceptación, ordenar la destrucción del material interceptado u ordenar al Ministro del Interior que pague al demandante una suma en concepto de indemnización. Como puede observarse las garantías son mínimas la restitución de la violación del secreto está sujeta a sucesivas condiciones o alternativas. Las responsabilidades penales para autoridades públicas o funcionarios son de difícil sustanciación, habida cuenta de las eximentes previstas en la propia Ley. En el mejor de los casos, la civil del Estado.

jurisdiccionales repercute en detrimento del derecho a defensa de los sujetos pasivos de la medida⁹⁵.

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

En un nivel más próximo a la persona afectada por la medida se instituye el Árbitro de las Quejas (*Complaints Referee*) (Sec 9) designado por el Primer Ministro (*Taoiseach*) entre los jueces de *Circuit Court* o *District Court* o abogado de más de diez años de ejercicio profesional. Cualquier persona que crea que sus comunicaciones han sido interceptadas (no hay notificación) en el curso de una transmisión a través de *Post or Bord Telecom Éireann* (Correos y Telefónica) puede dirigirse al Árbitro para que investigue el asunto (Sec 9(3)). Los resultados de la investigación para el caso de que constate una infracción de la Ley en el procedimiento de concesión o la inexistencia de delito grave, no son en absoluto satisfactorios⁹⁶. Sobre todo si se tiene en cuenta que aun verificándose cualquier vulneración legal no podrá iniciarse ningún litigio en el procedimiento (Sec. 9.(1)), que las decisio-

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

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

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

nes del Arbitro son inapelables (Sec 9(9)) y que en ningún caso las resoluciones podrán servir de base para ejercer una acción por violación de un derecho constitucional (Sc 9(1)).

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

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

bⁱⁱ) Derecho español.

En España, es de aplicación la genérica impugnación contra los actos instructorios, desde el auto por el que se acuerde la interceptación hasta cualesquiera otras resoluciones concomitantes o sucesivas con aquélla en la que se limiten los derechos del imputado. Naturalmente que la condición previa para ejercitar los recursos de reforma, súplica, queja o apelación oportunos, será la adquisición del conocimiento de las resoluciones relativas a la ejecución de la medida.

Cabe resaltar, en general, dos cuestiones: la primera distinguir dos campos atacables en el objeto del recurso, uno sobre la autenticidad objetiva, es decir la acreditación de la identidad de grabaciones y sus transcripciones (aquí vuelve a tener importancia el crédito de su autor: Policía o Secretario Judicial)⁹⁷; y otra sobre la autenticidad subjetiva

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

que versará sobre la identidad de las voces (ausencia de manipulación de las grabaciones, originales o copias, etc) que redundará, en suma, en una prueba pericial de cotejo de voces.

c) Depósito y destrucción de las grabaciones.

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

c') Derecho comparado.

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

En Italia «las grabaciones serán conservadas hasta que la sentencia no esté ya sujeta a impugnación» (art. 269.2 CPP), esta conservación de actas y grabaciones dependerá del Ministerio Público que haya dispuesto la intervención, (art. 269.1 CPP) aunque bajo control judicial, pues salvo en el caso que constituyan piezas de convicción, si tal documentación no es necesaria para el procedimiento los interesados podrán

pedir su destrucción, en cualquier momento del procedimiento. El juez decidirá en sesión de Consejo (art. 269.2 y 271.3). En caso de que se acuerde la destrucción esta se realizará bajo control del Juez, redactándose un acta (art. 269.3).

Se rompe el esquema precedente en la legislación francesa. No podría ser de otra manera. Recordemos que no existe obligación de comunicar la interceptación al interesado. No se conceden recursos y por tanto, el sujeto pasivo queda al margen del eventual control *a posteriori* de los resultados. Ni puede escuchar las grabaciones, ni en consecuencia, puede pedir la destrucción de las que le resulten inconvenientes, o ajenas a la causa investigada. No ejerce ningún control de legalidad sobre la medida⁹⁸. Así pues se dice con la ley de 1991 que «las grabaciones se destruyen a instancia del Procurador de la República o del Procurador General, al finalizar el plazo de prescripción de la acción pública. Se levantará acta de la operación» (art. 100.6 C.P.P.). Todo queda en manos y criterios de los órganos y autoridades oficiales. El secreto de las comunicaciones privadas garantizado en el artículo 1 de la Ley, también se expresa condicionado «a los límites fijados por ella». Pueden tacharse éstos de extraordinariamente gravosos, para el titular del derecho que se dice garantizar, ya que se gestiona sin su participación.

Debido al carácter administrativo ya comentado de la interceptación de las comunicaciones privadas en el Reino Unido la naturaleza del control y el grado del mismo es absolutamente de libre disposición de la Autoridad administrativa que da la orden (El Ministro). En efecto, después de la retórica rúbrica de *Garantías*,⁹⁹ éstas quedan para su señalamiento y vigilancia en todo momento en manos de la Autoridad, para como colofón añadir que «cada copia hecha de cualquier material se destruye cuando deje de ser necesaria su retención» (Sec 6 Subsc

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

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

(3)). Para estimar esa «necesidad» se remite a la consideración previa en función de la finalidad perseguida (seguridad nacional, delitos graves, bienestar económico del Reino Unido) que deberá valorar, por supuesto, el Ministro.

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

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

La ley danesa permite la destrucción de las grabaciones si de su resultado no se tiene base para formular una acusación o una vez presentada, ésta se retira. La Policía notificará al letrado «en la sombra» la destrucción verificada (Sec. 791 (1)). La destrucción, en todo caso, será decidida por el Tribunal, una vez escuchada la Policía y el abogado defensor «en la sombra» del sujeto intervenido (Sec. 792 (2)). La destrucción será inmediata, en el caso de las intervenciones conocidas a través de sacerdotes, médicos, procuradores y abogados los cuales en calidad de testigos, puedan haber tenido relación con el ejercicio de su profesión, salvo que sean ellos las personas inculpadas (Sec. 793 (3) en relación a la Sec. 170). *De iniciativa propia la Policía está autorizada a destruir el material interceptado que parezca no ser importante a efectos de la investigación* (Sec. 793(4)).¹⁰⁰

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

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

c^{II}) Derecho español.

Por supuesto que no se encuentra en toda la Ley de Enjuiciamiento Criminal española ningún precepto relativo a la custodia y destrucción de los materiales obtenidos de una interceptación de telecomunicaciones. Por tanto hay que acudir de nuevo a disposiciones generales sobre efectos o instrumentos que tengan relación con el delito, es decir a lo previsto en el Capítulo II del Tit V, Libro II, «Del Cuerpo del delito». Así el párrafo primero del art. 338 dice: «Los instrumentos, armas y efectos (que puedan tener relación con el delito) se sellarán, si fuere posible, y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito. El párrafo segundo, modificado por Ley 21/94, de 6 de julio, continua: «Sin embargo, podrá decretarse la destrucción dejando muestras suficientes.... previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario....». No habrá más que aplicar analógicamente, o con más propiedad, hacer una interpretación deductiva, considerando *las grabaciones*, como un *efecto* que guarda relación con el delito para obtener la regla precisa al caso.

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

1.- Características y justificación de su existencia.

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

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

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

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

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

2.- Generalidades sobre los regímenes especiales existentes.

De los países de la Unión Europea que cuentan con un régimen propio de interceptaciones en el marco de la delincuencia organizada o puesta en peligro de la seguridad del Estado, podemos distinguir su constitución como tal, bien diferenciado, el previsto en **Francia** conocido como «Interceptaciones de Seguridad» (Tit II, Ley nº 91/646, de 10 de julio de 1991). Las escuchas administrativas, con anterioridad a esta ley, suponían un auténtico descontrol en Francia, tanto por la ausencia de legislación específica (inadecuación de los arts. 81 y 151 C.P.P.), como por el número de órganos

habilitados para autorizarlos¹⁰³. Una directiva interna del Primer Ministro Michel Debré, creó el grupo Interministerial de Control (G.I.C) que puso fin a la total anarquía que reinaba sobre las escuchas administrativas, organizándolas y centralizándolas.

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

En el caso de **Alemania**, el artículo 10.2 de la Ley Fundamental de Bonn permite el establecimiento por ley de un régimen especial para la interceptación de las telecomunicaciones, de carácter extrajurisdiccional. Así cuando dice: «si la restricción obedece al propósito de proteger el orden básico liberal democrático o la existencia o seguridad de la Federación o de un Estado regional... La ley podrá determinar que, la vía judicial sea sustituida por un control a cargo de los órganos estatales y auxiliares designados por la representación popular». Esta excepción al secreto de las comunicaciones privadas basada en los motivos constitucionalmente protegidos, de seguridad de la Federación o de los Estados federados, se explicitó en la Ley G.10, sobre limitación del secreto postal, epistolar y telefónico de 13 de agosto de 1968. Sucesivas modificaciones¹⁰⁴ la mantienen vigente y actualizada.

103. M. François Massot ponente de una comisión de control declaraba en la sesión de 13 de junio de 1991 ante la Asamblea Nacional: «Se ha dicho incluso que había en Francia cien mil escuchas telefónicas... el estudio que he podido realizar me permite decir que se ha exagerado mucho...» Pero después precisa que el cupo para las escuchas administrativas es de 1.032 en el momento actual. En la misma sesión H. Georges Hage, diputado, habla de 3000 escuchas de origen judicial y de 30.000 a 40.000 en el plano administrativo. Cifras establecidas en 1982 dan 927 escuchas administrativas simultáneas.

104. La Ley de 13 de agosto de 1968, denominada G.10, fue modificada por ley de 13 de septiembre de 1978, en lo siguiente: §2.(1) sobre los delitos que pueden servir de presupuestos; §5(5) sobre la modificación al afectado por la medida (...tan pronto como se pueda excluir el peligro para el fin de la limitación); §9(1) y (2) sobre informes debidos del Ministro Federal a la Comisión y (4) composición de la Comisión y (5) y (6) sobre los Controles parlamentarios de los *länder*. Posteriormente ha sufrido una

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

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

En **Italia**, después de la amplia revisión del Código de Procedimiento Penal en 1988, a la que nos hemos referido en el marco de la delincuencia común, varias disposiciones legales¹⁰⁵ han constituido, no un régimen específico propio, sino antes bien distintas particularidades que agilizan y adaptan el régimen común de las interceptaciones legales, como instrumento de gran valía investigadora, a las características típicas de la delincuencia organizada (mafiosa, terrorista, narcotrá-

importante adecuación según el art. 13 de la Ley de Lucha contra la Delincuencia de 28 de octubre de 1994, que afecta entre otras al Cod. Penal (StGB), a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (StPO) y otras leyes como la G.10.

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

105. Ver nota (11).

fico, tráfico de armas, etc.). Se trata de la aplicación de un procedimiento de urgencia en pro de las especialidades a combatir.

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

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

En **España**, no podemos hablar de un régimen especial diferenciado del propio de los delitos comunes ya que la incardinación del precepto del artículo 579.4 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es más que la expresión simplificada de la suspensión individual del derecho al secreto de las comunicaciones de acuerdo a la previsión constitucional (art 55.2 CE) -que anuncia una ley orgánica- «que podrá determinar la

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

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

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

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

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

forma y los casos en que tal derecho puede quedar suspendido, «con la necesaria intervención judicial para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas» (el precepto 579.4 añade «o rebeldes»). La única singularidad de esta regulación es, en palabras del Tribunal Constitucional, la de: «una resolución gubernativa, permitiendo que normativamente la autoridad gubernativa pueda decidir de forma inmediata y directa una interceptación de comunicaciones necesaria en el curso de investigaciones sobre las actividades delictivas a las que la ley se refiere» (S/T.C. 16 Dic. 87 FJ Décimo). No obstante, se impone una inmediata comunicación motivada al juez sobre la *urgencia* que justifique la incitativa gubernativa, correspondiendo en todo caso al órgano judicial conformar o revocar la medida de forma inmediata, por tal motivo el precepto fue declarado perfectamente acorde con la Constitución.

Así pues, el art. 579.4 LECrim, está redactado de acuerdo con la L.O. 4/88 de 25 de mayo. Las críticas doctrinales hacia este precepto han versado (principalmente con anterioridad a la S.T.C. de 16 de diciembre de 1987) sobre la concesión de la iniciativa gubernativa para suspender el derecho al secreto de las comunicaciones, que es tanto como «dejar en manos de la Policía¹⁰⁷ las interceptaciones por terrorismo», siempre que se invoquen razones de *urgencia*, pues la intervención judicial es postrera y ya se han alcanzado los fines deseados¹⁰⁸. Creo que la polémica ha perdido fuerza después de la sentencia citada en la que declaraba el art. 17.2 de la L.O. 9/84 perfectamente constitucional, de donde ha pasado a la LECrim. Sí merece un reproche el legislador, cuando al hacer esta

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

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

108. Este es el sentir de JIMÉNEZ CAMPO, J. obr. cit. pág. 46.

transposición se perdió la inmediata referencia del apartado 2 al 1 del art. 17 para exigir también en el art. 589.4 la apreciación de *indicios* de responsabilidad criminal en las personas puestas bajo escucha. Sin embargo hay que deducir que al regularse esta medida excepcional tomando como precedente «la prevista en el número 3» (art. 579.3) los sujetos pasivos son los mismos que en ésta.

Pero donde no veo la excepción censurada por Jiménez Campo es que tal disposición (art. 579.4 LECrim) ampare las interceptaciones preventivas o prospectivas¹⁰⁹, pues no ofrece ningún dato que lo avale en la redacción de la norma, máxime cuando además del imputado y procesado propiamente dichos la doctrina mayoritariamente incluye entre los sujetos pasivos a los terceros relacionados con aquellos.

3.- Estudio en detalle.

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

a) En el momento de la prescripción.

FRANCIA

No existe un catálogo de delitos, ni tampoco la referencia a infracciones penales cuya especial gravedad punitiva justifique la inter-

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

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

ceptación. En este tipo de escuchas *los presupuestos* para acordar la medida exigida para la «búsqueda de información» sobre determinadas «materias de interés nacional»¹¹⁰ de configuración genérica. Se precisa tan sólo su relación con una cierta especie de delincuencia pero no correlativa con tipos delictivos concretos del Código Penal.

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

Únicamente la necesidad de búsqueda de información en relación a las materias de interés apreciada por los servicios subordinados a cualquiera de los tres ministerios citados, considerada la propuesta por su Titular, puede servir de *motivación* para la solicitud y consiguiente autorización, en su caso. Ni que decir tiene que ante una exigencia en relación a materias de interés vagas e imprecisas, sin criterios de motivación, el resultado se adivina que propende en favor del uso y el abuso policial, militar o fiscal. Si a todo ello añadimos que, al igual que en el régimen jurídico común, no se precisan los *sujetos pasivos* o personas susceptibles de ser puestos bajo escucha, (pues el

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

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

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

mismo silencio legal se aprecia en este régimen), puede concluirse que cualquier persona, que a juicio de los servicios ministeriales interesados, pueda tener alguna relación con alguna materia de las previstas legalmente, sin precisarse *indicios* reales suficientes o sospechas de entidad considerables de un supuesto típico delictivo, puede ser objeto de vigilancia *de seguridad* de sus telecomunicaciones: la inseguridad jurídica misma, en esta materia.

ALEMANIA

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

Las Autoridades competentes para *autorizar* la «vigilancia y grabación de las comunicaciones teleradiofónicas» son: «las Autoridades protectoras de la Constitución tanto federales como estatales, el Departamento de Defensa y los Servicios Secretos Federales», así como el Servicio Federal de Información que podrá solicitarlo en los casos previstos en el §3(1) de un Ministro Federal, con acuerdo de una Comisión de la Cámara de Diputados (Bundestag) compuesta por nueve miembros¹¹³, en lo concerniente a las comunicaciones internacionales alámbricas o inalámbricas (§ 1.(1) y (2); § 3.(1)).

Se exige siempre como *condición para el acuerdo* de la vigilancia y grabación de las comunicaciones la apreciación de que «existan datos materiales para fundamentar la sospecha de que alguien planea, comete o ha cometido» algunos de los delitos de la lista o de que haya «suficientes indicios reales de que alguien es miembro de una asociación cuya actividad está dirigida» a transgredir el bien jurídico protegido (§ 2.(1)). Además se exige para la emisión de una orden de

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

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

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

interceptación la constatación de que «la investigación del hecho de otra manera fuera inútil o se dificultara considerablemente (§2.(2)).

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

ITALIA

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

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

GRECIA

Relativas al momento de su ordenación, nos llama la atención en este país que las autoridades solicitantes de la medida, lejos de sufrir un criterio de concentración, motivado por su especialidad, éste se dispersa -contradiendo el literal *sólo*- entre *autoridad judicial* u otra *civil*, *militar* o *policial*, lo cual dificultará en materia tan sensible el control de condiciones para el levantamiento que mantiene la Comisión Nacional en el Parlamento. Pero lo que caracteriza este régimen de

excepción es que la Autoridad habilitada para *dictar* la medida es el Fiscal del Tribunal de Apelación¹¹⁴ competente por razón del lugar de solicitud o de ejecución (art. 3.1).

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

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

ESPAÑA

Las escasas particularidades de la norma española se concentran en la posibilidad legal de decretarse la «observación» de las comunicaciones telefónicas¹¹⁵ por el Ministro del Interior, o en su defecto por el

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

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

Director de la Seguridad del Estado. El Juez competente, previa comunicación inmediata revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada.

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

b) Control en fase de ejecución.

FRANCIA

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

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

La *ejecución* de las interceptaciones de seguridad están centralizadas en el Primer Ministro, bajo su autoridad en el Grupo Interministerial de Control (G.I.C.), quien fijará un número máximo de escuchas autorizadas susceptibles de practicarse simultáneamente y adjudicará unos cupos a cada uno de los Ministros proponentes (arts. 4º y 5º)¹¹⁶. Estos cupos y la concesión de cada interceptación por parte del Primer

116. Según informa el diario parisino *Le Figaro* de 9 de marzo de 1995, los cupos ministeriales se distribuyen de esta forma: 1180 líneas actualmente, de las que 928 para Interior; 232 para Defensa; y 20 para Aduanas. *Las escuchas telefónicas* F. Terré.

Ministro se comunicará dentro de un plazo de cincuenta y ocho horas al Presidente de la Comisión Nacional de Control de las Interceptaciones de Seguridad. Esta Comisión (C.N.C.I.S) creada a tal efecto (art. 13) tiene carácter administrativo independiente, y está encargada de velar por la aplicación de las disposiciones conforme a la ley.

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

ALEMANIA

La *ejecución* de la interceptación está prevista que se lleve a cabo por la Oficina Federal de Comunicaciones u otros explotadores de instalaciones de telecomunicaciones, (§1.(2) y § 5.(2)), quienes recibirán por escrito la orden de las autoridades competentes. En ella se determinará la clase, ámbito y duración de la medida¹¹⁷.

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

ITALIA

Sólo citar dos particularidades que afectan al *tiempo* y a la *forma*, que se modifican en pro de una mayor efectividad de la medida, dadas las características de los delitos investigados. La primera, que el plazo se aumenta a 40 días, y puede ser prorrogado por períodos sucesivos de 20 por el juez, o en el caso de urgencia, por el Fiscal. La segunda consiste en que la formalidad general *escrita* de la autorización cede,

117. En la redacción de la ley de 1968 se preveía una duración máxima de la injerencia de 3 meses, prorrogables por igual período, caso de subsistir los presupuestos de la Orden, pero la modificación del texto por Ley de 28 de abril de 1994 de este párrafo, ha sido suprimida toda referencia al requisito temporal.

cuando sea necesaria para el desarrollo de la investigación, ante la viabilidad, incluso, de otorgarse *telefónicamente*.¹¹⁸

GRECIA

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

ESPAÑA

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

c) *Control a posteriori*.

FRANCIA

En las interceptaciones de seguridad no cabía esperar la notificación al interesado (sujeto pasivo de la injerencia) puesto que tampoco

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

era preceptiva en las escuchas judiciales. De esta forma, y recordando que en este régimen la Administración decide el cuándo, el cómo, y sobre quién ha de ejecutarse la interceptación de comunicaciones privadas, al sumarse esta falta de comunicación, tan sólo reside en la Comisión Nacional de Control la posibilidad de verificar los amplios límites en que se mueve la autoridad pública. Así pues, queda tal Comisión como *Organo de Control* único e independiente (art. 13).¹¹⁹

No cabe hablar en este régimen de *recursos*. El propio texto legal emplea la palabra *réclamation*¹²⁰ para expresar el procedimiento de iniciación, a instancia de parte que tiene un interés legítimo, del mecanismo de control sobre una interceptación en marcha, por parte de la Comisión de Control (art. 15). La Comisión informará al solicitante de las comprobaciones realizadas, y si encuentra que se ha transgredido la presente ley dará cuenta sin pérdida de tiempo al Ministerio Público (art. 17). La reflexión que cabe hacerse sobre tal disposición es, que dado el mínimo margen de información de que cuenta una persona sometida a escucha (no hay procedimiento, ni imputación oficial pública, ni notificación) resulta difícil en tales condiciones tener base para plantear una reclamación. Será de su cuenta la investigación que pueda iniciar para apoyar la solicitud con cierto fundamento.

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

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

120. Dice así el art. 15, en su inicio: «De sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne et ayant un intérêt direct et personnel, la commission peut procéder au contrôle de toute interception de sécurité...» *Réclamation*, dista mucho de *recours* o *pourvoi*, que son los términos jurídicos estrictos para significar un recurso en Derecho ante un Tribunal.

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

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

ALEMANIA

La *notificación* al interesado ha constituido en la R.F.A. uno de los aspectos más interesantes en la interceptación de las comunicaciones¹²¹. En la actualidad, y como regla general, la Ley G.10 prescribe que «las medidas limitadoras se comunicarán a los afectados después de acordarse, cuando pueda excluirse todo peligro para el fin de la limitación».¹²², aunque hay excepciones¹²³. La notificación a los afectados deberá ser

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

122. Esta redacción fue examinada por el T.E.D.H. en su sentencia de 6 de septiembre de 1978 (*Caso Klass y otros*), que al tratarse de un tema de terrorismo, encontró explicable y prudente las cautelas sobre los riesgos de que la notificación, una vez levantadas las restricciones de las comunicaciones del interesado, puedan comprometer los métodos, el campo de observación e incluso identidad de los agentes, declarando la no incompatibilidad de no informar cuando de ello depende la eficacia de la medida, (párrafo 58).

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

efectuado por el Servicio Federal de Información o cualquiera de los órganos receptores¹²⁴ de la información (§ 3.(8)) o de los ordenantes. Los recursos ante la vía jurisdiccional son posibles «a posteriori» de la adopción y ejecución de la medida. Esto parece deducirse de la actual redacción del texto de 1994 (§ 9.(6)) en relación con el §5(5) que no ha sido modificado y que reza así: «Después de la comunicación tienen los afectados abierta la vía jurisdiccional...» Esta circunstancia es confirmada por la ley, cuando después de dar nuevas instrucciones sobre la destrucción de los datos relacionados con las grabaciones, se dice como excepción «los datos que sólo son archivados para la comprobación judicial «a posteriori», en lo concerniente a las medidas limitadoras, deberán ser bloqueados, pudiendo ser únicamente utilizados para los mencionados efectos» (§ 5.(4) última frase).

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

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

ITALIA

Ninguna especialidad que consignar.

GRECIA

Ninguna especialidad que consignar.

ESPAÑA

Ninguna especialidad que consignar.

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

4) Breve consideración de aplicación al caso español.

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

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

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

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

5.- Interceptaciones extraordinarias sin sujeción a control.

FRANCIA

Al margen de los objetivos perseguidos con las interceptaciones de seguridad entre los que se encuentra la «seguridad nacional», la Ley francesa en su artículo 20 (Título III, Disposiciones Comunes), da «carta blanca» a los poderes públicos para realizar operaciones de exploración de frecuencias radioeléctricas, con ocasión de las cuales pueden ser captadas, de manera aleatoria, las comunicaciones (frecuentemente codificadas) al objeto de garantizar «los fines de defensa de los intereses nacionales». Estas interceptaciones no están sujetas a las

prescripciones previstas para las *escuchas judiciales* (Tít I) o *administrativas* (Tít II). No pueden ser consideradas como individualizables, localizables ni cuantificables, al quedar exceptuadas de cualquier régimen, no están sometidas a control alguno. No se dice qué ministerios u organismos son los encargados de practicarlas ni hay remisión más concreta para definir los límites y contenido de *la defensa de los intereses nacionales*.

Aquí la «razón de Estado» ha apostado fuerte para disponer de un instrumento preciosísimo de información -el barrido indiscriminado del espacio radioeléctrico- para preservar la defensa de los intereses nacionales. No se oculta la posibilidad de manipulación de las interceptaciones puestas al servicio de tan altos fines exentos de todo control judicial, administrativo o parlamentario, y los abusos que tal sistema puede generar¹²⁵.

D.- RÉGIMEN DE LOS EXPLOTADORES DE REDES O PROVEEDORES DE SERVICIOS.

1.- La obligación jurídica de colaboración o asistencia técnica.

Hasta hace pocos años el régimen jurídico de la interceptación legal de las comunicaciones merced a las condiciones de desarrollo tenía un carácter nacional. Bajo el techo del reconocimiento expreso en la ratificación del C.E.D.H., cada país miembro es libre para determinar el sistema adecuado a su legislación nacional. Las autoridades judicia-

125. A modo de ejemplo, puede citarse un escándalo de esta naturaleza: «El 14 de febrero, el Juez Jean-Paul Valat hizo estallar una verdadera bomba: la prueba contundente de que la célula antiterrorista del Elyseo, fue, desde 1983 hasta 1986, un «gabinete negro», digno del Antiguo Régimen. Respaldado por la más insigne autoridad del Estado, el juicio dirigido en 1988 por Christian Prouteau instaló en los locales de la Presidencia de la República un centro de espionaje en donde el antiterrorismo servía de pretexto para vigilar estrechamente a periodistas, políticos, escritores, policías, abogados y ciudadanos de a pie... el juez Valat disponía ya de 5.184 fichas correspondientes a unos cuatro millones de caracteres... La vigilancia de las escuchas era directamente controlada por la Dirección de Vigilancia del Territorio (DST) por orden del director del Gabinete del entonces Primer Ministro, Laurent Fabius. De esta manera, muchos ciudadanos franceses, hombres y mujeres fueron fichados, en la Presidencia de la República, porque de forma fortuita sus conversaciones se habían cruzado con las de «personas sometidas a escucha». *Le Figaro*, 9 de marzo de 1995. *Las escuchas policiales* F. TÈRRÉ.

les y policiales disponen de unos instrumentos legales nacionales más o menos perfeccionados para requerir a los operadores de red o compañías explotadoras de los servicios de comunicaciones, generalmente estatales, que se lleve a la práctica el levantamiento del secreto para una o varias personas a los fines igualmente reglados o de libre arbitrio judicial.

Pero actualmente o mejor dicho, después de varias decenas de años en que la industria de las telecomunicaciones ha permanecido sin cambios notables, en un período reciente la evolución se ha disparado a una velocidad de vértigo. Así pues, principalmente la liberalización de las comunicaciones llegando a la proliferación de operadores de red en algunos países, el carácter privado de los mismos y sobre todo las nuevas tecnologías operativas en el sector, han subvertido el tradicional control normal reinante con una incidencia decisiva en los aspectos legales no ya nacionales, que se muestran insuficientes para dar una respuesta satisfactoria, sino reclamando la necesidad de un instrumento legal comunitario que comprometa a las partes en la consecución de los fines de la interceptación en lucha contra el crimen.

Las telecomunicaciones móviles han proporcionado evidentemente calidad, seguridad y confidencialidad, a la par que ubicuidad para el usuario. Estos efectos positivos para el crecimiento económico y la libertad humana tienen su aspecto negativo para el interés general, cuando con interés perverso se aprovechan para fines delictivos. La disponibilidad del espacio radioeléctrico y su explotación por redes públicas o privadas al servicio de avanzados sistemas de intercomunicaciones en su calidad y variedad de prestaciones hacen inermes a las autoridades, agencias y cuerpos de seguridad que utilizan la vigilancia electrónica como fuente legal de información por razones de seguridad nacional o para luchar contra el delito.

La obligada colaboración de las empresas fabricantes y proveedoras de servicios de comunicaciones es absolutamente imprescindible «Ahora ya no podemos hacer las cosas solos, necesitamos la colaboración de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas para llevar a cabo nuestro trabajo», se dice en el documento «Telefonía Digital» en el que el F.B.I pide al Gobierno Federal de los Estados Unidos una ley especial o mejor una modificación de la Ley de

Comunicaciones de 1934¹²⁶, de tal manera que se obligue a los más de cien operadores existentes a colaborar con las fuerzas de seguridad «porque éstas no consiguen penetrar en los mensajes cifrados, ni en las nuevas redes digitales que permiten la transmisión codificada»¹²⁷. Por su parte Josef Geisdörfer, director de la Policía Judicial de Munich, se queja diciendo: «La comunicación moderna ha regalado a los delincuentes un espacio en el que el Derecho no ha entrado, un espacio en el que la policía está perdida».¹²⁸

Cada país cuenta en su ordenamiento procesal o administrativo la obligación, siquiera genérica, por la que el Juez o Alto Cargo del Gobierno exige al servicio de telecomunicaciones el cumplimiento de un mandato de interceptación con los requisitos legales. Recientemente el Comité de Ministros del Consejo de Europa se ha ocupado de establecer el estatuto personal respecto de la protección de datos, con especial dedicación a los servicios telefónicos por recomendación R(95)4, de 7 de febrero de 1995. Después de recomendar a los gobiernos de los Estados miembros, la incorporación al derecho interno, del art. 8. C.E.D.H., requiere *la puesta en conocimiento* de los explotadores de redes, fabricantes de equipos y proveedores de servicios *para el cumplimiento del derecho nacional* previamente integrado

126. En el artículo de prensa reciente (1992) (v.n. siguiente) se menciona esta norma *Communications Act* de 1934, sin embargo parece haber sido sustituida por el Tít. III de la *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, de 19 de junio de 1968, firmada por el presidente Johnson. Posteriormente refiere RODRÍGUEZ MARÍN, F. obr. cit. pág. 217, como nueva legislación la *Electronic Communications Privacy Act*, aprobada el 20 de octubre de 1986.

Parece que la Administración americana se encuentra elaborando un proyecto de ley denominado «Clipper Chip Act». Se trata de obligar a todos los fabricantes de equipos terminales de comunicaciones a adoptar un codificador electrónico que al mismo tiempo que cifra en clave las comunicaciones de los usuarios permite las escuchas legales gracias a la puesta en claro de un decodificador «antídoto» que estarán manos policiales. Por otro lado un ingeniero informático, Philip Zimmermann, ha inventado un encriptador o codificador avanzado llamado PGP (Pretty Good Privacy), es tan perfecto que ofrece garantías incluso contra las escuchas legales. Ver el trabajo de MAISL Herbert, *Communications mobiles, secret des correspondances et protection des données personnelles*. (Mobile communications, secrecy for exchanges of correspondance and protection of personal data). *Revue de Droit de l'informatique et des télécommunications*, n° 2. 1995.

127. Ver EL PAÍS, de 21 de abril de 1992, pág. 28. *Atrapados ¡incluso el F.B.I.! en la jungla tecnológica*. José F. BEAUMONT.

128. Ver *Der Spiegel* (Hamburgo), de 13 de febrero de 1995 *Las nuevas tecnologías de la comunicación causan problemas a policías y servicios secretos*.

de su normativa, entre la que se prevé la interceptación legal de las comunicaciones privadas¹²⁹.

Ante todo la obligación de colaborar con la justicia tiene mayor arraigo si se trata de una empresa pública la explotadora de la red o proveedora del servicio de comunicaciones que si se trata de una privada¹³⁰, aunque las legislaciones de los distintos países no hacen distinciones. En Alemania, TELEKOM institución federal, anteriormente obligada al suministro de información y a la colaboración oficial ya no tiene que satisfacer todos los deseos de los investigadores puesto que desde principios de este año (1995) se ha convertido en una sociedad anónima» (*Der Spiegel*, 13 Feb. 95). Ante la dificultad ofrecida en Alemania por las empresas operadoras concesionarias para la explotación del servicio público de telecomunicaciones, el legislador y el Gobierno Federal han reaccionado con energía y prontitud.

a) Derecho comparado.

La modificación del StPO en su parágrafo 100 b (3), donde se obligaba sólo a cumplir la orden judicial al Post o sea nuestra

129. Le Comité des Ministres... Recommande aux gouvernements des Etats membres:...

—de tenir compte, dans leurs droit et pratique internes, des principes énoncés dans l'annexe á la présente recommandation:...

—de s'assurer que les dispositions de la recommandation sont portées à l'attention des exploitants de réseau, des fournisseurs de services de télécommunication, des fabricants d'équipement...

130. Expresivamente se pregunta un ingeniero de Telefónica (España): «Además ¿quién puede intervenir ahora con una orden judicial las redes de comunicación privadas?» *Atrapado en...* EL PAÍS cit. Para despejar dudas sobre la naturaleza privada o pública de las redes, consultar Ley 18 de diciembre de 1987, n31/87, de Ordenación de las Telecomunicaciones, modificada por Ley 32/1992, de 3 de diciembre, art. 2.1; 9; 10 y 21. Igualmente el interesante trabajo de CONDE Y DÍAZ, A. *Naturaleza jurídica de la Red de Telecomunicaciones* La Ley n° 3357, de 28 de septiembre de 1993.

LÓPEZ-FRAGOSO expresa también los recelos para el caso de tener que cumplimentar una orden de interceptación por personal no funcionario o empleado público: «...por lo que si fuera el caso de ordenar la intervención en otros tipos de compañías de teléfonos-sociedades de explotación de teléfonos públicos distintas de la CTNE, no podrá habilitarse a sus empleados para realizar directamente la operación», obr. cit. pág. 85.

C.T.N.E., permite un mayor control de la situación, al obligar además «a todo titular de instalaciones de telecomunicaciones destinadas al tráfico público» a que facilite la escucha y grabación al Juez, al Fiscal y a la Policía Judicial» (modif. por Ley de 14 de septiembre de 1994, art. 12 PT Neu OG). Pero la cuestión ha quedado totalmente zanjada con la aprobación por el Gobierno Federal del Reglamento de 18 de mayo de 1995 (Decreto sobre la vigilancia de las Telecomunicaciones- FÜV) que es un contenido de los requerimientos técnicos que los servicios estatales o federales y órganos judiciales o policiales necesitan a propósito de la interceptación a que está obligado a satisfacer el operador de red o proveedor de servicios.

Otro tanto podemos decir de la diligente Ley francesa de 10 de julio de 1991 a través de los arts. 21 y 22 (Tit. III Disposiciones comunes). Todos los titulares de redes públicas en la República francesa quedan expresamente obligados ante el Ministro de Telecomunicaciones a «garantizar la aplicación de las disposiciones de la presente ley». Y las autoridades ordenantes de escuchas tanto judiciales como administrativas podrán obtener de los antedichos empresarios «los informes o documentos que le son necesarios» a los efectos de explotación de las interceptaciones.

Siguen este ejemplo el Código de Procedimiento Criminal holandés que presta atención a esta obligación específica del concesionario o persona empleada por él (según Ley 520/1988 de Telecomunicaciones (Sec. 3(1)) para que facilite al Fiscal o al Magistrado instructor *toda* la información que éste le solicite con referencia a cualquier comunicación privada sometida a la medida (art. 125 f).

Va mucho más allá la Ley griega 2225/1994 que tipifica como ilícito penal la omisión de la información solicitada por el órgano encargado, relacionada con el contenido de una interceptación legalmente acordada o la falta de contribución con apoyo técnico del servicio a la ejecución de la misma. Pudiendo ser condenado el responsable a una pena de seis meses de cárcel (art 5.11).

No basta pues, con una *disposición genérica* para constituir una obligación estricta de ejecución de la interceptación. No se trata de citar como testigos en el proceso penal a los empleados del servicio de comunicaciones afectados o de inculparles de falta de colaboración con la justicia, pues las *dificultades técnicas* pueden hacer inviable la

interceptación solicitada, o siendo ésta posible y de obligado cumplimiento, se omita toda referencia a detalles como los requisitos técnicos necesarios para llevarla a cabo o a datos o informaciones complementarias, igualmente consideradas de interés por la Autoridad solicitante (ubicación geográfica del que llama, decodificación, número de receptor, duración de la llamada, etcétera). En fin, todo se traduce en la práctica a operaciones muy costosas por la necesidad de implementación de equipo técnico no estipuladas con claridad y precisión ni en la ley o reglamentación de la explotación, ni en las licencias administrativas de concesión.

Además de las citas expresas que acabamos de ver con referencia a Alemania, Francia, Holanda y Grecia; Dinamarca¹³¹, Italia, Finlandia, Reino Unido¹³², por ley, e Irlanda por orden ministerial, disponen de *disposiciones específicas* que obligan a los explotadores de redes tanto públicas como privadas a *hacer posible* la interceptación autorizada. En Holanda la obligación no incluye a los proveedores de servicios. Luxemburgo no cuenta con previsión especial alguna y Bélgica y Portugal¹³³ se ocupa de esta materia únicamente en las bases para el concurso técnico.

131. La sección 786(1) de la Ley de 20 de febrero de 1992 de la Administración de Justicia danesa establece que las compañías de teléfonos tanto públicas como privadas tienen la obligación de prestar asistencia a la Policía con la puesta en práctica de intervenciones en el secreto de las telecomunicaciones, incluyendo el establecimiento de escuchas de conversaciones telefónicas dando la información que se precise sobre los teléfonos u otros dispositivos conectados.

132. La Sec. 2(1) de la *Interception Communications Act* de 1985, dice que la orden del Ministro a una persona para que intercepte las comunicaciones descritas obliga en el curso de un sistema público de telecomunicaciones y tal orden puede incluir revelar el material interceptado a las personas y de la forma que describe la orden.

133. Portal en su Reglamento de Concurso Público para la concesión de una licencia para la prestación del servicio de telecomunicaciones complementario móvil, Servicio Móvil Terrestre, de 4 de marzo de 1991, expone, que el concesionario de la licencia está obligado a cumplir las leyes nacionales en la parte que les fueran aplicables, así como los mandatos u órdenes, que en los términos de la Ley, le sean dirigidos por las autoridades competentes (art. 2.3) e incluso se compromete a cumplir la normativa que sea publicada en el futuro (art. 2.4).

b) *Derecho español.*

En España no se cuenta con disposición legal específica. Es más, en la LECrim acorde con su época, y con insuficiencias muchos más graves en esta materia, sólo se habla de oficinas de Correos postales y telegráficas (art. 580 LECrim). La Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (modificada por L. 32/92, de 3 de diciembre) sólo prevé al respecto que la organización de los servicios de telecomunicación se adecuarán a la garantía constitucional (art. 18.3 C.E).

El R.D. 1486/94, de 1 de julio por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática, en su Disposición adicional única, dice como sigue: «Los concesionarios de servicios de telecomunicación de valor añadido de prestación a terceros que utilicen el dominio público radioeléctrico deberán disponer de los medios técnicos necesarios que permitan garantizar el secreto de las comunicaciones y *asegurar*, en su caso, *el cumplimiento de lo establecido* en los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución y 579 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*». En consecuencia, es una de las obligaciones de los concesionarios del servicio GSM (*Global System for Mobiles communications*). El Reglamento, asimismo, después de exigir la garantía constitucional (art. 18.3) añade «sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional única del Real Decreto por el que se aprueba el presente Reglamento» (art. 31.10).

Respecto de su redacción, en suma, no puede ser más inexpressiva que el recurso a la técnica de reenvío con designación numérica. Si se compara este precepto con la franqueza coactiva de la norma francesa, la rigurosidad danesa, o la minuciosidad alemana, no puede más que suscitar una crítica negativa. La oscuridad vergonzante en declarar públicamente la obligación jurídica que posibilite la interceptación legal de las telecomunicaciones en la *forma y condiciones* requeridas por las Autoridades competentes, es evidente.

En definitiva el operador de red, ya sea estatal o privado, por el momento, queda obligado a lo que dice el artículo 579 (hoy) de la LECrim, bajo los términos genéricos de «asegurar el cumplimiento de lo establecido» en dicho artículo. Como veremos más adelante las necesidades de las Autoridades judiciales y policiales tanto de datos asociados

a la interceptación, como propios de la verificación de la misma *requieren una descripción* de las obligaciones a satisfacer por las empresas estatales o concesionarias explotadoras o por sus proveedoras de servicios cuando les sea reclamado con arreglo a Derecho. Entre éstas no puede faltar la esencial de poner a disposición de aquellas autoridades el equipo electrónico que descodifique la comunicación. Como mínimo, se debería haber emulado la firmeza que *mutatis mutandis* denota la R.O. de 16 de septiembre de 1883, del M^o de Justicia, sobre la facilitación de copias y originales por la Administración de Telégrafos a los Jueces y Tribunales competentes que los reclamen¹³⁴.

2.- *Problemas específicos derivados de la interceptación en los sistemas de telecomunicación.(*)*

Los aspectos que configuran los problemas que afectan directa o indirectamente a la interceptación legal de las telecomunicaciones son de naturaleza legal y técnica. De forma que ambos se presentan interdependientes en su estudio y pretensión de solución. Dada la acusada especialidad de estos últimos en los que no estoy versado, abordaré tan sólo unos conocimientos elementales, pero necesarios para situarnos en el punto de partida histórico de los acontecimientos. En todo caso ruego disculpas si mis apreciaciones no son rigurosamente exactas.

a) *Sistemas de telefonía en servicio.*a¹) *De red fija.*

Mencionaremos sólo de pasada el servicio telefónico de voz de red fija, es decir convencional, aún no liberalizado en España (hasta 1^o de enero de 1998), cuya interceptación no ha presentado problemas en base a la explotación de la red con carácter estatal, en régimen de

134. Ver Repertorio de Legislación Aranzadi. Diccionario n^o marginal 10643.

* *Debo agradecer la generosa y docta colaboración de D. Joaquín Salas Alcalde, oficial del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra, (Especialidad Fundamental de Ingenieros).*

monopolio y establecimiento de enlaces por cable con un sistema de transmisión de voz que no presenta obstáculos para la desviación de la línea solicitada al lugar autorizado y la consiguiente grabación del contenido de forma inteligible de las conversaciones.

a^{II}) Terrestre móvil analógica.

La implantación en Europa de la telefonía móvil tiene lugar en la década de los años 80 presentación en Suecia del NMT (*Nordic Mobile Telephone*).

La telefonía móvil, en su modalidad *analógica*, establece sus comunicaciones enlazando por ondas radioeléctricas a través de unas estaciones, denominadas «estaciones base», emplazadas en lugares dominantes y esparcidas por el territorio al que se quiere dar cobertura. Los teléfonos móviles se sintonizan automáticamente en cada momento a la estación base que está más próxima, de modo que, al desplazarse, la señal irá saltando de una a otra estación. Estas estaciones están conectadas a su vez a la red telefónica fija, haciendo posible, a través de ella la comunicación con cualquier otro abonado. El territorio a cubrir queda fragmentado en un conjunto de zonas de cobertura o «celdas», dando el nombre a esta tecnología de «celular».

En España, se introdujo el sistema NMT 450 (opera en la banda de frecuencias de 450 Mhz) de telefonía móvil analógica, en 1982. Pronto el espectro radioeléctrico de 450 Mhz se vio saturado y se dio paso a finales de 1989 por Telefónica al sistema TACS-900 (operando en banda de 900 Mhz) que ofrece mayor capacidad. La práctica totalidad del territorio nacional está cubierta con este sistema y sus terminales son más evolucionados y más reducidos.

Ambos sistemas son multiplexados en frecuencia. Quiere ésto decir, que el ancho de banda de frecuencia se fragmenta en porciones, cada una de las cuales constituye un canal de comunicación. Para evitar interferencias se hace necesario que cada estación base funcione con canales distintos de los que usa la estación colateral. Las redes celulares analógicas requieren pues, una detallada planificación de frecuencias a atribuir para uso dentro de cada celda.

a^{III}) Terrestre móvil digital.

Desde 1982, en el seno de la C.E.P.T (Conferencia Europea de Correos y Telecomunicaciones) se venía trabajando para la específica-

ción de un nuevo sistema de telecomunicaciones móviles de ámbito europeo. El grupo de trabajo se denominó inicialmente GSM. (*Groupe Special Mobile*). Las normas para su estandarización internacional datan de 1986 y pasan en 1989 a depender de una nueva organización europea denominada E.T.S.I (Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación), con sede en Francia.

Los países europeos y otros fuera del entorno, implantan seguidamente el nuevo sistema. En España, Telefónica a partir del 25 de julio de 1995 tiene operativo el servicio (*MoviStar*) para llamar a cualquier teléfono fijo o móvil de la red nacional (75% cobertura de población y 50% de territorio, iniciales) e internacional por acuerdos con 32 operadores de GSM de 20 países. La gran ventaja del sistema GSM es su concepción operativa paneuropea.

Un dato de gran interés es que en base al R.D. 1486/94, de 1 de julio, Reglamento técnico de telefonía móvil automática, ya citado, se ha concedido licencia para explotar la red GSM a un segundo operador, el grupo Airtel, que comenzará a operar el 3 de octubre de 1995.

El GSM es un sistema multiplexado en el tiempo. Quiere ésto decir, que dentro de cada una de las frecuencias portadoras de la partición del ancho de banda disponible, se procede a una segmentación en intervalos de tiempo de cada una de las comunicaciones que se están llevando a cabo en cada momento. En consecuencia el aprovechamiento del espectro de frecuencias disponible es mucho mayor. Pero la gran característica, diferencial de las anteriores modalidades de telefonía móvil automática, es la *tecnología digital*. La digitalización de cualquier tipo de información (voz, texto, datos, gráficos, música, imágenes fijas o en movimiento) permite convertir dichas informaciones en secuencias binarias (ceros y unos) que pueden ser tratadas y almacenadas y retransmitidas a distancia de forma homogénea sin necesidad de infraestructura específica para cada una de ellas.

a^{IV}) Telefonía móvil por satélites.

En el futuro, se estima que el servicio estará disponible en 1998, los sistemas terrestres existentes (por ejemplo GSM) se verán superados, aunque no suprimidos, por la próxima generación que operará a través de satélites que en muchos casos proveerán el servicio desde fuera de las fronteras nacionales. La cobertura del Planeta correrá a

cargo de satélites geoestacionarios (girarán con la Tierra) en órbita baja (700 Km). Estos satélites se comunicarán entre ellos y el enlace terrestre estará limitado a estaciones que actuarán como *gateway* (entrada, paso) de salida y de llegada. En muchos países no habrá un *gateway*.

La llamada desde un terminal móvil es captada por el *gateway* más próximo quien la lanza al espacio por medio de una señal suficientemente potente para que la reconozca el satélite (onda corta del espectro electromagnético). Los enlaces aéreos serán entre satélites y cuando la conexión vuelve a la tierra con la misma longitud de onda o modificada es captada por el *gateway* más próximo al abonado llamado, quien recibirá la llamada a través de la infraestructura terrestre.

b) Problemas técnicos.

Se ha citado como punto de partida la telefonía convencional alámbrica, en la que dado el tiempo de funcionamiento, simplicidad técnica, y un solo explotador de red, creemos no existen problemas técnicos, ni por parte del operador de red que recibe la orden de interceptación y pone la línea a disposición de la Autoridad o agentes de ésta en el lugar judicialmente determinado.

La telefonía móvil celular, sistema analógico, utilizada en España (NMT-450 y TACS-900) no soporta en su diseño ninguna función relativa a la seguridad de la información que transportan. Es el usuario quien debe aportar los dispositivos adecuados para conseguir una protección de la confidencialidad. Los medios técnicos, más empleados son: el cifrado de voz, el «scrambler» o secráfono y el dispositivo de filtros cruzados. Pero en general, y puesto que es el usuario quien debe soportar la carga de su protección, que no ofrece el sistema analógico, la interceptación utilizando «scanners» tiene la dificultad de que debido a los cambios de frecuencia continuos del canal de comunicación al cambiar la célula exigen una gran proximidad al abonado concreto para no perder la conversación. A través del operador de red existen posibilidades técnicas para que mediante los medios necesarios, proporcione la línea intervenida en el lugar convenido, como si de una abonado filar se tratase.

La introducción de la tecnología digital en la telefonía móvil celular (GSM) dificulta la monitorización de las conversaciones. Las conversaciones (mensajes) se convierten en ráfagas de unos y ceros ininteligibles, de forma que sólo el terminal celular digital autorizado podrá realizar el descifrado pertinente para hacer inteligible la conversación. Aquí por tanto es el sistema digital el que aporta la protección de la información, a través del código cripto que lleva implícito. En este sistema, por tanto, el principal obstáculo a la interceptación no reside en la situación sobre la estación base o centro de conmutación a través del cual se vaya a establecer la conexión del abonado puesto bajo escucha; sino en las características técnicas, complejas y perfeccionadas de la transmisión, la colaboración del operador de red, y sobre todo del proveedor de servicios a la hora de confeccionar las especificaciones técnicas los que deben tener presente «la contramedida» que permita la interceptación por muchos sistemas de encriptado que se implementen que de hecho son parte de su normal funcionamiento.

Es tan sencilla y absoluta la imprescindible dependencia técnica que, puede comprenderse la desolación que invade a los cuerpos policiales afectados ya por el uso de la tecnología digital para fines criminales¹³³. Esta dificultad enlaza con nuestra primera reflexión jurídica sobre la constitución de un pormenorizado catálogo de obligaciones de estricto cumplimiento por parte del explotador de la red, sea pública o privada, que de forma tan resolutiva ha resuelto el Gobierno Federal alemán con la publicación del Decreto sobre control de las telecomunicaciones, de 18 de mayo de 1995. Pero con todo, no acaban aquí los problemas técnicos en el GSM. El objetivo de la medida comprende la obtención de la información más exhaustiva sobre la persona sometida a vigilancia. Sobre ésta, pueden distinguirse unos datos relativos al contenido de la comunicación y otros sobre la telefonía o *datos asociados*.

Los primeros, estarán disponibles sólo si se contesta a las llamadas controladas. Se pueden recoger en tiempo real, una vez la interceptación está legalmente autorizada. Los datos de telefonía o asociados tienen relación con la conexión: números marcados desde ella (aunque no se hubiese establecido la comunicación), números de las conexiones

133. Recordar las manifestaciones de Jefes de la Policía alemana y estadounidense comentadas en el epígrafe D.1.

recibidas por el terminal vigilado (en iguales circunstancias), desvíos de las llamadas, células de emisión (ubicación geográfica), servicio de telecomunicaciones utilizado, comienzo y final de la comunicación (fecha y hora) o de su intento y duración de la misma, en caso positivo. Estos datos asociados son los especificados y exigidos al explotador en la Reglamentación alemana¹³⁴. Estos datos pueden ser suministrados *a posteriori*, pero son de un gran interés para la investigación. La información que proporcionan no siempre es concluyente, pues determinados hábitos o instrumentos técnicos pueden difuminar su resultado. Veamos.

Los datos de telefonía pueden obtenerse normalmente en el fichero de residencia donde el abonado está inscrito para facturación, denominado HLR (*Home Location Register*). En el caso de que la persona vigilada se esté moviendo por un país extranjero, se necesitará la asistencia técnica del operador de telecomunicaciones de la red extranjera. Para averiguar en qué país se está moviendo, es preciso consultar el registro en la localidad de visita, denominado VLR (*Visitor Location Register*). Es decir, es preciso mantener una lista de identificación internacional de abonados móviles, que puede ser objeto de estudio en el seno del Convenio de Schengen.

En el *desideratum* se plantea el caso extremo, del viajero que adquiere o alquila un terminal GSM fabricado en un país A, se inscribe para su facturación en un país B y hace las llamadas de un tercer país C. La localización y la interceptación se ven complicadas con la itinerancia.

Otra cuestión que dificulta los datos de telefonía o asociados, es el uso de la «tarjeta personal o tarjeta SIM (*Subscriber Identity Module*), similar a una tarjeta de crédito, que puede utilizarse introduciéndola en cualquier terminal GSM, provista de un micro procesador en el que se encuentran grabados los datos necesarios de identificación del cliente, tanto de gestión como operativos. Al utilizarla desde teléfonos privados o públicos preserva la identidad de la persona que efectúe la llamada, que puede no coincidir con el titular del terminal. Teniendo en cuenta

134. R.D. de 18 de mayo de 1995 sobre Vigilancia de las telecomunicaciones (Fernmeldeverkehr-Überwachungs-Verordnung-FÜV) Bundesgesetzblatt Jahrgang 1995. Teil I (Cap.2.§3.(2).

que la orden de interceptación se emite según el número del abonado, el dato personal del comunicante puede verse frustrado con el empleo de la tarjeta SIM. En este caso, puede paliarse el resultado previéndose en la orden de interceptación todos los terminales que la persona vigilada tenga a su disposición.

c) Problemas de jurisdicción.

Mientras el alcance de las conexiones es nacional, ningún problema de territorialidad afecta al derecho aplicable. Ésto ocurre con la telefonía móvil automática en los sistemas analógicos empleados y aquí descritos. Pero, a juzgar por la operatividad del *sistema digital paneuropeo GSM*, problemas de jurisdicción entran en juego.

Si se desea interceptar las comunicaciones de un determinado abonado es de máxima importancia saber el operador de red en el que se ha inscrito a efectos de facturación de servicios. Para ello es preciso consultar el HLR o registro de localización de residencia. Si es localizado en cualquiera de los operadores de red nacionales, al que resulte competente se dirigirá la orden de interceptación para que provea lo necesario en orden a su cumplimiento. Pues el denominado IMSI, es el número de identificación del abonado de uso interno en la red GSM, que no se publica, y sólo es conocido por el operador contratado para prestar servicios y detectado para darle acceso a las prestaciones que figuran en el contrato, como mínimo efectuar la llamada y recibir las de otros abonados.

Si no se encuentra inscrito en los operadores nacionales (HLR) es preciso la consulta del registro VLR (registro de visitantes). Puede tratarse de un extranjero, de un nacional no residente, o de un nacional itinerante (*roamer, errant*). Aquí la información y colaboración, entre los cuerpos policiales, al amparo del art. 5.4 (Comunicación Internacional) de la Recomendación R(87)15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *la utilización de datos de carácter personal a los fines policiales*, es fundamental. Igualmente se precisa la colaboración de los explotadores de red entre sí, y con los que se tienen suscritos acuerdos ya que es de máxima importancia, hasta que los ficheros VLR dispongan de una base de datos satisfactoria. Cada abonado que utiliza servicios de telecomunicaciones en los que directamente no está inscri-

to (facturación) debe incluirse en la lista de identificación internacional de abonados móviles en cada central utilizada, que deberá estar a disposición del resto de explotadores de redes.

En estos casos, una vez determinado el país, correspondiente al operador de red en la que se han inscrito, la Autoridad habilitada para ordenar la interceptación (Juez, Fiscal, Miembro del Gobierno) debe solicitar la comisión rogatoria pertinente al amparo del artículo 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, fechado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, ratificado por España por instrumento de 14 de julio de 1982, conteniendo las indicaciones pertinentes para su ejecución (art. 14) y más precisamente las del art. 2 de la Recomendación 12 (85) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, para la aplicación práctica del Convenio precitado, *relativa a comisiones rogatorias para el control de las telecomunicaciones*, de 28 de junio de 1985.

La parte requerida, es decir el Ministerio de Justicia (art. 15.1) o caso de urgencia la autoridad judicial (art. 15.2) procederá a ejecutar en la forma *en que su legislación establezca* (art. 3.1) la interceptación solicitada o la denegará de forma motivada (art. 19). Las grabaciones originales serán enviadas, si se solicitan expresamente (art. 33).

De forma retrospectiva, en este momento de trabajo, puede cobrar un nuevo valor el estudio precedente de la legislación comparada en esta materia, en lo que tienen de común o de dispar con la nuestra, con vistas a conocer al régimen y legislación imperante en el país del que depende la ejecución de la solicitud de interceptación. Veamos a continuación, tan sólo una ligera perspectiva sobre los problemas legales que puede suscitar las *telecomunicaciones por satélites*.

Lo primero que cabe destacar es que, tal como se ha descrito, la señal desde el terminal móvil para ser transmitida en su enlace ascendente activa el *gateway* más próximo, pero tal infraestructura puede caer fuera de la jurisdicción nacional y en la conexión descendente puede ocurrir lo mismo, en un *gateway* de llegada. No obstante guarda las mismas dependencias operacionales y de gestión que el GSM. Cada abonado deberá ser registrado en un «*gateway* de inscripción». Desde cualquier parte del mundo una persona suscribirá los servicios con el explotador de red o la sociedad que comercialice los *gateway* terrestres. La solución ideal sería, que puesto que el enlace que técnicamente puede ser interceptado es el descendente, previa detección del abonado

o terminal sobre vigilancia (igual que en el GSM) toda interceptación autorizada debe ser peticionada al centro de registro que marcará al sospechoso con una señal (*flag*). Una vez conseguido esto, será el *gateway* de llegada el que desvíe la comunicación («pinchazo») al país solicitante, al receptor indicado.

Sin embargo, una vez más «*rizando el rizo*» puede considerarse el caso extremo de un ciudadano del país A, que esté registrado para el servicio en el país B, operando temporalmente (*gateway* de partida) desde el país C hace una llamada por una red vía satélite cuyo *gateway* de llegada está localizado en el país D, desde donde se envía la transmisión por la infraestructura terrestre a su destino en un país E. Teniendo en cuenta que la petición de la interceptación puede interesar al país F donde se le sigue un procedimiento criminal, la cuestión parece complicarse. Según lo previsto debe ser el país D, *según su legislación* el que está en condiciones de proporcionar la interceptación, una vez «*marcado*» el abonado por los datos de su terminal, previamente al oportuno requerimiento.

De todas formas como un problema jurídico más, está sujeto a las circunstancias del caso dado. La jurisdicción de varios países puede estar implicada en tanto en cuanto la señal de transmisión los recorre, por no decir de otra jurisdicción en conflicto positivo que pudiera concurrir, ésta es la propia de la *nacionalidad de la empresa explotadora* de los satélites. Todo es demasiado complejo en este momento, tanto técnica como jurídicamente. Las interceptaciones que afecten a telefonía móvil de alcance internacional necesitarán de un continuo esfuerzo en normas reguladoras de ambos aspectos interesados e interdependientes, también del mismo carácter internacional.

V.- RESUMEN FINAL

Se parte del presupuesto que reconoce a las telecomunicaciones, como un medio de transmisión de información actualmente muy avanzado en los países de la Unión Europea. Su aprovechamiento delictivo, sea en el ámbito común o muy especialmente en el marco de la delincuencia organizada o de la seguridad del

Estado, presenta multitud de problemas jurídicos y técnicos a las autoridades judiciales y policiales. Cada país se presta a solucionar de forma interesada con iniciativas legislativas la regulación de la interceptación legal de las comunicaciones privadas a través de los cada vez más sofisticados medios, para proporcionar bien como fuente de prueba o de mera información, instrumentos acordes en la persecución de una delincuencia notablemente más peligrosa y mejor dotada.

Como resumen de los aspectos más significativos del trabajo, se puede ofrecer lo siguiente:

A) DE CONJUNTO.

Once de los quince países que componen actualmente la U.E. han renovado sus instrumentos legales sobre la materia en los últimos cinco años (1990-1995). España no se encuentra entre ellos (1988).

Merecen ser destacados, en cuanto al establecimiento de un régimen jurídico completo los de: Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Grecia, Reino Unido e Irlanda.

España mantiene una insuficiencia escandalosa en el desarrollo normativo del derecho constitucional y sus excepciones (art. 18.3. CE).

B) EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORDINARIA.

a) *Presupuestos delictivos.*

- Catálogo taxativo de delitos: Alemania, Bélgica, Finlandia y Grecia.

- Gravedad del delito en atención a la pena: Francia, Holanda, Reino Unido, Irlanda, Austria y Finlandia, Portugal, Luxemburgo, Italia, Dinamarca y Suecia.

- Criterio Mixto (penalidad y tipología): Italia, Portugal, Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

España.- No se expresan.

b) *Autoridad ordenante de la medida.*

- Órgano colegiado judicial: Austria, Grecia, Finlandia y Dinamarca.
- Juez: Alemania, Bélgica, Francia, España, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal y Suecia.

- El Ministerio Público, en casos de urgencia o excepcionales: Alemania, Grecia, Italia y Bélgica.

- El Ministro: Reino Unido (M. del Interior) e Irlanda (M. de Justicia).

- Jefe de Policía Instructor, en casos de urgencia o excepcionales: Grecia y Dinamarca.

c) *Motivación.*

En la mayor parte de los países se precisa, la presencia de hechos ciertos, datos objetivables sobre el hecho delictivo en curso, que de conocimiento de la Policía Judicial o del Ministerio Público sirvan de base para acordar la vigilancia de las telecomunicaciones. Son excepciones el Reino Unido e Irlanda donde pueden llevarse a cabo escuchas preventivas. La legislación francesa ofrece serias dudas al respecto.

d) *Sujetos pasivos.*

En general no existe demasiada precisión, sino reglas amplias para ser interpretadas sobre las personas en las cuales recaigan fundadas sospechas de alguna modalidad de participación delictiva. Ejemplo de omisión a toda referencia: Francia.

Reglas excepcionales muy comunes cuando se trata de interceptar líneas de abogados, médicos, eclesiásticos, notarios, medios de comunicación, etc.

Legislación española, merced a la doctrina jurisprudencial ha salvado la confusión de términos usados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

e) *Requisitos en tiempo y forma.*

Desde los 15 días (Italia) hasta los cuatro meses (Francia), se extienden distintos plazos agrupables por países, como tiempo máximo

de duración autorizada de la interceptación. Todos renovables. Curiosamente en Austria, Holanda y Portugal no existe límite previo, pero debe consignarse el plazo en la orden.

- Modalidades de la interceptación:

Bélgica distingue dos: *réperage* (recogida de datos) y *surveillance* (escucha, conocimiento y/o grabación).

Suecia igualmente: *hemligteleövervakning* (recogida de datos) y *hemligteleavlyssning* (acceso al contenido).

España distingue legalmente: «observación» e «intervención». La doctrina mayoritaria aboga por su identidad. La jurisprudencia igualmente.

f) Ejecución de grabaciones.

En general las legislaciones delegan o comisionan al Ministerio Público, Policía Judicial y/o funcionarios de otros ministerios, la ejecución de la interceptación.

Destacan: Italia, por el protagonismo del Fiscal; Francia por la delegación continua en la Policía Judicial; Grecia, por su libertad de ejecución por parte del órgano que solicitó la medida; Bélgica, por la designación expresa a la Policía Judicial y descripción minuciosa de las actividades a llevar a cabo para cumplir el control de legalidad. En España, por la ausencia total de regulación, la jurisprudencia, en los últimos años, se ha visto precisada de verificar por vía analógica una doctrina integradora para disciplinar las actuaciones.

g) A posteriori.

- La notificación al interesado.

Alemania, Austria, Dinamarca, Italia, Bélgica, Finlandia, Grecia, Luxemburgo, Portugal y Holanda, reconocen la obligación legal expresa de notificar al interesado la adopción de la medida, salvaguardando al mismo tiempo el secreto y la eficacia de la investigación. No

obstante, Alemania mantiene severos condicionantes; Italia goza del más franco reconocimiento; en Grecia es potestativo; Dinamarca da audiencia a un abogado defensor «en la sombra» y Holanda se obligará en un futuro próximo. Francia, Reino Unido, Irlanda y Suecia silencian dar conocimiento a la parte interesada. En España, no existe reconocimiento expreso y se cumple en virtud del derecho de defensa.

- Órganos de control. Recursos.

Los órganos de control de legalidad de la medida en esta fase se deducen del carácter del sistema en que se acuerda, con escasas referencias al régimen de la interceptación.

Se significan Francia: la medida no tiene carácter de fuente de prueba y por tanto no ofrece impugnación posible ante los Tribunales; Grecia, sustrae a éstos la vigilancia del cumplimiento de la medida en favor de una Comisión parlamentaria; El Reino Unido e Irlanda, en atención a la naturaleza extraprocesal de la medida, disponen de unos órganos de control puramente gubernativos: *The Tribunal* y *the Commissioner*, en el primer país, y el Arbitro de Quejas (*Complaints Referee*), en el segundo.

En España, se sigue la aplicación genérica de los actos instructorios.

- Custodia y destrucción de las grabaciones.

Es una consecuencia del régimen nacional. Denotándose, en general, la inserción a la causa (piezas de convicción). Su destrucción, en su caso, certificada mediante acta.

La iniciativa resulta balanceada entre el control judicial y las responsabilidades del Ministerio Público, según cada país. Así Alemania, antes y después de la incorporación al procedimiento, el material está custodiado por el Fiscal hasta su destrucción. En Italia la conservación de actas y grabaciones depende también del Fiscal, siempre bajo control judicial, quién decidirá si no son necesarias, quedando de aquél su destrucción. Al no darse conocimiento en Francia de las grabaciones efectuadas al interesado ni guardar carácter procesal, queda a instancias del Procurador de la República su destrucción una vez prescrito el plazo de la acción. Cuando no sean útiles a la causa, las grabaciones y transcripciones, según la Ley griega, se destruirán ante el Tribunal que

ordenó la medida o en el caso de haberse notificado al interesado, se le hará entrega a éste.

Pero lo más significativo se aporta por Dinamarca, que según su Ley, el protagonismo de la Policía es extremadamente notorio. Así, de iniciativa propia está autorizada a destruir el material interceptado que no parezca importante a efectos de la investigación. Cuando éste no es suficiente para formular acusación o se retira ésta, la decisión por el Tribunal de su destrucción requerirá ser escuchada la Policía y el abogado «en la sombra». Debido a la naturaleza administrativa de la interceptación de las telecomunicaciones en el Reino Unido esta fase es igualmente de control del Ministro ordenante.

En España nada específico está previsto. Se sigue el régimen general considerando el material en cuestión, como *efecto* que guarda relación con el delito.

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

- Constitución de regímenes diferenciados (leyes especiales): Alemania, Francia y Grecia.

- Especialidades del régimen ordinario: Italia y España.

- Observación: España posee un control jurisdiccional de orden constitucional de *cualquier* régimen jurídico de interceptación de las telecomunicaciones (art. 18.3), por lo que sin modificar la Constitución no es posible establecer un *régimen especial* que soslaye la intervención judicial.

Como resumen de lo tratado en este ámbito se ofrece el siguiente cuadro esquemático(*) según los regímenes de los países referenciados, sobre las interceptaciones de seguridad y las extraordinarias, por lo que respecta a Francia.

D) RÉGIMEN DE LOS EXPLOTADORES DE REDES O PROVEEDORES DE SERVICIOS.

a) *Obligación de colaboración o asistencia técnica.*

- Muy necesaria para la ejecución de la interceptación legal en

* Ver recuadro esquemático en el Anexo.

cualquier sistema de telecomunicación, pero absolutamente indispensable en el sistema imperante de telefonía móvil digital paneuropeo GSM (*Global System for Mobiles communications*).

Alemania la ha acogido específicamente en su Ley procesal (mod 1994, StPo) y Reglamento de requerimientos técnicos (1995). Francia, Holanda y Grecia, la constituyen asimismo expresamente, bajo sanción penal en el último país.

España no cuenta con disposición legal específica. Sólo una referencia vaga en el Reglamento técnico de prestación del servicio (1994).

b) *Problemas específicos derivados de la interceptación de las telecomunicaciones.*

- Problemas técnicos.

* Dificultad en la descripción o descodificación de la actual telefonía digital.

* Importancia de la información sobre datos asociados a la comunicación.

* Caso especial de la itinerancia, del usuario por país extranjero. Acceso a los registros internacionales de abonados.

- Problemas de jurisdicción.

En el caso de una comunicación internacional por el sistema GSM:

* Localización previa del comunicante: consulta de registros.

* Comisiones rogatorias: su regulación en este campo.

* Instrumento normativo del Consejo de Europa de colaboración policial.

En el caso de comunicación internacional por satélite:

* Si está localizado el usuario: interceptación en el *gateway* de llegada de la señal.

* Si no está localizado: interceptación en el *gateway* de inscripción.

* Posibles conflictos de jurisdicción sobre la Ley nacional aplicable. Criterio de atribuciones de competencia: la del *gateway* de llegada, del de inscripción, de países que recorre la señal, de la nacionalidad de la empresa explotadora.

*Ver cuadro esquemático en el ANEXO

ANEXO
INTERCEPTACIONES DE SEGURIDAD

	ALEMANIA	FRANCIA	GRECIA	ITALIA	ESPAÑA
PRESUPUESTOS	Catálogo de Delitos	Materias de interés nacional	Seguridad Nacional	Catálogo de Delitos	Delitos de Terrorismo
AUTORIDAD ORDENANTE	-Estados o Federales -Comisión parlamentaria	Ministros: -Defensa -Interior -Aduanas	Fiscal del Tribunal Apelación	-Juez -Fiscal (antimafia)	(urgencia) -Ministro del Interior -Director Seguridad del Estado
EJECUCION	-Oficina Federal de Comunicaciones u otros explotadores. -Operaciones técnicas en detalle. -Plazo máximo legal no fijado.	-Primer Ministro (G.I.C.), cupos de escuchas. - 4 meses máximo	-Plazo indefinido	-Plazo máximo 40 d. + 20 d. (prorroga). -Vía telefónica (inclusive)	-Escrito motivado al Juez (Confirma o revoca)
CONTROL	-Notificación al interesado por Servicios Federales o Estadales de Seguridad. -Recursos en vía jurisdiccional	-Comisión Nacional de Control- (C.N.C.I.S.)	-Comisión Nacional (Parlamentaria)	(sin especialidad que consignar)	(sin especialidad que consignar)

INTERCEPTACIONES EXTRAORDINARIAS O SIN SUJECION A CONTROL

PRESUPUESTOS	FRANCIA Defensa de los intereses nacionales
--------------	--

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ASENCIO MELLADO J.M. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid 1982.

BARCELONA LLOP Javier *Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad (A partir de la Sentencia del T.E.D.H. sobre el «Caso Malone»)*. Rev. Administración Pública n. 112 Enero-abril 1987.

BOULOC BERNARD *Chronique Législative*. Revue de science criminelle et de droit penal comparé. janvier-mars 1992.

COBO DEL ROSAL Manuel *Un supuesto de intervenciones telefónicas como prueba ilícitamente obtenida*. Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal. Madrid 1993.

CONDE DIAZ. Alipio *Naturaleza Jurídica de la red de telecomunicaciones*. Rev. La Ley nº 3357, de 28 de septiembre de 1993.

CHAMBON Pierre *Analyse et commentaire de la Loi nº 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications*. Actualité Législative DALLOZ nº 22/ 1991, 26 décembre 1991.

DE VICENTE REMESAL Javier *Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos*. Poder Judicial nº 17. año 1990.

DE LLERA SUAREZ-BARCENA E. *El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal*. Poder Judicial nº 3 1986.

FERNÁNDEZ-ESPINAR Gonzalo *El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal*. Poder Judicial 2ª epoca nº 32. Diciembre 1993.

FISCALIA GENERAL DEL Eº *«Intervenciones telefónicas»*. Memoria Año 1995. pg 1263 y ss.

GARCIA VALTUEÑA Eduardo *El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. XXIX. Madrid 1993.

GIMENO SENDRA VICENTE *Las intervenciones telefónicas en la Jurisprudencia del TC y TS*. Estudios de Jurisprudencia. Año II. nº 12. sept/oct 1994.

- GONZALEZ GUITIAN Luis *Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas*. Comentarios a la legislación Penal. Tomo VII. Madrid. 1986.
- GONZALEZ GUITIAN Luis *Algunas notas sobre la tipificación penal de las escuchas clandestinas*. Poder Judicial nº 6, 1987.
- GONZALEZ GUITIAN Luis *Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VII. Madrid 1986.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid 1990.
- HERNÁNDEZ Hdez Roberto *Las escuchas telefónicas: medio probatorio en el proceso penal (I y II)*. Actualidad Penal nº 32 y 33 de 1992.
- HIGUERA GIMERA J.F. *Los delitos de colocación ilegal de escuchas telefónicas en el Cod. Penal español. (I y II)*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia nº 1414 y 1415 de 1986.
- HUTADO ADRIAN Angel *El teléfono como medio de investigación en el proceso penal*. Actualidad Penal nº 9, 28 de febrero-6 de marzo 1994.
- JIMENEZ CAMPO Javier *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Madrid 1986.
- LLECLERC Henri *Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France*. Revue de science criminelle et de droit penal comparé janvier-mars 1992.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA Jacobo *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid 1989.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA J. *Esquema general del régimen legal de las intervenciones telefónicas*. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 88, de 11 de febrero de 1993.
- LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ Tomás *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid 1991.
- MAISL Herbert *Communications mobiles, secret des correspondences et protection des donées personnelles*. (Mobile communications, secrecy for exchanges of correspondance and protection of personal data). Revue de Droit de l'informatique et des télécommunications n. 2 (1995).
- MARTIN MORALES, Ricardo *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid 1995.

- MAZA MARTIN José Manuel *Algunos apuntes a proposito de las autorizaciones judiciales para la intervención de comunicaciones a través de redes informáticas*. Rev. La Ley. 18 enero de 1996.
- MONTÓN REDONDO Alberto *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas*. Rev. La Ley. 21 nov. 1995
- MORENO CATENA VICTOR *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*. Revista. Poder Judicial nº especial II. 1987.
- NARVAEZ RODRÍGUEZ Antonio *Escuchas telefónicas: Alcance constitucional y procesal*. Rev. del Ministerio Fiscal n.1. Enero-Junio de 1995. Mº de Justicia e Interior.
- PAZ RUBIO José María *Intervenciones Telefónicas*. La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial C.G.P.J. Madrid 1992 pg. 187 y ss.
- PEÑA BONITO Eduardo. *Comentario a la colocación ilegal de escuchas telefónicas y el consentimiento expreso o tácito de uno de los interlocutores*. Doctrina científica. Jurisprudencia constitucional. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 211. 7 Sep. 1995.
- PETTITI Louis-Edmond *Les écoutes téléphoniques et le droit français*. L'Actualité juridique. Droit administrative, 20 janvier 1992.
- RAFOS LLACH Juan *Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha transmisión y grabación en lugar cerrado*. Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal C.G.P.J. Madrid 1992.
- RODRÍGUEZ RAMOS. Luis *Intervenciones telefónicas*. La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial C.G.P.J. Madrid 1992.
- RODRÍGUEZ MARIN Fndo. *Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales nº 43 de 1990.
- RUIZ VADILLO Enrique *La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse algún principio constitucional de producirse algunas determinadas irregularidades procesales: Intervenciones telefónicas*. Cuadernos de Derecho judicial. La prueba en el proceso penal. C.G.P.J. Madrid 1992.
- SOTO NIETO Francisco. *La motivación, la proporcionalidad y el control judicial en las intervenciones telefónicas*. Revista La Ley nº 3783, de 19 de mayo de 1995.
- SUAREZ ROBLEDANO J.M. *La salvaguardia y el control judicial de la*

inviolabilidad de domicilio, del control de la intervención de las comunicaciones y del secuestro de las publicaciones. Actualidad Penal n° 36 28 Sep/4 Oct. 1987.

VELASCO NUÑEZ Eloy *Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación del tema. Actualidad Penal n° 18, 3-9 mayo 1993.*

INDICE JURISPRUDENCIAL CONSULTADO

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- S/ de 6 de Junio de 1978 (*Caso Klass y otros*). B.J.C. n°30 pg. 1199 y ss.
 S/ 2 de Agosto de 1984 (*Caso Malone*).B.J.C. n° 64/65 pg. 1081 y ss.
 S/ 12 de Junio de 1988 (*Caso Schenk*).B.J.C. n° 108 pg. 125 y ss.
 S/ 24 de Abril de 1990 (*Caso Huvig*).B.J.C. n° 144 pg. 285 y ss.
 S/ 24 de Abril de 1990 (*Caso Kruslin*). « « «.
 S/ de 8 de diciembre de 1983 (*Caso Pretto y otros*). B.J.C. n° 44 pg. 1490 y ss.
 S/ de 8 de diciembre de 1983 (*Caso Axen*) B.J.C. n° 44 pg. 1500 y ss.

Tribunal Constitucional

- S/ 114/1984 de 29 de Noviembre.
 S/ 22/1984 de 17 de Febrero.
 S/ 199/1987 de 16 de Diciembre.
 S/ 128/1988 de 27 de Junio.
 S/ 111/1990 de 18 de Junio.
 S/ 190/1992 de 16 de Noviembre.
 S/ 13/1985, de 31 de enero
 S/ 176/1988, de 4 de octubre

Audiencia Nacional

- S/ 27 de Septiembre de 1994 (Sec 3ª S. Penal) (*Caso Nécora*).
 S/ 15 de Septiembre de 1995 (Sec. 3ª S. Penal) (*Caso Charlin*).

Tribunal Supremo

Año 1988

- S/ 5 de Febrero de 1988 (R.A. 857).

Año 1990

- S/ 26 de Enero de 1990 (R.A. 515).

S/ 12 de Febrero de 1990 (R.A. 1475).
 S/ 3 de Mayo de 1990(R.A. 3680).
 S/ 6 de Septiembre de 1990 (R.A. 6920).
 S/ 4 de Octubre de 1990 (R.A. 7656).
 S/ 5 de Octubre de 1990 (R.A. 7680).
 S/ 10 de Octubre de 1990 (R.A. 7947).
 S/ 14 de Noviembre de 1990 (R.A. 8907).
 S/ 20 de Diciembre de 1990 (R.A. 9669).

Año 1991

S/ 9 de Febrero de 1991 (R.A. 982).
 S/ 21 de Febrero de 1991 (R.A. 1335).
 S/ 6 de Marzo de 1991 (R.A. 1920).
 S/ 27 de Febrero de 1991 (R.A. 2309).
 S/ 13 de Mayo de 1991 (R.A. 3636).
 S/ 16 de Octubre de 1991 (R.A. 7278).
 S/ 16 de Diciembre de 1991 (R.A. 9314).

Año 1992

S/ 14 de Mayo de 1992 (R.A. 4029).
 S/ 2 de Junio de 1992 (R.A. 4764).
 S/ 8 de Junio de 1992 (R.A. 5294).
 A/ 18 de Junio de 1992(R.A. 6102) (*Caso Naseiro*).
 S/ 8 de Julio de 1992 (R.A. 6553).
 S/ 15 de Julio de 1992 (R.A. 6364).
 S/ 25 de Septiembre de 1992 (R.A. 7348).
 S/ 6 de Octubre de 1992 (R.A. 7806).
 S/ 9 de Octubre de 1992 (R.A. 7955).
 S/ 17 de Octubre de 1992 (R.A. 8337).
 S/ 30 de Octubre de 1992 (R.A. 8623).
 S/ 6 de noviembre de 1992 (R.A. 9009).
 S/ 1 de Diciembre de 1992 (R.A. 9899).
 S/ 2 de Febrero de 1992 (R.A. 9905).

Año 1993

S/ 15 de Enero de 1993 (R.A. 119).
 S/ 8 de Febrero de 1993 (R.A. 885).
 S/ 12 de Febrero de 1993 (R.A. 1060).
 S/ 18 de Febrero de 1993 (R.A. 1356).
 S/ 23 de Febrero de 1993 (R.A. 1525).
 S/ 17 de Marzo de 1993 (R.A. 2326).
 S/ 5 de Abril de 1993 (R.A. 3030).
 S/ 26 de Abril de 1993 (R.A. 3217).
 S/ 19 de Abril de 1993 (R.A. 3314).
 S/ 30 de Abril de 1993 (R.A. 3322).
 S/ 7 de Mayo de 1993 (R.A. 3866).
 S/ 21 de Mayo de 1993 (R.A. 4230).
 S/ 5 de Junio de 1993 (R.A. 4847).
 S/ 12 de Junio de 1993 (R.A. 4997).
 S/ 16 de Junio de 1993 (R.A. 5117).
 S/ 18 de Junio de 1993 (R.A. 5191).
 S/ 25 de Junio de 1993 (R.A. 5244).
 S/ 5 de Julio de 1993 (R.A. 5875).
 S/ 7 de Julio de 1993 (R.A. 5889).
 S/ 8 de Julio de 1993 (R.A. 5900).
 S/ 7 de Julio de 1993 (R.A. 5941).
 S/ 29 de Junio de 1993 (R.A. 8484).
 S/ 16 de Julio de 1993 (R.A. 6032).
 S/ 9 de Julio de 1993 (R.A. 6063).
 S/ 15 de Julio de 1993 (R.A. 6086).
 S/ 15 de Julio de 1993 (R.A. 6089).
 S/ 23 de Julio de 1993 (R.A. 6429).
 S/ 16 de Septiembre de 1993 (R.A. 6735).
 S/ 3 de Diciembre de 1993 (R.A. 6903).
 S/ 17 de Septiembre de 1993 (R.A. 7146).
 S/ 5 de Octubre de 1993 (R.A. 7282).
 S/ 11 de Octubre de 1993 (R.A. 7371).
 S/ 18 de Octubre de 1993 (R.A. 7537).
 S/ 20 de Octubre de 1993 (R.A. 7811).
 S/ 27 de Octubre de 1993 (R.A. 7872).
 S/ 22 de Octubre de 1993 (R.A. 7948).

S/ 30 de Octubre de 1993 (R.A. 8002).
 S/ 30 de Octubre de 1993 (R.A. 8005).
 S/ 29 de Junio de 1993 (R.A. 8484).
 S/ 15 de Noviembre de 1993 (R.A. 8588).
 S/ 7 de Octubre de 1993 (R.A. 8703).
 S/ 17 de Noviembre de 1993 (R.A. 8704).
 S/ 3 de Diciembre de 1993 (R.A. 9233).
 S/ 30 de Diciembre de 1993 (R.A. 9816).
 S/ 30 de Diciembre de 1993 (R.A. 9820).

Año 1994

S/ 25 de Febrero de 1994 (R.A. 2592).
 S/ 16 de Marzo de 1994 (R.A. 2325).
 S/ 18 de Marzo de 1994 (R.A. 2340).
 S/ 19 de Marzo de 1994 (R.A. 2568).
 S/ 25 de Marzo de 1994 (R.A. 2591).
 S/ 25 de Marzo de 1994 (R.A. 2592).
 S/ 4 de Abril de 1994 (R.A. 2867).
 S/ 5 de Abril de 1994 (R.A. 2875).
 S/ 6 de Abril de 1994 (R.A. 2889).
 S/ 23 de Abril de 1994 (R.A. 3165).
 S/ 18 de Abril de 1994 (R.A. 3340).
 S/ 9 de Mayo de 1994 (R.A. 3627).
 S/ 20 de Mayo de 1994 (R.A. 3942).
 S/ 14 de Mayo de 1994 (R.A. 4029).
 S/ 25 de Mayo de 1994 (R.A. 4052).
 S/ 28 de Mayo de 1994 (R.A. 4062).
 S/ 31 de Mayo de 1994 (R.A. 4506).
 S/ 6 de Junio de 1994 (R.A. 4532).
 S/ 27 de Junio de 1994 (R.A. 5034).
 S/ 17 de Junio de 1994 (R.A. 5175).
 S/ 21 de Junio de 1994 (R.A. 5215).
 S/ 2 de Julio de 1994 (R.A. 6003).
 S/ 16 de Julio de 1994 (R.A. 6461).
 S/ 21 de Febrero de 1994 (R.A. 6603).
 S/ 26 de Septiembre de 1994 (R.A. 6772).
 S/ 20 de Julio de 1994 (R.A. 6614).

S/ 23 de Mayo de 1994 (R.A. 6701).
 S/ 23 de Julio de 1994 (R.A. 6713).
 S/ 12 de Septiembre de 1994 (R.A. 7205).
 S/ 27 de Septiembre de 1994 (R.A. 7222).
 S/ 24 de Septiembre de 1994 (R.A. 7182).
 S/ 27 de Septiembre de 1994 (A.J. Azdi 17 Nov. 94) (R.A. 1415/95).
 S/ 11 de Octubre de 1994 (R.A. 8170).
 S/ 17 de Octubre de 1994 (R.A. 8322).
 S/ 25 de Octubre de 1994 (R.A. 8177).
 S/ 31 de Octubre de 1994 (A.J. Azdi. 17 Nov. 94).
 S/ 31 de Octubre de 1994 (R.A. 9076).
 S/ 4 de Noviembre de 1994 (R.A. 8395).
 S/ 8 de Noviembre de 1994 (R.A. 8800).
 S/ 17 de Noviembre de 1994 (R.A. 9276).
 S/ 23 de Noviembre de 1994 (R.A. 9289).
 S/ 28 de Noviembre de 1994 (R.A. 9997).
 S/ 23 Diciembre de 1994 (Rev. La Ley de 15 de febrero del 95).
 S/ 23 de Diciembre de 1994 (R.A. 10266).

Año 1995

S/ 12 de Enero de 1995 (R.A. 130).
 S/ 20 de Enero de 1995 (R.A. 139).
 S/ 23 de Enero de 1995 (R.A. 157).
 S/ 6 de Febrero de 1995 (R.A. 755).
 S/ 14 de Febrero de 1995 (R.A. 762).
 S/ 20 de Febrero de 1995 (R.A. 120).
 S/ 6 de Marzo de 1995 (R.A. 1809).
 S/ 10 de Marzo de 1995 (R.A. 1826).
 S/ 17 de Marzo de 1995 (R.A. 2033).
 S/ 24 de Marzo de 1995 (R.A. 2268).
 S/ 28 de Marzo de 1995 (R.A. 2246).
 S/ 5 de Mayo de 1995 (R.A. 3591).
 S/ 24 de Febrero de 1995 (R.A. 1323).
 S/ 3 de Junio de 1995 (R.A. 4532).
 S/ 3 de Junio de 1995 (R.A. 4534).
 S/ 14 de Junio de 1995 (R.A. 5345).
 S/ 7 de Julio de 1995 (R.A. 5436).
 S/ 10 de Julio 1995 (R.A. 5610).

DESPACHO ORDINARIO

La ampliación de informe pericial ordenada como medida para mejor resolver no requiere ratificación del perito. No hay indefensión si el recurrente no hizo uso de la oportunidad conferida para denunciar el vicio que después invoca en casación

S.T.S. DE 19 DE DICIEMBRE DE 1994

«Dictada la sentencia de apelación contra la que se interpone, solamente por la mercantil promotora-urbanizadora, el presente recurso extraordinario con base fundamentalmente en el resultado de la pericial, cuyos datos resalta el juzgador en el tercero de sus fundamentos de erecho, haciendo notar la responsabilidad de aquella empresa a la vista de lo informado singularmente en el **segundo de los dictámenes prestados por el mismo profesional que emitió el primero, «como aplicación del mismo», por decisión judicial para mejor proveer** acordada por el Juez de primera instancia, carece de sentido impugnar la sen-

tencia de apelación con base en el apartado 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque en el decir del recurrente, el Tribunal de alzada incidió en la infracción de la normativa que establece –artículo 627, párrafo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil– al **no ordenar la ratificación**, por el perito que lo prestó, del dictamen que se dice, tesis que olvida, a la vez que el dato de que no se está en el caso previsto en aquel artículo 627 de la Ley Procesal que cita, sino en el del párrafo segundo del 630 de esta misma Ley, las no menos trascendentales circunstancias, a los efectos de inviabilidad del motivo, de que **la supuesta in-**

fracción procedimental no se denunció ni ante el órgano que acordó el informe pericial y lo recibió, ordenando su unión a los autos, ni en la alzada, y sobre todo, que **ni en una ni en otra instancia, cabe hablar de la indefensión** que la norma procesal de cobertura exige para la viabilidad del motivo basado en infrac-

ción de normas del procedimiento, **cuando el juzgado cumpliendo el mandato del artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puso de manifiesto, a las partes**, por Providencia de 31 de julio de 1990, notificada el 4 de septiembre, **el resultado de la pericia** esclarecedora prestada, para que alegaran lo conveniente».

Se trata de una sentencia que rechaza un recurso de casación interpuesto por una sociedad demandada y condenada al pago de una indemnización y reparación material de daños causados en unos inmuebles. El principal fundamento del recurso, invocando el art. 1692 N° 3 LEC, es que la Audiencia Provincial tuvo en cuenta para condenar a la recurrente dos dictámenes emitidos por un perito en primera instancia, de los cuales el segundo no fue reconocido en los términos que exige el art. 627.2 LEC.

Sin embargo, resulta que este segundo dictamen, en realidad constituyó una ampliación del primero y fue ordenado por el juez como medida para mejor resolver (art. 340 3° LEC), por lo que el Tribunal Supremo, entiende que no era necesaria su ratificación, de acuerdo al art. 330.2 LEC.

Aunque nos da la impresión que del tenor literal de la última disposición citada, no se puede extraer directamente tal conclusión, es evidente su acierto, conforme a la justificación y finalidad de las medidas para mejor resolver, que transforman a estas diligencias, como se ha dicho, en verdaderos actos de instrucción (STS de 28 de noviembre) probatorios de las partes, aunque sean del mismo tipo.

Lo importante es que en la especie, de acuerdo al art. 342 LEC, aparece bien resguardado el «principio de contradicción», puesto que el tribunal de la instancia puso oportunamente en conocimiento de las partes los resultados de la ampliación del informe pericial y la recurrente no formuló reparo alguno.

Precisamente, y nos parece que es la forma de interpretar correctamente la exigencia de «indefensión» que contiene el art. 1692 n° 3, habiendo tenido la parte la *oportunidad* de formular sus alegaciones

frente a la presunta infracción procesal denunciada en casación, no se ha vulnerado su derecho de defensa, esto es, no se ha producido realmente su *indefensión*, en los términos que exige motivo y, consecuentemente, como aconteció, procedía el rechazo del recurso.

ALEX CAROCCA PÉREZ

Aplicación de la doctrina del abuso del derecho para tener por completada la legitimación activa de los demandantes. Improcedencia de la apreciación de litisconsorcio activo necesario

S.T.S. DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1994

«La razón jurídica que motivó la absolución en la instancia de la cuestión debatida en el pleito fue la estimación por el Juzgador de Luceña de la excepción de un litisconsorcio pasivo necesario, tenida en cuenta de oficio por la Jueza, según reza en su Fundamento de Derecho Cuarto. El Tribunal de apelación, aunque precisa «que se está ante una irregular constitución de la relación jurídico-procesal, causante de un litisconsorcio activo necesario, institución sustentada en la necesidad de preservar el principio de audiencia para evitar indefensión» (*sic*), a continuación cita en apoyo de su tesis siete sentencias de esta Sala, todas ellas referidas a la figura del litisconsorcio pasivo necesario, terminando finalmente por con-

firmar la sentencia del Juzgado, que se refería a esta excepción de creación jurisprudencia.

Conocido es el origen jurisprudencial de la excepción del litisconsorcio pasivo necesario, pero también es conocida la pacífica doctrina de esta Sala, que rechaza la figura del litisconsorcio activo necesario, pudiendo citarse entre otras, y como más recientes, las SS 10 Nov. 1992, 3 Jun. 1993 y especialmente la explícita de 20 Jun. 1994, que en su Fundamento de Derecho Cuarto afirmaba: «En este sentido la jurisprudencia de la Sala tiene declarado que la figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, imperado en su acogi-

miento jurisprudencial incluso de oficio, por el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. En efecto, como quiera que nadie pueda ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino en forma conjunta y mancomunada con otro sujeto se traducirá en una falta de legitimación activa, que como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria, pero nunca a una apreciación de la inexistente legal y jurisprudencial excepción de litisconsorcio activo necesario».

Acorde con la doctrina precedente, esta Sala no puede compartir el criterio del Juzgado admitiendo un litisconsorcio pasivo, ni tampoco el ambiguo e inseguro de la Audiencia, aunque pudiera referirse al litisconsorcio activo. El primero por la evidente razón de que la postura procesal de D. Manuel S. G. no puede ser la de un demandado, a quien se le reclama la devolución del precio de una compraventa que nunca recibió, ya que actuó como comprador en el contrato a resolver y no como vendedor, ni en su caso la postura de la Audiencia, en acatamiento a la propia doctrina jurisprudencial que no admite la figura procesal del litisconsorcio activo.

En el caso que nos ocupa la dificultad viene por otra vía: nos encontramos frente a la comunidad

de propietarios de una finca, regida por las disposiciones de los arts. 392 y ss. CC, en cuyas reglas se establece el principio del consentimiento unánime cuando se trate de alteraciones en la cosa común, aunque puedan resultar ventajas para todos (art. 397 CC); y se ha de entender como una «alteración» el pedir la resolución del contrato de compra del bien que se disfruta en comunidad. Así pues, la no presencia como demandante de D. Manuel S. G., en principio, ha producido una falta de legitimación *ad causam*, pues los actores presentes en el pleito no tienen por sí solos la disposición de la acción resolutoria que ejercitan.

Pero la función del derecho no se agota con el ejercicio formal o aparente del mismo: «la Ley no ampara el abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo (art. 7 CC), debiendo ejercitarse los derechos de conformidad con las exigencias de la buena fe»; dando lugar las circunstancias que concurren en el presente caso a un exceso en los límites normales del ejercicio del derecho que la Ley reconoce a los comuneros.

En D. Manuel S. G., que sólo tiene una participación en la comunidad de propietarios de la finca del 2%, concurre la circunstancia de ser empleado de la empresa I., S.A., de la que es accionista mayoritario y Consejero Delegado el vendedor D. Pablo E. C.; el precio pactado en el contrato, cuya resolución se postula en la presente litis, es cinco veces superior al que ha sido fijado peri-

cialmente como de mercado; si se aceptara el cumplimiento del contrato, con independencia de que no se pueda instalar en la finca el parque acuático proyectado, el perjuicio económico es evidente, incluso para el propio D. Manuel S.G., que tendría también que pagar cinco veces más del valor real de su participación; resulta notoriamente antisocial y define la mala fe que una mínima participación en la comunidad, presuntamente vinculada con el vendedor, pueda impedir al resto de los comuneros que ejerciten la acción resolutoria de un contrato tan abusivamente celebrado, incluso cuando notoriamente tal oposición perjudique los intereses económicos del mismo opositor. Este cúmulo de circunstancias, y la propia razón de ser lógica de las cosas, obliga a esta Sala a tener en cuenta y aplicar la doctrina legal del abuso del derecho, contemplada en nuestro ordenamiento positivo, y am-

pliamente estudiada por la doctrina y la jurisprudencia; procediendo hacer la declaración de tener por completada la legitimación activa de los demandantes, para que puedan ejercitar la presente acción resolutoria del contrato de compraventa de la fecha 16 Mar. 1989; con lo que quedan adoptadas las medidas judiciales que impiden la persistencia en el abuso, según dispone el mandato legal.

Rechazado el litisconsorcio pasivo necesario teniendo en cuenta, o en su caso el activo, por las razones expuestas, y declarada completa la legitimación *ad causam* de los demandantes, procede admitir el único motivo alegado en el recurso, cassando y anulando la sentencia recurrida, y en acatamiento de lo dispuesto en el art. 1715.3 LEC, resolver en la instancia lo que proceda, con arreglo a lo que aparece planteado en el debate».

Un grupo de personas deciden emprender un proyecto empresarial, para lo cual compran una finca rústica, en un precio equivalente cinco veces al de su tasación de mercado. En previsión de que la actividad no fuese viable por motivos técnicos, se incluye una cláusula en el contrato de compraventa, que autoriza a los demandados para demandar su resolución y obtener la devolución de la parte del precio pagado, si en un breve plazo que se fija, no se encuentra agua en cantidad suficiente para el desarrollo del proyecto. Esto último es lo que ocurre, por lo que todos los compradores, menos uno —que tiene una participación de sólo un 2% de la comunidad y que es empleado de una empresa de propiedad del vendedor demandado—, demandan la resolución del contrato.

No concurriendo a demandar todos los comuneros, la juez de primera instancia, de oficio, aprecia por esta razón, falta de «litiscon-

sorcio pasivo necesario» y absuelve de la instancia. Tan insólita decisión, es apelada por ambas partes y si bien la Audiencia Provincial respectiva confirma la absolución, cambia la motivación del fallo, sosteniendo que en realidad, el vicio producido, era la carencia de «*litisconsorcio activo necesario*».

La sentencia de casación que reproducimos, citando otras anteriores en el mismo sentido, se extiende sobre la improcedencia de tratar en forma paralela ambas figuras litisconsorciales, ya que el «*litisconsorcio activo necesario*» no pasa de ser un concepto doctrinal, teórico, toda vez que si un sujeto debe demandar en forma conjunta y mancomunada con otro, que no lo hace, se producirá lisa y llanamente una falta de *legitimación activa*, que deberá llevar a una desestimatoria de fondo, «pero nunca a una apreciación de la inexistente legal y jurisprudencial excepción de litisconsorcio activo necesario» (FJ. 2º).

En trace de tener que resolver la cuestión de fondo, el Tribunal Supremo recurre acertadamente a la doctrina del «abuso del derecho», acogida en el art. 7 Código Civil, y teniendo en cuenta que la actitud del comprador que se niega a suscribir la demanda carece de toda justificación, ya que –aparentemente– va en su propio perjuicio, pues reconoce que lo hace para mantener la vigencia del contrato, en circunstancias que está pagando un precio elevadísimo por la finca, lo que inicialmente tuvo justificación, pero ahora ya no la tiene, con lo que, en el fondo, está obrando en perjuicio de sus comuneros y en beneficio del vendedor demandado, que es su empleador. En definitiva, se trata de una clara situación de «abuso de derecho», a la que el Supremo Tribunal pone coto, procediendo a «hacer la declaración de tener por completada la legitimación activa de los demandantes, para que puedan ejercitar la presente acción resolutoria del contrato de compraventa», como medida judicial que impide «la persistencia en el abuso» (FJ. 2º).

ALEX CAROCCA PÉREZ

TRIBUNALES ORDINARIOS Y TRIBUNALES MILITARES. COMENTARIO A LA STC 113/1995, DE 6 DE JULIO DE 1995.

VIRGINIA PARDO IRANZO.
BECARIA DEL DEPTO. DE DERECHO PROCESAL.
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA.

I- Supuesto de hecho. II- Tribunales ordinarios y tribunales militares: a) Introducción. b) Tribunales ordinarios y tribunales especiales. c) Tribunales militares. III- El recurso contencioso-disciplinario militar. IV- Conclusión.

I. SUPUESTO DE HECHO.

Un militar interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía frente a una sanción disciplinaria militar. El Tribunal Central Militar requiere a la Sala de lo Contencioso-Administrativo para que se inhiba porque estima que la jurisdicción militar es la competente para conocer de dicho recurso.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía plantea cuestión de inconstitucionalidad¹ ante el Tribunal Constitucional a fin de que resuelva la posible vulneración del artículo 53.2 de la Constitución por parte de los artículos 518 y 453, apartado tercero, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, relativos al recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. Este recurso es ejercitable contra las sanciones disciplinarias que afecten a los derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución.

El artículo 53.2 de la Constitución establece que «*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*».

A la vista de este artículo entiende la Sala que la jurisdicción militar es incompetente para conocer del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario establecido en los artículos 518² y 453³, apartado tercero, de la Ley Procesal Militar, artículos que son inconstitucionales por contravenir el 53.2 C.E, ya que son los Tribunales ordinarios los únicos competentes para conocer del procedimiento preferente y sumario.

Realmente el problema que se plantea es el de dilucidar si los Tribunales militares son o no Tribunales ordinarios porque solamente

1. La cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada en el momento adecuado ya que tal y como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 76/1982) es posible «*plantear cuestión de inconstitucionalidad dentro del plazo para dictar sentencia*» (o en este caso auto).

2. El artículo 518 LPM establece: «*Contra los actos de la Administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, mencionados en el art.453 de esta Ley, podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario de conformidad con las reglas de procedimiento establecidas para el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario con las siguientes modificaciones*».

3. El art. 453.3 de la LPM establece: «*Contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 de la Constitución, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que se regula en el Título V de este Libro*».

en el caso de que no los consideremos como ordinarios podremos afirmar la inconstitucionalidad de dichos artículos de la Ley Procesal Militar.

El Tribunal Constitucional entendió, en la sentencia ahora comentada, que los artículos 518 y 453, apartado tercero, de la Ley Procesal Militar no son contrarios al 53.2 de la Constitución ya que considera que los Tribunales militares son ordinarios y, en consecuencia, éstos serán los competentes para conocer de los recursos contenciosos ordinarios preferentes y sumarios sobre sanciones disciplinarias militares y, por tanto, aquellos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que estuvieran conociendo de dichos recursos deberán remitirlos a los Tribunales militares.

II. LA ORGANIZACION JURISDICCIONAL

1. Introducción⁴.

La jurisdicción es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por tribunales independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado.

El artículo 117.5 de la Constitución establece el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, lo que se traduce en una prohibición de las llamadas jurisdicciones especiales. El art. 117.5 CE es completado por el art. 3.1 LOPJ que, en este mismo sentido, establece: «*La Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley*».

La jurisdicción es necesariamente única (en un estado no federal) dado que emana de la soberanía popular. Pero la jurisdicción, además, es indivisible, es decir, todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad.

4. Montero Aroca J. y otros, *Derecho Jurisdiccional, I, Parte General*, Barcelona, 1994.

En relación a la potestad jurisdiccional junto al principio de unidad la Constitución establece dos principios más, el de exclusividad y el de juez legal establecidos en los artículos 117.3 y 24.2 de la Constitución respectivamente.

El artículo 117.3 CE establece: «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».

El último de los principios de la jurisdicción es el principio del juez legal, establecido en el art. 24.2 CE en sentido positivo y en el 117.6 CE en sentido negativo, es decir como prohibición de los tribunales de excepción.

En un sentido positivo juez legal es aquel que ha sido determinado con arreglo a unas normas de competencia preestablecidas.

A la vista de nuestra Constitución debemos diferenciar entre Tribunales ordinarios y Tribunales especiales y ver donde se incardinan los Tribunales militares a fin de solucionar el problema planteado en la sentencia objeto de comentario.

2. Tribunales ordinarios.

Los Tribunales ordinarios son aquellos cuya constitución y funcionamiento se rige por la LOPJ. Sus miembros (jueces o magistrados) han de reunir una serie de requisitos establecidos en la Constitución⁵:

- Existencia de un estatuto personal único (art. 122.1 CE).
Lo que se pretende es garantizar la independencia de jueces y magistrados.
- Reserva de ley orgánica para el estatuto (art. 122.1 CE). Esa ley orgánica debe ser, además, la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Condición de técnicos y de carrera. Han de ser, por tanto, licenciados en derecho e integrar la carrera judicial. En la carrera judicial se puede ingresar no sólo por oposición sino por cual-

5. J.Montero y otros. *Op. Cit.*

quiera de los medios que al respecto establece la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- Todos los jueces y magistrados de carrera formarán un cuerpo único (art. 122.1 CE).
- Sujeción al Consejo General del Poder Judicial (122.2 CE). El CGPJ es el órgano de gobierno del poder judicial organización.

2. Tribunales especiales.

Junto con los Tribunales ordinarios es posible la existencia de Tribunales especiales que son aquellos que no cumplen alguno de los requisitos establecidos en la ley para la existencia de Tribunales ordinarios. Pero no son posibles cualesquiera Tribunales especiales, sino únicamente aquellos admitidos por la Constitución.

Los Tribunales especiales admitidos por la Constitución y, por tanto, existentes, son:

- EL JURADO: regulado en la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, ley que nace para desarrollar, si bien un poco tarde, las bases previstas por el legislador en el artículo 125 de la Constitución.

El artículo 125 de la Constitución establece: «*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado (.....)*».

Se trata, en definitiva, de un tribunal especial ya que en él no concurren los requisitos necesarios para poder hablar de tribunal ordinario.

- TRIBUNAL DE CUENTAS: está regulado en el artículo 136 de la Constitución, el cual, en su apartado cuarto establece que «*Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas*». Esa ley orgánica es la LO 2/1982, de 12 de mayo. También está regulado en la Ley 7/1988, de 5 de abril.

Únicamente señalar que no toda su actividad es jurisdiccional sino solamente parte de ella.

- TRIBUNALES CONSUETUDINARIOS Y TRADICIONALES: Se refiere a ellos el art. 125 de la Constitución. Hoy el único Tribunal consuetudinario y tradicional que existe es el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Está regulado en el Decreto de 5 de abril de 1932.

– TRIBUNALES MILITARES: Sobre los que versa este trabajo y, por tanto, le dedicamos especial atención en un apartado independiente.

– EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Es el intérprete supremo de la Constitución. Está regulado en los artículos 159 a 165 de la Constitución y en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional que viene a cumplir el mandato previsto en el art. 165 CE⁶.

El Tribunal Constitucional no forma parte del poder judicial organización, dentro del cual el órgano superior (o supremo) es el Tribunal Supremo ; la existencia del Tribunal Constitucional no viene a quitar validez a esta afirmación, sin embargo, no podemos olvidar que, a veces, el Tribunal Supremo no tiene la última palabra sino que cabe, en ocasiones, la fiscalización de su actividad por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. Partiendo de esto podemos entender la afirmación que hace el art. 123 CE cuando dice que el Tribunal Supremo es « *el órgano jurisdiccional superior de todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales* ».

3. Tribunales militares.

Los Tribunales Militares no están regulados en la LOPJ. Su regulación ha sido establecida, por diversas leyes, que son principalmente:

– La Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

– La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio de 1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOJM).

Esta ley contiene dos importantes novedades:

1- Acaba con las facultades jurisdiccionales de los Mandos militares garantizando la independencia de los miembros de esta jurisdicción.

2-Regula el recurso de casación que se interpone ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo comunicándose así en el Tribunal Supremo todos los órganos con potestad jurisdiccional.

6. El artículo 165 CE establece: «*Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones*».

–La Ley Orgánica 2/1989, de 13 de julio de 1989, Ley Procesal Militar (LPM).

Esta ley ha sido criticada por José Rojas Caro⁷ que la considera una copia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸.

Todas estas leyes deberán interpretarse, al igual que todo el Ordenamiento, de conformidad con la Constitución⁹.

Los miembros de los tribunales militares no reúnen todos y cada uno de los requisitos establecidos para los tribunales ordinarios, piénsese, a modo de ejemplo, que los Vocales Togados de los Tribunales Militares son nombrados por el Ministro de Defensa y podrían ser separados, por ejemplo, por sanción. Parece, pues, a primera vista, que la finalidad de independencia, que desde la Constitución se pretende conseguir al establecer una serie de requisitos que deben cumplir los jueces y magistrados, en la jurisdicción militar no se da en toda su extensión¹⁰. Así lo entiende la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía al afirmar que «por Tribunales ordinarios hay que entender, pues, los de la jurisdicción ordinaria, con exclusión de los pertenecientes a la jurisdicción militar».

La jurisdicción militar está estructurada de forma piramidal: en la cúspide se encuentra la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo, por debajo de ella, y en orden descendente, el Tribunal Militar Central y los Tribunales Militares Territoriales. También forman parte de la jurisdicción militar los Juzgados Togados Militares que dependen del Tribunal Militar Central y de los Tribunales Militares Territoriales.

Por lo que a su competencia se refiere, ésta está regulada en los artículos siguientes:

117.5 CE: «*.....La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito de lo estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio...*». Este artículo constitucionaliza la existencia de los Tribunales militares.

7. José Rojas Caro, *Derecho procesal penal militar*, Barcelona, 1991.

8. En este mismo sentido se pronunció en el Parlamento el Sr Canellas Fons.

9. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1981.

10. En este mismo sentido el voto particular formulado por el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra en la STC 113/1995, de 6 de julio de 1995, ahora comentada.

3.2 LOPJ: «La competencia de la Jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar, y a los supuestos de estado de sitio.....» Artículo que concreta lo establecido en la Constitución señalando cual es el ámbito de lo estrictamente castrense: los delitos militares contenidos en el Código Penal Militar, es decir, los delitos específicamente castrenses no los comunes.

4 LOJM: «La Jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes, así como las que establezcan la declaración del estado de sitio». Como se puede apreciar este artículo amplía notablemente el fuero castrense.

12 y siguientes LOJM: A la vista de estos artículos y en cuanto a la competencia hemos de diferenciar:

- En situación de paz: la jurisdicción castrense conocerá de los delitos militares propios e impropios¹¹.
- En estado de sitio: conocerá de los que determine la ley orgánica que regula dicho estado.
- En situación de guerra: además de ostentar las mismas competencias que en tiempo de paz conocerá de los delitos: a) determinados en los tratados. b) que le sean atribuidos, en los supuestos en que estén autorizados por las Leyes, las Cortes Generales o el Gobierno. c) los cometidos por prisioneros de guerra. d) los tipificados por la ley española cometidos por militar español en suelo extranjero.

III. EL RECURSO CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR

El recurso contencioso-disciplinario militar es un procedimiento judicial militar no penal que está regulado en el Libro IV, Título I, Parte primera (artículos 448 a 457) de la LPM junto con dos procedimientos

11. Los impropios son los delitos tipificados en el Código Penal Militar pero cometidos por paisanos.

de carácter civil: la prevención de los Juicios de Testamentaría y la prevención de los Juicios de Abintestato.

Este procedimiento es el único medio para conseguir la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar; el recurso va dirigido contra las sanciones disciplinarias impuestas por las Autoridades y Mandos militares y contra las sanciones por falta grave militar (todas ellas contenidas en la Ley Disciplinaria, LO 12/1985, de 27 de noviembre) pero la competencia de la Jurisdicción militar en materia disciplinaria militar no se reduce al recurso contencioso-disciplinario militar sino que se extiende a las cuestiones prejudiciales e incidentales directamente relacionadas con dicho recurso.

Es necesario para poder interponer el Recurso que el acto sancionador dictado por la Autoridad o Mando haya causado estado en la vía administrativa (art.465.1 LPM).

Según el art. 459 LPM están legitimados para interponer el Recurso aquellas personas a quienes se les haya impuesto alguna de las sanciones a las que me he referido en el párrafo anterior.

Cuando el acto sancionador afecta a los derechos fundamentales de la persona establece el artículo 518 LPM que podrá interponerse **recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario** siguiendo las mismas reglas establecidas para el procedimiento contencioso-disciplinario militar con algunas especialidades así, por ejemplo, será necesariamente parte en el procedimiento la Fiscalía Jurídico Militar.

Es este recurso preferente y sumario el que se pretende inconstitucional por contravenir el 53.2 CE.

IV. CONCLUSIÓN

La expresión **ordinarios** no tiene un significado unívoco. La Constitución usa este término en diversos artículos para referirse a cosas diferentes, de ahí que sea imprescindible analizar los diversos significados que la Constitución le atribuye a fin de ver si los tribunales militares son ordinarios en el sentido en que es usada esta expresión en el artículo 53.2 CE.

En primer lugar por la *competencia* son tribunales ordinarios aquellos a los que se les atribuye la competencia con carácter general, conociendo de todos los asuntos que surjan y que no hayan sido atribuidos a otros tribunales (vis atractiva), de ahí que también se llamen tribunales de competencia general¹².

En segundo lugar el término ordinarios es utilizado en referencia a *organización*, así, son tribunales ordinarios aquellos que cumplen los requisitos establecidos en el art. 122 CE (ya visto). En este sentido los tribunales militares no son tribunales ordinarios ya que no reúnen todos y cada uno de dichos requisitos y, por tanto, hemos de considerarlos tribunales especiales constitucionales (que son los únicos posibles dentro de los especiales) ya que están expresamente permitidos por el art. 117.5 CE. Este es el sentido del término ordinarios en el art. 24.2 CE.

Por último podemos hablar de tribunales ordinarios por la *predeterminación*. En este sentido son tribunales ordinarios aquellos que reúnen los requisitos establecidos en el art. 117.1 CE, es decir, aquellos que son independiente, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. Este es el sentido con que el art. 53.2 CE utiliza el término ordinarios¹³, en consecuencia, para ver si los tribunales militares son ordinarios en el sentido usado por el art. 53.2 CE debemos observar si reúnen todos y cada uno de dichos requisitos.

El respeto por parte de los tribunales militares de los requisitos de responsabilidad y sumisión exclusiva a la ley no ofrece dudas. Los problemas se han suscitado principalmente respecto a si los tribunales militares son o no independientes e inamovibles.

El artículo 6 de la LOJM proclama la independencia de los órganos de la Jurisdicción Militar al establecer que «*Todos están obligados a respetar la independencia de los órganos que ejercen la Jurisdicción Militar*». Por su parte, el artículo 8 de esa misma ley establece que el nombramiento, designación y cese de los miembros de los órganos judiciales se hará «*en la forma prevista en la Ley y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes*», garantizándose, así, su inamovilidad e impidiéndose toda injerencia gubernativa. Este artículo 8 repite literalmente, tal y como

12. Véase el artículo 9.2 LOPJ.

13. También es este el sentido que tiene el término ordinario en el art. 3 LOJM

expresa el Fiscal General del Estado en la sentencia ahora comentada, los preceptos constitucionales referidos a los integrantes del poder judicial, que asimismo están incorporados a la LOPJ.

Además se considera al Consejo General del Poder Judicial como garante máximo de dicha independencia ya que según el artículo 9 de la citada ley los órganos judiciales militares «*...que se consideren perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial....*», correspondiendo al CGPJ la inspección de todos los órganos de la Jurisdicción Militar (art. 125 LOJM). Por último, en orden a este punto, debemos tener en cuenta que el Fiscal jurídico militar, que también vela por la independencia de los órganos judiciales militares, depende del Fiscal General del Estado.

Los tribunales militares, como podemos observar, reúnen los requisitos establecidos en el art. 117.1 CE. No compartimos, en consecuencia, la opinión expresada por el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra en su voto particular, formulado en la sentencia que ahora comentamos, en el que establece que los miembros de la jurisdicción castrense «*no gozan del mismo grado de independencia judicial que sus colegas del Poder Judicial*» y que, por tanto, la Jurisdicción Militar es una jurisdicción especial ya que «*la nota distintiva de una jurisdicción especial, frente a la ordinaria, es la ausencia total o parcial de independencia judicial*».

Cuando el artículo 53.2 de la Constitución se refiere a los tribunales ordinarios se está refiriendo a tribunales del poder judicial contraponiéndolos a Tribunal Constitucional¹⁴ y, por tanto, incluye a los tribunales militares. Reafirma esta tesis el art. 1 LOJM al establecer que «*La jurisdicción militar integrante del poder judicial del Estado, administra justicia en nombre del Rey, con arreglo a los principios de la Constitución y las Leyes*».

En conclusión estimamos acertado el fallo de la STC 113/1995, de 6 de julio, en el sentido de declarar constitucionales los artículos 518 y 453, apartado tercero, de la Ley Procesal Militar.

14. En este mismo sentido se pronuncia el Abogado del Estado en la STC 11/1995, de 6 de julio.

COMISIONES ROGATORIAS

EL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LOS CRÍMENES PERPETRADOS EN RUANDA

ANA MARÍA RÍOS CABRERA
(ÁREA DE DERECHO PROCESAL)
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

SUMARIO

Introducción. I. El Tribunal Internacional para Ruanda. A) Breve nota introductoria. B) Principios que informan el estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. 1. Principio de cooperación internacional. 1.1. Cooperación legislativa. 1.2. Cooperación económica. 1.3. Cooperación a través de la información. 1.4. Cooperación judicial internacional. 2. Principio de responsabilidad penal individual. II. La organización del Tribunal Internacional para Ruanda. A) Introducción. B) Las salas del Tribunal Internacional para Ruanda. C) El fiscal. D) La secretaría. E) Carácter, prerrogativas e inmunidades del Tribunal Internacional para Ruanda. III. La jurisdicción del Tribunal Internacional para Ruanda. A) Disposiciones generales. B) Competencia objetiva. C) La Jurisdicción concurrente IV. El proceso penal ante el Tribunal Internacional para Ruanda. A) Introducción. B) Las partes procesales.

1. Parte acusadora. 2. Parte acusada. C) Procedimiento ante las salas de Primera Instancia. 1º Investigación y preparación de la acusación. 2º Juicio oral. 3º Sentencia. 4º Sistema de recursos. 5º Ejecución. D) Indulto y conmutación de la pena. V. Valoración crítica.

INTRODUCCIÓN

El mantenimiento de la paz y el orden en una sociedad sumamente compleja como la actual requiere la existencia de una institución que garantice la reparación de los daños ocasionados como consecuencia de la violación de una norma jurídica fundamental. De tal necesidad surge la figura de la responsabilidad, que en el ámbito internacional se revela como uno de los principios rectores del Derecho Internacional Público. Tradicionalmente se ha mantenido que sólo los Estados podían ser considerados sujetos activos o pasivos de responsabilidad internacional. Sin embargo, en los últimos años se han producido importantes transformaciones en este ámbito, ya que se ha reconocido la posibilidad de que entes distintos de los Estados como las organizaciones internacionales o el propio individuo puedan incurrir en responsabilidad. Por lo que respecta al individuo, la doctrina ha admitido de manera prácticamente unánime la responsabilidad del mismo en el plano internacional en la medida en que infrinja normas internacionales que establezcan ciertas obligaciones a su cargo. No obstante, debemos precisar que la responsabilidad jurídica del individuo se ha manifestado primordialmente en el ámbito de los denominados «*delicta iuris gentium*», como la piratería, trata de esclavos, tráfico de drogas, genocidio, etcétera.

A pesar de los importantes avances producidos en el campo de la responsabilidad, la ausencia de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente ha determinado que las violaciones graves del Derecho de Gentes por personas físicas hayan sido sancionadas principalmente en virtud de normas jurídicas internas y a través del ejercicio de la jurisdicción nacional. Son muy escasos los supuestos en que la responsabilidad del individuo por tales violaciones ha sido declarada a través de un proceso penal de carácter internacional. Además, se ha tratado en todos los casos de tribunales internacionales caracterizados

fundamentalmente por la provisionalidad, es decir, tribunales creados exclusivamente para el enjuiciamiento de los crímenes perpetrados en un determinado territorio y llamados a desaparecer una vez cumplida su finalidad¹.

De lo que antecede se desprende que el Estado sigue actuando como ente interpuesto entre el individuo y la comunidad internacional en todo lo relativo a la responsabilidad del mismo. El culpable de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es responsable penalmente ante la sociedad internacional, si bien es el Estado en cuyo territorio haya sido detenido el que tiene el deber de someterlo a juicio o conceder su extradición. Sería deseable, y así lo ha puesto de manifiesto reiteradamente la doctrina, la existencia en el ámbito internacional de un sistema jurisdiccional penal de carácter permanente ante el que pudiera responder directamente el autor de un crimen de guerra.

I. EL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA.

A) *Breve nota introductoria*

Consideraba el profesor Miaja de la Muela que «si alguna materia pertenece, sin género alguno de duda, a la competencia exclusiva de un Estado, es la jurisdicción penal. Regular internacionalmente esta jurisdicción supone una mutación revolucionaria, aunque perfectamente concebible [...]»²

La necesidad de crear una jurisdicción penal internacional para el enjuiciamiento de los criminales de guerra ha sido una constante en la doctrina de las últimas décadas; igualmente constante ha sido la resistencia casi general de los Estados. La inexistencia de tal jurisdicción y

1. Concretamente nos referimos al Tribunal Militar Internacional de Númberg (8 de agosto de 1945), el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (19 de enero de 1946), el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia (25 de mayo de 1993) y el Tribunal Internacional para Ruanda (8 de noviembre de 1994).

2. A. Miaja de la Muela, «El genocidio, delito internacional», *Revista española de Derecho Internacional*, 1951, vol. IV, 2, p. 403.

de un sistema internacional de ejecución de penas ha determinado la constitución de Tribunales Internacionales de carácter excepcional y no permanente para el enjuiciamiento de determinados crímenes de guerra.

Desde la creación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (8 de agosto de 1945) para el enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra de las Potencias del Eje Europeo, y el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (19 de enero de 1946) para el enjuiciamiento de los principales criminales de guerra japoneses –que constituyeron el origen de esta práctica internacional– de creación de Tribunales Penales de carácter excepcional hasta el año 1993, habían transcurrido cerca de cincuenta años sin que la sociedad internacional se hubiera visto obligada a adoptar una decisión de este tipo. Sin embargo, en poco más de un año (desde el 25 de mayo de 1993 al 8 de noviembre de 1994) han sido dos los Tribunales Internacionales creados por la organización de Naciones Unidas para juzgar los crímenes de guerra cometidos en determinados territorios en conflicto: el Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia y el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes perpetrados en la República de Ruanda (en adelante TIR).

Son muy numerosos los estudios realizados por la doctrina sobre los Tribunales Internacionales creados tras la Segunda Guerra Mundial, por lo que centraremos nuestra exposición en el Tribunal Internacional para Ruanda, objeto de este trabajo, y en el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia habida de cuenta las constantes remisiones que el Estatuto de aquél hace al mismo.

La creación del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia se produjo como consecuencia de las violaciones graves y generalizadas del Derecho Internacional Humanitario cometidas en dicho territorio. Tras una serie de Resoluciones condenando estas infracciones, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dictó la Resolución 827(1993), de 25 de mayo de 1993³, en virtud de la cual se decidió crear un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra perpetrados y se aprobó el Estatuto por cuyas disposiciones debía regirse aquel órgano jurisdiccional. El Tribunal para la ex Yugoslavia quedó finalmente

3. Boletín Oficial del Estado num. 281, de 24 de noviembre de 1993, p. 33001.

constituido el 17 de noviembre de 1993 en La Haya; en la actualidad continúa cumpliendo sus funciones jurisdiccionales. El Reglamento de Procedimiento y Prueba que ha de observar el Tribunal Internacional en el desarrollo de sus actuaciones fue aprobado el 11 de febrero de 1994 y modificado posteriormente en diversas ocasiones, siendo la última reforma de 15 de junio de 1995. El párrafo cuarto de la Resolución 827(1993) del Consejo de Seguridad, antes citada, obliga a todos los Estados a adoptar las medidas necesarias con arreglo a su Derecho interno para cumplir la Resolución y las disposiciones del Estatuto, mandato en virtud del cual se ha aprobado en nuestro país la Ley Orgánica 15/1994 de 1 de junio⁴ para la cooperación con dicho Tribunal.

La constitución del Tribunal Internacional para Ruanda ha seguido prácticamente el mismo iter legislativo descrito anteriormente. Tras una serie de informes presentados por el Secretario General de la ONU y por el Relator Especial para Ruanda de la Comisión de Derechos Humanos⁵, el Consejo de Seguridad decidió en la Resolución 955(1994), de 8 de noviembre de 1994⁶, la creación del Tribunal en cuestión, incluyendo en documento anejo a dicha Resolución el Estatuto de organización y funcionamiento del mismo. El 29 de junio de 1995 se aprobó el Reglamento de Procedimiento y Prueba del TIR, constituido por un conjunto de disposiciones relativas al desarrollo del proceso penal ante este Tribunal Internacional y que vienen a completar la insuficiente regulación contenida en el correspondiente Estatuto.

B) Principios que informan el estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda

1. Principio de cooperación internacional

En una organización internacional de carácter gubernamental como la ONU, el principio de cooperación de los Estados miembros resulta

4. Boletín Oficial del Estado num. 131, de 2 de junio de 1994, p. 17399.

5. Resolución 935 (1994), de 1 de julio de 1994 (S/1994/879 y S/1994/906), del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

6. Boletín Oficial del Estado nu. 123, de 24 de mayo de 1995, p. 15183.

esencial. Este principio fundamental se materializa en la Resolución 955(1994), de 8 de noviembre, a través del mandato que el Consejo de Seguridad dirige a los diferentes Estados⁷:

«[...] todos los Estados deberán cooperar plenamente con el Tribunal Internacional y con sus órganos de conformidad con la presente resolución y con el Estatuto del Tribunal Internacional y, en consecuencia, todos los Estados deberán tomar las medidas necesarias con arreglo a su Derecho interno, para aplicar las disposiciones de la presente resolución y del Estatuto, incluida la obligación de los Estados de acceder a las solicitudes de asistencia de las Salas de Primera Instancia y de cumplir las órdenes dictadas por éstas con arreglo al art. 28 del Estatuto [...]».

La cooperación internacional exigida por el Consejo de Seguridad a los Estados miembros de la sociedad internacional, según se desprende del texto de la Resolución 955(1994), de 8 de noviembre, y del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, presenta las manifestaciones que se exponen a continuación.

1.1 Cooperación legislativa

La cooperación legislativa se manifiesta a través de la adopción por los Estados miembros de las medidas necesarias, con arreglo a su derecho interno, para aplicar las disposiciones de la Resolución 955(1994), de 8 de noviembre, y del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁸.

El apartado cuarto de la Resolución 827(1993), de constitución del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, contiene el mismo mandato de cooperación dirigido a los Estados. En virtud de tal disposición, se ha promulgado en España la Ley Orgánica 15/1994 de 1 de junio⁹ para la colaboración con el citado Tribunal, en la que se tratan cuestiones de suma importancia como la determinación de las autoridades competentes para tramitar las solicitudes de cooperación (Ministe-

7. Número 2 de la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre.

8. Véase el apartado 2 de la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre.

9. Boletín Oficial del Estado nu. 131, de 2 de junio de 1994, p. 17399.

rio de Justicia), la detención y entrega de personas residentes en España que hayan sido objeto de acusación ante el Tribunal Internacional, el cumplimiento en España de las penas impuestas a los culpables, la determinación del órgano competente para la sustanciación de los procesos penales en España (Audiencia Nacional), etcétera.

Ello nos permite prever la aprobación de una nueva Ley Orgánica de cooperación en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la cual se haga efectiva la colaboración precisada por el Tribunal Internacional para Ruanda.

1.2 Cooperación económica

El Tribunal Internacional para Ruanda solicita no sólo a los Estados sino también a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales su colaboración mediante la aportación de «fondos, equipo y servicios al Tribunal Internacional, inclusive los servicios de expertos»¹⁰.

No debemos olvidar que nos encontramos ante un tribunal de carácter internacional constituido de forma excepcional y no permanente, circunstancias éstas que justifican la falta de medios propios y la petición de cooperación no sólo material o económica sino incluso personal (servicios de expertos). El artículo 30 del Estatuto establece que los gastos del Tribunal Internacional para Ruanda serán gastos de la Organización con arreglo al artículo 17 de la Carta de la ONU, precepto en cuyo párrafo segundo se afirma que «los miembros (de la Organización de Naciones Unidas) sufragarán los gastos de la Organización en la proporción que determine la Asamblea General». Puesto que el Tribunal Internacional para Ruanda se configura, aunque sólo sea temporalmente, como un órgano de Naciones Unidas, los Estados miembros estarán obligados a contribuir al sostenimiento de sus cargas económicas.

10. Número 4 de la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre.

1.3 Cooperación a través de la información

La cooperación en este caso se concreta en la obligación que tienen los Estados de informar a la Organización de Naciones Unidas sobre todos aquellos aspectos o cuestiones que puedan facilitar el funcionamiento del Tribunal Internacional. En este sentido, conforme al apartado 2 de la Resolución 955(94), los Estados deberán comunicar al Secretario General de la ONU cualquier medida adoptada por los mismos en ejercicio de la cooperación judicial con el Tribunal. También pesa sobre los Estados el deber de informar al Gobierno de Ruanda sobre la posible concesión de indultos o conmutación de las penas a los condenados, así como todo lo relativo al cumplimiento por éstos de las penas privativas de libertad en sus respectivos territorios.

1.4 Cooperación judicial internacional

La cooperación o auxilio judicial internacional se basa en la necesaria colaboración que han de prestar los distintos Estados mediante la puesta a disposición del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de todo su sistema o estructura jurisdiccional para que, de este modo, pueda desarrollar sus funciones¹¹. Este principio encuentra su base legal en el ordenamiento jurídico español en los arts. 277 y 278 de la LOPJ, preceptos en los que se establece la cooperación que los juzgados y tribunales españoles deben prestar a las autoridades judiciales extranjeras, así como los supuestos en que pueden denegar la prestación de dicha colaboración.

La Ley Orgánica 15/1994, de cooperación del Estado español con el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, atribuye competencia exclusiva en esta materia a los órganos de la Audiencia Nacional¹². En el caso del Tribunal Internacional para Ruanda es preciso esperar a la promulgación de la oportuna Ley Orgánica de desarrollo, pero todo parece indicar que se mantendrá la competencia exclusiva de la Audiencia Nacional.

El apartado 2 de la Resolución 955(1994), de 8 de noviembre, impone a los Estados la obligación de acceder a las solicitudes de

11. Artículo 28.1 del Estatuto del TIR.

asistencia judicial de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Internacional, petición de asistencia que puede ir referida a¹³:

- a) La identificación y localización de personas;
- b) Las deposiciones de testigos y la presentación de pruebas;
- c) La tramitación de documentos;
- d) La detención de personas¹⁴;
- e) La entrega o traslado de los acusados para ponerlos a disposición del Tribunal Internacional para Ruanda.

Por lo que respecta a la colaboración de los Estados en la identificación, localización, detención y entrega de los sospechosos resulta lógico que el Tribunal requiera dicha cooperación, ya que carece de la estructura de policía judicial con que cuentan los diferentes países. Como se ha puesto de manifiesto anteriormente el Tribunal objeto de este estudio es un órgano de naturaleza *internacional*, lo que determina que, al no existir una policía judicial con ese mismo carácter, sea el Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable el que ponga en marcha los operativos policiales pertinentes para la detención del mismo. No sólo el Tribunal Internacional para Ruanda, en cuanto órgano jurisdiccional, puede solicitar a los diferentes Estados su colaboración. También el Fiscal de este Tribunal puede pedir a las correspondientes autoridades estatales que contribuyan a facilitar el desarrollo de sus actuaciones durante la instrucción de las diversas causas penales¹⁵. Por su parte, el Reglamento de Procedimiento y Prueba del TIR, de 29 de junio de 1995, dispone en su artículo 8 que cuando el Ministerio Fiscal considere que un crimen de la jurisdicción del Tribunal es o ha sido objeto de investigación o enjuiciamiento por un tribunal nacional, solicitará al Estado correspondiente la remisión de toda la información relevante al respecto. En tal caso, dicho Estado quedará obligado a transmitir al Ministerio Público tal información inmediatamente, de conformidad con el art. 28 del Estatuto. Se arbitra, de esta forma, una vía de comunicación entre el Tribunal Internacional para

12. Véase el artículo 3.2 de la L.O. 15/1994, de 1 de junio de 1994, publicada en el BOE de 2 de junio de 1994, p. 17399.

13. Artículo 28.2 del Estatuto del TIR y artículo 40 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, de 29 de junio de 1995.

14. Artículo 56 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

15. Artículo 17.2, in fine, del Estatuto del TIR.

Ruanda y los tribunales nacionales, lo que permitirá una efectiva coordinación de sus respectivas actuaciones.

2. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

El principio de responsabilidad penal individual ha sido una constante en los proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre los crímenes de guerra. Dicho principio queda consagrado en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. La responsabilidad ante la comunidad internacional se predica de toda persona que haya «planeado, instigado u ordenado la comisión de alguno de los crímenes señalados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo», sin importar «el cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea jefe de Estado, de gobierno o funcionario responsable del gobierno». De ello se desprenden las siguientes conclusiones:

– No sólo se declara punible la autoría directa o inmediata sino también la mediata o indirecta («la persona que haya [...] ordenado la comisión»).

– No cabe frente al Tribunal Internacional para Ruanda inmunidad o privilegio alguno por el cargo público desempeñado; se deroga de esta forma cualquier tipo de inmunidad, privilegio o aforamiento.

Pero ¿qué ocurre si, en virtud del art. 8 y del principio de jurisdicción concurrente proclamado por el Estatuto, son los tribunales nacionales los que se ocupan del enjuiciamiento de los presuntos criminales? En tal caso entendemos que podrían alegarse las inmunidades y privilegios vigentes en cada Estado, debiendo proseguirse el procedimiento específico para juzgar a destacados miembros del gobierno previsto en las correspondientes normas procesales penales.

La regulación de la responsabilidad penal individual se completa con una serie de disposiciones para aquellos supuestos en que el hecho delictivo haya sido cometido por un subordinado, circunstancia ésta que no exime de responsabilidad penal al superior si tenía o podía tener conocimiento de tales actuaciones criminales y no adoptó las medidas

oportunas para evitarlas o sancionarlas. Por otra parte, si el inculpado actuó en cumplimiento de una orden, impartida por un gobierno o por un superior, podrá beneficiarse de una atenuación de la pena si el Tribunal Internacional lo considera justo¹⁶.

II. LA ORGANIZACIÓN DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

A) *Introducción*

Uno de los aspectos más interesantes del Tribunal Internacional para Ruanda es el relativo a su organización, sobre todo si tenemos en cuenta que aún no ha sido decidido el lugar donde ha de encontrarse la sede del mismo¹⁷. El Estatuto del TIR se limita a establecer aquellos criterios que son decisivos para determinar la sede del Tribunal: justicia y equidad, eficiencia administrativa y economía. La aprobación final del lugar donde el Tribunal Internacional para Ruanda ha de desarrollar su trabajo corresponde al Consejo de Seguridad de la ONU. Sin embargo, no debemos considerar la sede como un lugar fijo en el que deban celebrarse las distintas sesiones de este órgano jurisdiccional ya que el Estatuto permite que se reúna fuera de su sede «cuando lo considere necesario para el buen desempeño de sus funciones»¹⁸, es decir, siempre que lo estime oportuno. El artículo 4 del Reglamento de Procedimiento y Prueba contempla expresamente la posibilidad de que la Sala se constituya fuera de la sede exigiendo para ello la autorización del Presidente del TIR, que la concederá siempre en atención al interés de la justicia. Junto a la sede oficial se prevé en el Estatuto del TIR la creación de una oficina en Ruanda, quizás por la proximidad al lugar de comisión de los hechos delictivos y con el objeto de facilitar las investigaciones.

16. Artículo 6.4 del Estatuto del TIR.

17. Número 5 de la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre.

18. Número 6 de la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre.

En el artículo 31 del Estatuto se establece que los idiomas de trabajo del TIR serán el francés y el inglés sin contemplar, como hace el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁹, la posible utilización de algún otro idioma a petición de las partes. Tal previsión queda contenida, sin embargo, en el Reglamento de Procedimiento y Prueba del Tribunal, cuyo artículo tercero contiene las siguientes excepciones a la utilización de los idiomas oficiales del TIR:

a) El acusado tiene derecho a utilizar su propia lengua ante el Tribunal Internacional para Ruanda.

b) Cualquier persona que comparezca ante el Tribunal, excepto como abogado, que no tenga suficiente conocimiento de los dos idiomas de trabajo del TIR, puede utilizar su propio idioma.

c) El abogado del acusado puede solicitar permiso al Presidente de la Sala para utilizar un idioma distinto a los oficiales del Tribunal o al propio del acusado. En tal caso, los gastos de interpretación y traducción serán asumidos por el Tribunal y su cuantía será determinada por el Presidente del mismo en atención a los derechos de la defensa y al interés de la justicia.

El Tribunal Internacional para Ruanda ha de presentar anualmente ante el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de la ONU un informe sobre las actividades jurisdiccionales desarrolladas y el resultado de las mismas²⁰.

Por lo que se refiere a la concreta organización del Tribunal Internacional para Ruanda, el artículo 10 del Estatuto dispone:

«El Tribunal Internacional para Ruanda estará constituido por los siguientes órganos:

- a) Las Salas, que consistirán en dos Salas de Primera Instancia y una Sala de Apelaciones;
- b) El Fiscal; y
- c) Una Secretaría».

Este precepto ha sido desarrollado ampliamente por los artículos 14 a 38 del Reglamento de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional para Ruanda. Junto a tales órganos el Reglamento crea la Oficina

19. Véase el art. 39.3 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, de 26 de junio de 1945.

20. Art. 32 del Estatuto del TIR.

del Tribunal Internacional (The Bureau)²¹, constituida por el Presidente y Vicepresidente del Tribunal y por el Presidente de las Salas de Primera Instancia con mayor antigüedad. Tal Oficina actúa como órgano de consulta de las más importantes cuestiones relativas al funcionamiento del Tribunal, decidiendo aquéllas que se han de discutir en las sesiones plenarias del mismo.

B) *Las salas del Tribunal Internacional para Ruanda*

El Tribunal Internacional para Ruanda se encuentra constituido por tres Salas, dos de Primera Instancia y una de Apelaciones. Este número, sin embargo, puede verse aumentado si el Consejo de Seguridad lo considera conveniente para la adecuada tramitación de las causas penales (apartado siete de la Resolución 955(94), de 8 de noviembre). La división de las Salas del Tribunal en Primera Instancia y Apelación obedece al **principio de doble instancia**, en virtud del cual las sentencias dictadas por las Salas de Primera Instancia pueden posteriormente ser recurridas ante la de Apelaciones. El Tribunal Internacional no sólo funciona en Salas sino también en pleno. El artículo 24 del Reglamento de Procedimiento y Prueba contiene una relación de aquellas cuestiones que deben ser decididas en las sesiones plenarias del Tribunal:

- a) Elección del Presidente y Vicepresidente del Tribunal Internacional.
- b) Adopción y reforma de las disposiciones del Reglamento.
- c) Adopción del informe anual previsto en el art. 32 del Estatuto del TIR.
- d) Decisión de las cuestiones relativas al funcionamiento interno de las Salas y del Tribunal.
- e) Determinación y supervisión de las condiciones de detención.
- f) Ejercicio de cualquier otra función prevista en el Estatuto o el Reglamento.

El quorum necesario para la constitución del Tribunal en pleno es de siete magistrados, siendo adoptadas las decisiones por la mayoría de los presentes y resueltos los empates por el voto de calidad del

21. Art. 23 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

Presidente. Además, se establece en el Reglamento un sistema de rotación de los magistrados entre las Salas de Primera Instancia²². El reparto de las distintas causas entre los magistrados a fin de efectuar el correspondiente examen de la acusación presentada por el Ministerio Público es competencia del Presidente del Tribunal. Las deliberaciones de las Salas han de realizarse a puerta cerrada²³.

Cada Sala de Primera Instancia está integrada por tres magistrados los cuales han de reunir una serie de requisitos, estipulados en el Estatuto²⁴, para poder desempeñar sus funciones jurisdiccionales en el TIR:

«Los magistrados serán personas de gran estatura moral, imparcialidad e integridad, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus países respectivos. En la composición general de las Salas se tendrá debidamente en cuenta la experiencia de los magistrados en derecho penal, derecho internacional, inclusive derecho internacional humanitario, y derecho de los derechos humanos».

El Estatuto expone las condiciones que han de reunir los magistrados en términos muy generales: integridad, imparcialidad y gran estatura moral. A la hora de determinar los concretos requisitos de aptitud que los magistrados deben cumplir, el Estatuto se remite a las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en los países respectivos y exige una experiencia, en materia de Derecho Penal e Internacional Público, para la cual no establece un número mínimo de años.

Todo magistrado ha de pasar por un proceso de selección que consta de dos fases o filtros: uno *nacional*, consistente en ser seleccionado en su país como candidato a formar parte del Tribunal Internacional, siempre que cumpla los requisitos de acceso a las más altas funciones judiciales previstos en la legislación vigente en dicho Estado, así como méritos profesionales y morales suficientes, y un segundo filtro *internacional* al ser elegido como magistrado miembro del TIR

22. Art. 27 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

23. Art. 29 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

24. Art. 15 (D) del Reglamento de Procedimiento y Prueba y arts. 11 y 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de 26 de junio de 1945.

por mayoría absoluta de votos en la Asamblea General. La designación de los magistrados por la Asamblea General no se produce directamente sino a partir de una lista de candidatos propuestos por los Estados, la cual ha de ser presentada por el Consejo de Seguridad y elaborada en la forma prevenida en el párrafo 3º del art. 12 del Estatuto del TIR.

En la composición de las Salas del Tribunal Internacional para Ruanda se pretende garantizar fundamentalmente la **igualdad**; de ahí que se establezca que las Salas no podrán estar constituidas por dos magistrados que sean nacionales del mismo Estado²⁵, evitando que asuman una posición predominante en el Tribunal. Asimismo se trata de salvaguardar el **pluralismo jurídico** pues en la formación de la lista de candidatos que debe presentar el Consejo de Seguridad se ha de velar por la representación adecuada de los principales sistemas jurídicos mundiales²⁶.

Los magistrados de las Salas de Primera Instancia son elegidos por un periodo de cuatro años siendo posible su reelección. En el supuesto de vacante corresponde la designación del nuevo magistrado, para que desempeñe el cargo por el resto del período, al Secretario General de la ONU previa consulta con el Presidente de la Asamblea General y el Presidente del Consejo de Seguridad, sin que exista participación, como en el proceso general de selección de los magistrados, de los distintos Estados miembros²⁷. Si lo que se produce es la dimisión de un magistrado, se precisa que tal renuncia se realice por escrito y sea presentada ante el Presidente del Tribunal Internacional para Ruanda, quien a su vez la remitirá al Secretario General de Naciones Unidas²⁸. En cuanto a las condiciones de servicio de tales magistrados se efectúa una doble remisión pues el Estatuto del TIR se remite en este punto al del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, que a su vez nos traslada a la regulación de las condiciones de servicio de los magistrados de la Corte Internacional de Justicia²⁹.

25. Art. 3 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, de 26 de junio de 1945.

26. Art. 12.3 c), in fine, del Estatuto del TIR.

27. Arxt. 12.4 del Estatuto del TIR.

28. Art. 16 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

29. Véanse los arts. 16, 17 y 18 y 32 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

Son muchos los aspectos relativos al desempeño de este cargo judicial que el Estatuto del TIR ha dejado sin regular como por ejemplo un sistema propio de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones, determinación de los derechos y deberes de los magistrados del TIR, régimen de responsabilidad del órgano jurisdiccional, etcétera. El Reglamento viene a suplir alguna de estas lagunas legales al regular, en el artículo 15, aquellas circunstancias que permiten la recusación de alguno/s de los magistrados del TIR y que se concretan en tener un interés particular en el asunto o cualquier relación con la causa que pudiera afectar a su imparcialidad. En tal caso se exige la abstención del mismo y su sustitución inmediata por otro magistrado. Las peticiones de recusación que puedan efectuar las partes en alguno de los supuestos previstos legalmente deben ser remitidas al Presidente de la Sala de Primera Instancia, a fin de que éste ponga el asunto en conocimiento de la Oficina del Tribunal Internacional.

El gobierno interno del Tribunal Internacional para Ruanda corresponde al Presidente del Tribunal y a los Presidentes de las Salas de Primera Instancia, elegidos por los propios magistrados. El proceso de elección del Presidente del Tribunal Internacional y las funciones que le corresponden son cuestiones que regula el Reglamento de Procedimiento y Prueba en los artículos 18 y 19³⁰:

«El Presidente presidirá todas las sesiones plenarias del Tribunal; coordinará el trabajo de las Salas y supervisará las actividades de la Secretaría; además ejercerá todas aquellas funciones que le son conferidas por el Estatuto y el Reglamento.»

Para el Presidente de cada Sala de Primera Instancia el Estatuto, en su artículo 13.3, se limita a disponer que éste será elegido por los magistrados de cada Sala y que dirigirá todas las actuaciones de la misma. Pero la novedad más importante ha sido la creación por el Reglamento de Procedimiento y Prueba de una figura no prevista en el Estatuto del TIR: el Vicepresidente del Tribunal, a quien corresponde ejercer las funciones del Presidente en los supuestos de ausencia o incapacidad de éste. Como se puede comprobar, el Reglamento no se ha limitado al mero desarrollo de las previsiones contenidas en el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.

30. Véanse los arts. 24, 22.2, 31.4, 45, 58 y 66.2 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

La Sala de Apelaciones está constituida por cinco magistrados. No se establece proceso de selección alguno para tales magistrados pues directamente se dispone en el art. 12.2 del Estatuto que los miembros de la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia actuarán también como miembros de la Sala de Apelaciones del TIR. La consecuencia inmediata de esta disposición es la creación de una segunda instancia común a los Tribunales Internacionales de Ruanda y ex Yugoslavia, de forma que los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por las Salas de Primera Instancia del Tribunal Internacional para Ruanda serán decididos por magistrados pertenecientes a un Tribunal Internacional diferente.

C) *El Fiscal*

La deficiente regulación del Tribunal Internacional para Ruanda que efectúa el Estatuto se pone de manifiesto en la figura del Fiscal³¹. El artículo 15 atribuye al Fiscal como funciones primordiales la investigación y el sostenimiento de la acusación pública, de lo que cabe deducir, de un lado, que el Estatuto sigue el modelo anglosajón de «fiscal-investigador» al corresponderle la instrucción de las causas y, de otro, que el Fiscal del TIR va a ostentar el monopolio de la acción penal pues no se prevé acusación particular ni popular.

El artículo 10 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda define al Fiscal como «órgano» de dicho Tribunal, es decir, el Ministerio Público se incardina en la propia organización del TIR. Sin embargo, no es éste un órgano que posea un carácter jurisdiccional pues le está vedado el enjuiciamiento de los criminales. Su cometido es el de investigar y acusar, no el de juzgar como corresponde al Tribunal Internacional. Es sabido que en nuestro ordenamiento jurídico el Ministerio Fiscal no es un órgano que forme parte del Poder Judicial sino un órgano administrativo, que se rige en su actuación por un Estatuto Orgánico propio y que sirve de vía de comunicación entre el gobierno y los tribunales. Podemos plantearnos qué alcance tiene la inclusión del Ministerio Fiscal en la organización del Tribunal Internacional para

31. Arts. 37 y 38 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

Ruanda. La configuración del Ministerio Público como órgano del Tribunal no posee otro significado que el de convertirlo en parte integrante de toda una estructura judicial destinada al enjuiciamiento de unos concretos crímenes. El artículo 10 analizado no pretende atribuir al Fiscal el estatuto propio de un miembro de la carrera judicial; ni siquiera el estatuto de un magistrado del TIR, como lo demuestra la diferente regulación que de Fiscal y magistrado se efectúa en preceptos posteriores. Además, también la Secretaría es considerada parte de la organización del Tribunal Internacional y es evidente que ésta no constituye personal jurisdiccional. Por ello consideramos que el artículo 10 del Estatuto regula la organización del Tribunal no como órgano específicamente jurisdiccional sino como órgano de Naciones Unidas dirigido a un concreto fin, es decir, dirigido al enjuiciamiento de los crímenes perpetrados en la República de Ruanda, para lo cual requiere la intervención de una serie de órganos de los cuales, unos podrán ser calificados como órganos jurisdiccionales (Salas de Primera Instancia y Sala de Apelaciones), y otros, como órganos al servicio de la administración de justicia (Ministerio Fiscal) o como mero personal auxiliar (Secretaría). De ahí que el artículo 15.2 de Estatuto disponga que el principio rector de las actuaciones del Ministerio Fiscal del TIR es el de independencia orgánica pues ha de actuar como órgano separado del Tribunal Internacional, sin poder solicitar ni recibir instrucciones de ningún gobierno u otra fuente³².

A lo anteriormente expuesto se limita la regulación que el Estatuto hace del Ministerio Fiscal, lo cual es perfectamente comprensible si tenemos en cuenta que «el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia será también Fiscal del Tribunal Internacional para Ruanda»³³. Por tanto no se ha considerado necesaria la constitución de una fiscalía ad hoc para el TIR, siendo suficiente la utilización de la ya constituida y en funcionamiento del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, obviándose así todo un proceso de elección de una figura tan importante como el Fiscal.

Pero ¿cómo debemos interpretar esta norma? No queda claro si lo que va a existir realmente es una Fiscalía común a ambos tribunales internacionales con plantilla suficiente para poder ocuparse de todos los

32. Art. 15.2 del Estatuto del TIR.

33. Art. 15.3 del Estatuto del TIR.

procesos que lleguen a incoarse, de forma que la Oficina del Fiscal se encuentre en el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia centralizando la actuación de todos los funcionarios integrantes de la misma, o bien, puesto que en el precepto se alude al «Fiscal» en singular, se tratará de una figura individual encargada de sostener la acusación en ambos tribunales, lo cual resultaría excesivo a nuestro juicio. En apoyo de la primera tesis el párrafo tercero del artículo 15 establece que el Fiscal dispondrá de funcionarios adicionales, incluido un Fiscal Adjunto adicional que prestará asistencia en los juicios que se inicien ante el Tribunal Internacional para Ruanda. De ello se deduce que el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia organizará y dirigirá desde este Tribunal las actuaciones de los miembros de su Oficina, entre ellos el Fiscal Adjunto, a quién corresponderá el ejercicio de la acción penal ante el TIR. El precepto analizado concluye disponiendo el sistema de designación de los funcionarios adicionales y el Fiscal Adjunto: nombramiento por el Secretario General de la ONU a propuesta del Fiscal.

D) La Secretaría³⁴.

La organización del Tribunal Internacional para Ruanda se completa con la Secretaría, a la que corresponde la administración y servicios del Tribunal³⁵. Ésta se configura en el Estatuto como un órgano primordialmente administrativo encargado no sólo de documentar las diversas actuaciones que tienen lugar ante el Tribunal sino de la tramitación de cualquier asunto relacionado con el mismo. El régimen jurídico de la Secretaría se contiene en la sección quinta de la Parte Tercera del Reglamento de Procedimiento y Prueba del TIR (artículos 30 a 36). Este órgano del Tribunal está constituido por el Secretario, un Secretario Adjunto y un número de funcionarios aún sin precisar. El Secretario, nombrado por el Secretario General de Naciones Unidas previa consulta con el Presidente del Tribunal, tiene la condición de un Subsecretario General de Naciones Unidas. La designación del Secretario Adjunto y del

34. Véase el tratamiento que recibe el Secretario en el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, de 26 de junio de 1945, a quien se atribuye funciones de notificación (art. 34.2, 40.2, 43.3, 58 y 66.4), depósito (art. 36.4), recepción de solicitudes (art. 40) y fe pública judicial (art. 47).

resto del personal de la Secretaría corresponde igualmente al Secretario General de la ONU, a propuesta del Secretario del Tribunal Internacional para Ruanda.

Es conveniente proceder en este punto al examen de la figura del Secretario judicial del Tribunal Internacional para Ruanda en el marco de su Estatuto. En el sistema procesal español corresponde a los Secretarios judiciales el ejercicio de la fe pública judicial, la asistencia a los jueces y tribunales en el ejercicio de sus funciones, además de ostentar la jefatura directa del personal de la Secretaría de que son titulares³⁵. La fe pública judicial es esencial en todo proceso como garantía de autenticidad de las actuaciones desarrolladas. Esta función, sin embargo, no se encuentra expresamente entre aquéllas que el Estatuto encomienda al Secretario del Tribunal Internacional. Por su parte, el artículo 33 del Reglamento de Procedimiento y Prueba establece lo siguiente:

«El Secretario asistirá a las Salas, las sesiones plenarias del Tribunal, los magistrados y el Fiscal, en el cumplimiento de sus funciones. Bajo la autoridad del Presidente, será responsable de la administración y los servicios del Tribunal y servirá como cauce de comunicación.»

Como se puede apreciar, el Reglamento no añade nada nuevo en este particular. Sin embargo, el artículo 35 del mismo contiene una importante disposición al respecto:

«El Secretario, o el personal de la Secretaría designado por él, levantará acta de las sesiones plenarias del Tribunal y de las sesiones de las Salas, excluidas las deliberaciones privadas.»

De ello cabe deducir que entre las funciones del Secretario del TIR se encuentra la de dar fe de las actuaciones desarrolladas ante el mismo. Esta afirmación queda corroborada por el artículo 81(A):

«El Secretario se ocupará de realizar una completa y exacta grabación de todos los procedimientos, incluida la grabación en audio, transcripciones y, cuando la Sala de Primera Instancia lo juzgue necesario, grabaciones en video.»

35. Art. 16.1 del Estatuto del TIR.

36. Véanse los arts. 473 y ss, y 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio 1985.

Además el Reglamento de Procedimiento prevé la creación de un Libro-Registro de carácter público en el cual se harán constar todas las peculiaridades de cada caso incoado ante el Tribunal³⁷.

Finalmente es preciso destacar la creación por el Reglamento de una «Unidad de Víctimas y Testigos»³⁸ que se encontrará bajo la autoridad del Secretario. Dicha Unidad estará constituida por personal cualificado al que corresponderá recomendar medidas adecuadas de protección para las víctimas y testigos de los crímenes enjuiciados así como dar apoyo y consejo a los mismos, sobre todo en los supuestos de violación y agresión sexual. Lo más destacado de la regulación de tal Unidad es la participación que en ella se da a las mujeres pues el artículo 34(B) del Reglamento dispone que en la designación del personal de la citada Unidad, se dará la debida importancia al empleo de mujeres cualificadas. Tal previsión quizás se deba a la circunstancia de que para las víctimas de determinados crímenes como la violación o agresión sexual, mencionados expresamente, es preferible el apoyo, consejo y atención de una mujer.

E) Carácter, prerrogativas e inmunidades del Tribunal Internacional para Ruanda.

El personal al servicio del Tribunal Internacional para Ruanda goza de las prerrogativas e inmunidades que se declaran en el artículo 29 del Estatuto³⁹. Concretamente se realiza una remisión general a la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946, a fin de aplicar tales privilegios a los magistrados, al Fiscal y sus funcionarios, y al Secretario y funcionarios de la Secretaría del Tribunal Internacional para Ruanda.

Junto a las prerrogativas e inmunidades declaradas en tal Convención se consideran también aplicables a magistrados, Secretario, Fiscal y sus funcionarios, las exenciones y facilidades concedidas por el Derecho Internacional a los enviados diplomáticos. Finalmente se reconoce a los funcionarios de la Oficina del Fiscal y de la Secretaría

37. Art. 36 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

38. Art. 34 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

39. Véase el artículo 19 de Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

las prerrogativas e inmunidades concedidas a los funcionarios de la ONU por la Convención antes citada (art. V y VII).

Se completa así todo un cuadro de privilegios sin que llegue a regularse un completo sistema de responsabilidades por el anormal funcionamiento del Tribunal Internacional. Incluye por último el Estatuto una disposición genérica cuyo significado, en el marco de los privilegios e inmunidades de los miembros del TIR, resulta difícil de precisar:

«4. Se dispensará a las demás personas, entre ellas los acusados, que deban estar presentes en la sede o el lugar de reunión del Tribunal Internacional para Ruanda, el trato necesario para que éste pueda ejercer debidamente sus funciones».

III. LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

A) Disposiciones generales

La determinación de la responsabilidad penal de un individuo por la comisión de un crimen de guerra no puede quedar a la apreciación subjetiva y discrecional de los Estados sino que debe proceder de un tercero imparcial e independiente dotado de poderes jurisdiccionales y que se sitúe en un plano supranacional: el Tribunal Internacional para Ruanda. Los poderes jurisdiccionales del mencionado Tribunal se han de ejercer en un ámbito personal, material, territorial y temporal determinado con precisión. A ello obedece la regulación contenida en los artículos 1, 5 y 7 del Estatuto que se ocupan de delimitar la «jurisdicción» del Tribunal.

Previamente es necesario realizar una precisión terminológica: las nociones de competencia y jurisdicción utilizadas por el Estatuto no se corresponden con el significado que tales conceptos poseen en nuestro sistema procesal. Por ello utilizaremos el término «competencia» para aludir al ámbito territorial, objetivo, temporal y personal en el que el Tribunal ejerce sus funciones y no el de «jurisdicción» empleado por el Estatuto. La competencia objetiva del Tribunal será analizada detalladamente en un apartado posterior, por lo que nos centraremos a continuación en los restantes aspectos de la misma.

Desde un punto de vista personal el Tribunal Internacional para Ruanda ejerce su potestad jurisdiccional sobre las personas naturales de acuerdo con la doctrina de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas⁴⁰. La competencia territorial del Tribunal se extiende a todo el territorio de Ruanda, incluidos su superficie terrestre y su espacio aéreo así como el territorio de Estados vecinos en todo lo relativo a graves violaciones del Derecho Humanitario Internacional cometidos por ciudadanos de Ruanda⁴¹. Por último decir, que la jurisdicción del Tribunal Internacional se ejerce respecto de los crímenes cometidos en un espacio de tiempo muy concreto: desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 1994.

B) Competencia objetiva

El Derecho Internacional Contemporáneo ha consagrado diversos supuestos de responsabilidad directa del individuo ante la comunidad internacional: se trata de los denominados «crímenes internacionales», entre los que cabe resaltar, por su especial importancia y gravedad, los crímenes de guerra⁴². Han sido varios los intentos de dotar de un contenido preciso al concepto de crimen de guerra registrados en el ámbito internacional. Si bien al principio la expresión «crimen de guerra» fue utilizada como concepto amplio capaz de englobar los diferentes tipos de crímenes internacionales, posteriormente se ha concretado en aquellas violaciones graves de los convenios, normas y usos aplicables a los conflictos armados, internacionales o no internacionales, tal como éstos se definen en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en los Protocolos Adicionales a estos convenios, de 8 de junio de 1977.

En los últimos años se han desarrollado diversos conflictos armados que han permitido, por desgracia, una actualización práctica del concepto antes descrito; nos referimos a las violaciones

40. Art. 5 del Estatuto del TIR.

41. Art. I del Estatuto del TIR.

42. El artículo 6 del Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, efectuó una clasificación de las diversas clases de crímenes internacionales en crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Dicha clasificación ha sido mantenida por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en los diversos proyectos elaborados sobre esta materia.

graves y generalizadas del Derecho Internacional Humanitario producidas en el territorio de la antigua Yugoslavia y Ruanda. Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales creados con carácter excepcional para el enjuiciamiento de los crímenes perpetrados en dichos territorios abordan la cuestión de la delimitación material de su competencia.

El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda se ocupa de la delimitación de la competencia *ratione materiae* en los artículos 2 a 4 del mismo. No obstante, con carácter general, la Resolución 955(1994), de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de la ONU, por la que se crea dicho Tribunal alude al «genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y manifiestas del Derecho Internacional Humanitario», infracciones que pueden constituir una constante «amenaza a la paz y la seguridad internacionales». El artículo 2 del Estatuto se ocupa específicamente del crimen de genocidio, artículo extenso que repite literalmente el contenido del artículo 2 de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948. El genocidio se define en el segundo párrafo del artículo que analizamos en los siguientes términos:

«Por genocidio se entenderá, cualquiera de los actos que se enumeran a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo».

Como se puede apreciar, el concepto de genocidio se define en el Estatuto en relación con la finalidad perseguida en la comisión de determinados actos que se enumeran a continuación: «intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal». No se mencionan entre los grupos cuya integridad física y moral es objeto de protección a los de tipo político o económico, situación ésta que ha sido criticada acertadamente por el profesor

Miaja de la Muela en su obra «El genocidio, delito internacional»⁴³. Este autor ha resaltado la gravedad de dicha exclusión ya que podría determinar que los grupos políticos o económicos de un país pudieran ser exterminados sin que los responsables de tales hechos fuesen juzgados como genocidas.

La competencia material del Tribunal Internacional para Ruanda no se circunscribe al crimen consumado de genocidio sino que se extiende, además, a las diversas formas de participación y ejecución del mismo, como la conspiración, la instigación directa y pública, la tentativa y la complicidad en el genocidio⁴⁴.

Junto al genocidio se declaran punibles en el Estatuto los llamados «crímenes de lesa humanidad», concepto bajo el que se engloban infracciones graves como el homicidio intencional, el exterminio, la tortura o la violación. El ámbito de competencia objetiva del Tribunal Internacional para Ruanda se cierra con las violaciones del Derecho Internacional de la Guerra. El artículo 4 del Estatuto tipifica expresamente como crímenes de guerra aquellas actuaciones que constituyan una violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y del Protocolo Adicional II, de 8 de junio de 1977, completándose dicha remisión con una relación, si bien no exhaustiva, de los actos que a juicio de la comunidad internacional constituyen tales violaciones:

- a) Los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal;
- b) Los castigos colectivos;
- c) La toma de rehenes;
- d) Los actos de terrorismo;
- e) Los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión independiente;
- f) El saqueo;

43. A. Miaja de la Muela, «El genocidio,...», p. 403.

44. Véase el art. 3 de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948.

- g) La aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados.
- h) Las amenazas de perpetración de cualquiera de los actos precedentes».

La tipificación de los crímenes de guerra que el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda realiza contribuye decisivamente a la seguridad jurídica internacional. Pero, si bien es cierto que tales infracciones quedan tipificadas con anterioridad a su comisión facilitándose así el castigo de los culpables, el Estatuto no ha previsto un sistema completo de penas a imponer a las figuras delictivas que regula. El artículo 23 del mismo únicamente establece la clase de penas que pueden ser impuestas a los condenados (penas de privación de libertad) sin especificar la cuantía de las mismas. Ello supone que las sanciones se impondrán **sine previa lege penale**, dándose entrada al pleno arbitrio judicial con todo el peligro e inseguridad que de ello se deriva. Lógicamente, los tribunales nacionales aplicarán a los citados crímenes las penas previstas en sus leyes penales internas si son los encargados del enjuiciamiento de los culpables, lo cual puede dar lugar a una violación del principio de igualdad, ya que la mayor o menor gravedad de las penas a imponer dependerá exclusivamente de la legislación del país donde los reos sean juzgados. Por lo tanto podemos concluir que se incumple en el Estatuto el principio de legalidad en su vertiente **nullum poena sine lege**, pudiendo dar lugar a una infracción del principio de igualdad.

Finalmente es preciso realizar un breve análisis comparativo de la competencia material atribuida por los respectivos Estatutos a los Tribunales Internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia. Los preceptos relativos al crimen de genocidio y crímenes de lesa humanidad son prácticamente idénticos⁴⁵, por lo que no precisan mayor comentario. No ocurre lo mismo con los artículos relativos a las violaciones de las leyes y usos de la guerra, respecto de los cuales se puede apreciar una mayor amplitud en la regulación contenida en el

45. Véanse los artículos 2 y 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y los artículos 4 y 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia.

Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia⁴⁶. Consideramos que el mérito de tales preceptos radica en tomar como base de su regulación la realidad que les dota de sentido, es decir, la existencia de un conflicto armado. Teniendo en cuenta los avances tecnológicos logrados en materia de defensa resulta positivo la tipificación como crimen de guerra el empleo de armas tóxicas, la realización de experimentos biológicos inhumanos, los ataques o bombardeos por cualquier medio de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos, la destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, a la beneficencia y a la educación, etcétera. Tales previsiones no se contienen en el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.

C) *La jurisdicción concurrente*

«1.- El Tribunal Internacional para Ruanda y los Tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a las personas que hayan cometido violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario [...]»⁴⁷.

El precepto transcrito proclama uno de los principios de actuación más importante del Tribunal Internacional para Ruanda: el principio de jurisdicción concurrente, en cuanto manifestación de la cooperación que todos los Estados han de prestar al citado tribunal. El auxilio judicial que el Tribunal Internacional para Ruanda recaba de todos los Estados no se limita a aspectos puramente formales como pudiera ser la realización de las oportunas citaciones o emplazamientos, o a la localización, identificación y detención de los sospechosos, sino que es una cooperación total o plena en el sentido de que se habilita a los tribunales nacionales de los diversos Estados miembros de la ONU para el enjuiciamiento de aquellas personas sospechosas de haber cometido un crimen internacional.

El tema de la jurisdicción concurrente, sumamente simple a primera vista, encierra una gran complejidad. Su análisis debe partir de una premisa importante: tanto el Tribunal Internacional para Ruanda como

46. Véanse los artículos 2 y 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

47. Art. 8.1 del Estatuto del TIR.

los tribunales nacionales gozan de potestad jurisdiccional para el enjuiciamiento de los criminales de guerra. Se trata de dos jurisdicciones, internacional y nacional, que «concurren» sobre el mismo objeto procesal: violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario en el territorio de Ruanda o de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. Sin embargo, ambas jurisdicciones no se encuentran en plano de igualdad sino que, por el contrario, el art. 8.2 del Estatuto declara expresamente la primacía del TIR respecto de los tribunales nacionales de todos los Estados miembros. Dicha primacía se manifiesta en la posibilidad de que «en cualquier etapa del procedimiento, el Tribunal Internacional para Ruanda podrá presentar oficialmente a los tribunales nacionales una petición de inhibitoria de jurisdicción de conformidad con el presente Estatuto y con las normas sobre procedimiento y prueba del Tribunal Internacional para Ruanda»⁴⁸.

En definitiva, la jurisdicción concurrente va a significar que cualquier tribunal nacional pueda iniciar el correspondiente proceso penal conforme a normas procesales estatales para el enjuiciamiento de los criminales de guerra, si bien en cualquier momento del proceso el Tribunal Internacional para Ruanda podrá exigir al nacional que se inhiba a su favor, con lo cual el tribunal estatal dejará de conocer sobre el asunto. Llegados a este punto sería conveniente analizar si el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda contempla criterios de coordinación de las actuaciones del Tribunal Internacional y los tribunales nacionales. El resultado que obtenemos de tal examen, en contra de lo que sería razonable, es la carencia absoluta de dichos criterios pudiendo ello constituir el principal problema que plantee la cuestión de la jurisdicción concurrente.

El Tribunal Internacional para Ruanda fue creado expresamente para juzgar los crímenes internacionales perpetrados en un determinado territorio, por lo que debería habersele atribuido competencia sobre la materia con carácter exclusivo, de forma que sólo dicho Tribunal pudiera enjuiciar tales infracciones penales. Sin embargo, se ha optado por una jurisdicción no exclusiva sino compartida con los tribunales nacionales aunque, al mismo tiempo, preeminente. El fundamento quizás podamos encontrarlo en la propia complejidad de la materia a

48. Art. 8.2 del Estatuto del TIR.

enjuiciar o en la necesidad de agilizar los procesos, lo que justificaría que tanto Tribunal Internacional como tribunales estatales se ocuparan del mismo asunto.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que la pertenencia a Naciones Unidas como Estado miembro implica la aceptación de toda su organización institucional (incluido el Tribunal Internacional que con carácter excepcional se haya podido constituir) así como de sus normas o reglas de funcionamiento. En el ámbito estrictamente jurisdiccional supone la cesión o renuncia de una parcela de la potestad jurisdiccional de nuestros tribunales en favor de un órgano jurisdiccional de carácter «supranacional». Desde este punto de vista resulta lógica la supremacía del TIR respecto de los tribunales nacionales, sobre todo por las circunstancias que determinan su creación, por el hecho de ser un órgano de una organización internacional de reconocida importancia, por tener como objeto infracciones calificadas de crímenes internacionales, etcétera. Por ello no es de extrañar que el Estatuto faculte a dicho Tribunal para exigir la inhibición en una determinada causa en favor del mismo. Este mismo esquema de requerimiento de inhibición por parte del órgano jurisdiccional superior al inferior se puede observar en nuestro sistema procesal. Concretamente la regla tercera del art. 782 LECrim. para el Procedimiento Abreviado dispone:

«Cuando algún juez de instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, viniera entendiendo de causa atribuida a la competencia de las Audiencias respectivas, se limitarán éstas a ordenar a aquél, oído el Ministerio Fiscal, y las partes personadas, que se abstenga de conocer y les remitan las actuaciones».

El requerimiento de inhibición que la Audiencia Provincial correspondiente realiza se basa en la existencia de una «causa atribuida a la competencia» de aquélla en virtud de los criterios competenciales que contiene el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero para que sea efectiva la inhibición previamente se precisa todo un sistema competencial articulado y detallado que permita la actuación coordinada de todos los órganos jurisdiccionales españoles. La inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de reparto de competencias podría afectar al derecho al juez legal o predeterminado por la ley que el art. 24.2 de la Constitución española reconoce a todo ciudadano. El derecho al juez legal se define como el derecho fundamental a ser

juzgado por un órgano jurisdiccional previamente establecido o determinado conforme a las normas o reglas generales de competencia objetiva, territorial y funcional. Todo ciudadano tiene derecho a conocer con exactitud el tribunal al que va a corresponder su enjuiciamiento y ello conforme a normas de competencia establecidas con carácter previo a la constitución del mismo. El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda no contiene normas de tal tipo por lo que el justiciable no puede conocer con certeza si ha de ser juzgado por el Tribunal Internacional o por un tribunal nacional. Además cabe la posibilidad de que, comenzado el juicio ante un tribunal nacional, éste continúe ante otro de carácter internacional con todas las modificaciones que en el ámbito de la defensa ello conlleva. El desconocimiento de dónde va a terminar su caso y de si la defensa ha de articularse en un plano meramente nacional o internacional puede dar lugar a indefensión.

Con todo lo anteriormente expuesto tratamos de poner de relieve que no cuestionamos la supremacía del TIR sino la falta de unas reglas o normas claras, concisas y expresas en virtud de las cuales se opere una distribución de la competencia entre el Tribunal Internacional y los tribunales nacionales.

La cuestión se complica aún más con el tratamiento que el Estatuto da al efecto de cosa juzgada en el art. 9:

«1. Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional para Ruanda.

2. Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal para Ruanda solamente si:

a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario;

b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria».

Del primer inciso de este precepto se desprende directamente el efecto de cosa juzgada que pueden producir las sentencias del TIR al

impedir una nueva sentencia sobre el mismo objeto procesal enjuiciado con anterioridad. Mayores problemas plantea la interpretación del párrafo segundo a tenor del cual una persona juzgada por un tribunal nacional y condenada o absuelta mediante la correspondiente sentencia penal puede volver a ser juzgada por el Tribunal Internacional en los supuestos «excepcionales» que se definen en el Estatuto. De ello derivan las siguientes consecuencias:

1.- Negación del efecto de cosa juzgada a las sentencias dictadas por los tribunales nacionales en la medida en que puede el Tribunal Internacional para Ruanda dictar nueva sentencia sobre unos hechos que ya han sido objeto de enjuiciamiento penal, afectándose de este modo a la seguridad jurídica.

2.- Los casos «excepcionales» que justifican el nuevo conocimiento de la causa se convierten en supuestos tan amplios e indeterminados que permiten en todo caso un segundo juicio penal. ¿Qué debemos entender por «delito ordinario» (concepto no definido por el Estatuto y que ni siquiera se corresponde con la tradicional clasificación penal de los delitos en graves y menos graves)? ¿A quién corresponde determinar si se ha producido o no alguna de las irregularidades establecidas en el apartado b) del art. 9.2 del Estatuto?

3.- Vulneración del principio **non bis in idem** pues una misma persona va a poder ser enjuiciada penalmente dos veces por los mismos hechos. Ello conlleva una violación del principio de seguridad jurídica puesto que tras la condena por un tribunal nacional el individuo no va a saber con certeza si dicha condena es definitiva o, por el contrario, va a ser sometido a un nuevo juicio con posterioridad. Además, la incertidumbre es permanente ya que no se establece plazo alguno a la facultad «revisora» del Tribunal Internacional.

El Reglamento de Procedimiento y Prueba, de 29 de junio de 1995, dedica expresamente su artículo 13 a la regulación del principio non bis in idem:

«Cuando el Presidente reciba información fiable de que un procedimiento criminal ha sido incoado contra una persona ante un tribunal de un Estado, por actos constitutivos de serias violaciones del Derecho Internacional Humanitario reguladas en el Estatuto, respecto de las cuales esa

persona ya haya sido juzgada por el Tribunal, la Sala de Primera Instancia deberá, siguiendo mutatis mutandi el procedimiento previsto en el artículo 10, emitir una orden motivada solicitando que el tribunal nacional suspenda inmediatamente su procedimiento. Si tal tribunal se niega a hacer eso, el Presidente puede poner el asunto en conocimiento del Consejo de Seguridad.»

Este precepto no constituye sino un desarrollo del artículo 9.1 del Estatuto del TIR, del cual se deduce el efecto de cosa juzgada de las sentencias dictadas por dicho Tribunal Internacional. Realmente no aporta nada nuevo a la regulación de esta cuestión salvo el procedimiento a seguir en caso de que el tribunal nacional desconozca tal principio. El principio non bis in idem se contempla en estos preceptos sólo parcialmente, pues no se prevé que una persona juzgada por un tribunal nacional no pueda volver a ser enjuiciada por el Tribunal Internacional para Ruanda, lo cual es perfectamente posible conforme al artículo 9.2 del Estatuto como ya se ha puesto de relieve anteriormente.

«Primacía del Tribunal» es concretamente el título que lleva la Parte Segunda del Reglamento de Procedimiento y Prueba (artículos 8 a 13). Debemos analizar estos preceptos con objeto de determinar si se produce alguna modificación de la regulación que sobre la materia tratada se contiene en el Estatuto del TIR. En los artículos 9 y 10 del Reglamento se regula el procedimiento específico a seguir en caso de petición de inhibición por el Tribunal Internacional. La solicitud de inhibición puede partir del Ministerio Fiscal, en cuyo caso se requiere la concurrencia de una serie de requisitos:

1° Que el acto que está siendo investigado o enjuiciado por un tribunal nacional pueda ser considerado delito ordinario.

2° Que exista una falta de imparcialidad o independencia, que las investigaciones o procedimientos estén dirigidos a proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o que el caso no esté siendo tramitado con la debida diligencia.

3° Que lo que está siendo enjuiciado esté estrechamente relacionado o de algún modo comprenda cuestiones legales o de hecho significativas, las cuales puedan tener implicaciones en las investigaciones o acusaciones ante el Tribunal.

Si se da alguno de los presupuestos anteriores el Fiscal estará facultado para solicitar a la Sala de Primera Instancia, designada por el

Presidente, que efectúe una petición formal de inhibición al tribunal nacional que esté conociendo sobre el asunto. Podemos observar la coincidencia de los supuestos en los que cabe solicitar la inhibición del tribunal nacional (art. 9 del Reglamento) con aquellos que permiten un nuevo enjuiciamiento del asunto por el Tribunal Internacional (art. 9.2 del Estatuto). Se ha efectuado un giro importante en la regulación de la inhibición no sólo por contemplarse un procedimiento específico a seguir sino porque se prevé la petición de inhibición en una serie de supuestos que, de darse una vez pronunciada la sentencia por el tribunal nacional, permitirían al TIR volver a juzgar el asunto. De esta forma, mediante una previa petición de inhibición, se evita perjudicar al efecto de cosa juzgada de las sentencias nacionales.

Una vez realizada la petición de inhibición por el Fiscal, la Sala de Primera Instancia, siempre que la considere procedente, remitirá una solicitud formal de inhibición al tribunal nacional correspondiente, solicitud que deberá incluir la petición de que los resultados de la investigación por el tribunal nacional y una copia del acta del juicio y de la sentencia, si ya ha sido pronunciada, sean remitidos al Tribunal Internacional. Una vez emitida la solicitud de inhibición por una Sala de Primera Instancia, cualquier juicio ulterior se celebrará ante la otra Sala para garantizar la imparcialidad en el enjuiciamiento. Si transcurridos sesenta días desde la notificación al Estado de su deber de inhibición por el Secretario aquél no ha adoptado las medidas necesarias para cumplimentar la orden se dará cuenta de la situación al Consejo de Seguridad de la ONU para que tome las medidas oportunas.

Finalmente, el artículo 12 dispone la falta de vinculación del Tribunal Internacional para Ruanda por las decisiones o fallos de los tribunales nacionales, por lo que se deja de nuevo la puerta abierta para una revisión por aquel Tribunal Internacional de las sentencias penales estatales, sin tener en cuenta el efecto de cosa juzgada que éstas producen.

La conclusión a la que podemos llegar en esta materia es que la normativa que sobre la inhibición se contiene en el Estatuto y el Reglamento sobre Procedimiento y Prueba se basa esencialmente en la primacía que se otorga al Tribunal Internacional, primacía ésta que se declara por encima de garantías procesales fundamentales como, por ejemplo, el **efecto de cosa juzgada** de las sentencias penales. El mérito del Reglamento radica cuando menos en la previsión de un procedi-

miento específico para formular peticiones de inhibición, pero no arroja mayor luz sobre el asunto. Todo ello nos hace pensar que en la práctica surgirán numerosos problemas de coordinación de las actuaciones judiciales del Tribunal internacional y de los tribunales nacionales.

IV. EL PROCESO PENAL ANTE EL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA.

A) *Introducción*

El artículo 14 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda dispone:

«A los efectos de las actuaciones ante el Tribunal Internacional para Ruanda, los magistrados del Tribunal Internacional para Ruanda adoptarán las reglas sobre procedimiento y sobre prueba aplicables a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho y las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y los testigos y a otros asuntos pertinentes del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, con las modificaciones que estimen necesarias».

En desarrollo de tal previsión se aprobó, el 29 de junio de 1995, el Reglamento de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional para Ruanda⁴⁹, normativa en la que se contienen las disposiciones a seguir en la tramitación de toda causa ante el Tribunal. A lo largo de ciento veintiseis artículos el Reglamento se ocupa de la regulación de aquellas cuestiones orgánicas y procesales fundamentales para el adecuado funcionamiento del Tribunal Internacional. El texto en cuestión consta de cuatro partes bien diferenciadas, a saber, una serie de disposiciones generales como la entrada en vigor, la modificación de los artículos del Reglamento o los idiomas del Tribunal (arts. 1 a 7), un capítulo dedicado a la jurisdicción concurrente (arts. 8 a 13), un apartado

49. Para la elaboración del presente trabajo hemos utilizado el texto oficial en inglés del Reglamento de Procedimiento y Prueba del TIR. A falta de una versión en castellano del mismo hemos optado por la traducción literal de los preceptos de tal normativa.

específico sobre organización del Tribunal (arts. 14 a 38) y finalmente todo un conjunto de preceptos que disciplinan el proceso penal, en todas sus fases, ante el Tribunal Internacional para Ruanda (arts. 39 a 126).

B) *Las partes procesales*

I. LA PARTE ACUSADORA

El sostenimiento de la acusación pública en el proceso penal ante el Tribunal Internacional corresponde al Ministerio Fiscal. Las características generales del Fiscal del Tribunal Internacional para Ruanda han sido expuestas con anterioridad por lo que centraremos nuestra atención en la figura de la acusación particular. Tanto el Estatuto como el Reglamento de Procedimiento atribuyen al Fiscal el ejercicio de la acción penal con carácter exclusivo. No se prevé en tales normas la figura del acusador particular o popular, por lo que corresponderá al Ministerio Fiscal el monopolio de la acción penal. Se ha privado así a las víctimas y demás interesados de la oportunidad de constituirse en parte activa junto a la acusación pública e intervenir durante todo el procedimiento. Sin embargo los derechos correspondientes a las víctimas y testigos de los crímenes internacionales no han sido obviados. El artículo 21 del Estatuto prevé la adopción de determinadas medidas de protección de víctimas y testigos, entre las que destacan la celebración de la vista a puerta cerrada y la protección de la identidad de los mismos. Dicho precepto ha sido desarrollado por los artículos 69 y 75 del Reglamento, donde se establecen las diversas medidas de protección de víctimas y testigos a adoptar por el Tribunal Internacional y que pueden ser sistematizadas del siguiente modo:

a) Medidas de protección durante la investigación de la causa: art. 69.

En circunstancias excepcionales el Fiscal puede solicitar a la Sala de Primera Instancia que ordene la no revelación de la identidad de una

víctima o un testigo que pueda estar en peligro hasta que tal persona quede bajo la protección del Tribunal.

b) Medidas de protección durante el juicio: art. 75.

1º Medidas tendentes a evitar que la identidad o paradero de una víctima o testigo, o de personas relacionadas o asociadas con ellos puedan ser conocidos por los medios de comunicación y que, en definitiva, salgan a la luz pública. Tales medidas pueden consistir en lo siguiente:

- Omisión en las actas de juicio de nombres o información que pueda permitir la identificación de los sujetos bajo protección.
- No revelación al público de cualquier acta o inscripción que identifique a la víctima.
- Prestación de declaración a través de mecanismos de alteración de la imagen o el sonido, o circuitos cerrados de televisión.
- Utilización de seudónimos.

2º Celebración de las sesiones a puerta cerrada.

3º Medidas adecuadas para facilitar el testimonio de víctimas y testigos vulnerables, tales como circuitos cerrados de televisión de dirección única.

4º Medidas destinadas a evitar cualquier hostigamiento o intimidación durante las declaraciones de las víctimas o testigos.

A todo ello se añade la creación de una Unidad de Víctimas y Testigos encargada de llevar a efecto las medidas de protección relacionadas así como de dar apoyo y consejo a los mismos cuando sea necesario⁵⁰, a la que ya aludimos en un apartado anterior de este trabajo. A pesar de la relevancia de estas medidas de protección de las víctimas de los crímenes de guerra consideramos que se ha omitido un derecho fundamental de las mismas: el derecho a intervenir en todas las fases del proceso como parte acusadora, teniendo en cuenta que son los principales interesados en el castigo de los culpables.

La inexistencia de previsión alguna sobre la participación en el proceso de la víctima o cualquier interesado como parte acusadora, en

las diferentes disposiciones relativas al Tribunal Internacional para Ruanda, ha sido puesta de relieve en los párrafos anteriores. Corresponde ahora examinar si tal omisión se produce también en relación con el ejercicio de la acción civil por parte del perjudicado por el delito.

La responsabilidad civil derivada del hecho delictivo se regula en los artículos 105 y 106 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, dedicados a la restitución de la propiedad de los bienes de los que se hubiera apropiado el acusado y a las indemnizaciones que se han de conceder a las víctimas. Pero existe una diferencia sustancial entre estas dos materias pues mientras que la restitución de la propiedad ha de ser uno de los aspectos sobre los que se pronuncie expresamente la sentencia, a propuesta del Ministerio Fiscal o por propia iniciativa del Tribunal Internacional, las indemnizaciones a las víctimas deben ser reclamadas ante un tribunal de carácter nacional.

Cuando el Tribunal Internacional para Ruanda declare la culpabilidad del acusado y concluya, a partir de las pruebas practicadas en juicio, la apropiación ilegal de determinados bienes por parte de aquél deberá pronunciarse específicamente sobre la restitución de tales bienes a su legítimo dueño en el fallo que dicte (art. 88 apartado B). La restitución se predica no sólo de los bienes sino también de los productos o beneficios derivados de los mismos, incluso si se encuentran en manos de un tercero. En este último caso los terceros en posesión de los bienes tendrán derecho a personarse ante el Tribunal a fin de justificar su derecho a los mismos. Una vez que el Tribunal ha determinado quién es el propietario legítimo ordenará la restitución al mismo de los objetos en cuestión.

A lo anteriormente expuesto se limita la regulación que de la responsabilidad civil derivada del delito efectúa el Reglamento de Procedimiento y Prueba. Como se puede comprobar la participación del actor civil en este proceso penal es escasa, por no decir nula. Tan sólo se permite que el tercer poseedor de los bienes en litigio demuestre su posesión legítima ante el Tribunal pero no se contempla la intervención general del perjudicado en las distintas fases del proceso, sobre todo en la fase probatoria, como sería deseable.

2. *La parte acusada*

El artículo 20 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda expone los derechos que corresponden al acusado en los siguientes términos:

50. Art. 34 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

«2. El acusado, en la sustanciación de los cargos que se le imputen, tendrá derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 21 del Estatuto.

3. Se presumirá la inocencia del acusado mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a las disposiciones del presente Estatuto.

4. El acusado, en la sustanciación de cualquier cargo que se le impute conforme al presente Estatuto, tendrá derecho, en condición de plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos que se le imputan;
- b) A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo; y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma utilizado en el Tribunal Internacional para Ruanda;
- g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesar-se culpable».

Por su parte, el artículo 42 del Reglamento de Procedimiento y Prueba del TIR establece los derechos que corresponden al sospechoso de un crimen de guerra durante la investigación⁵¹. El Ministerio Fiscal deberá informar al imputado de tales derechos con carácter previo al interrogatorio y en un idioma que hable o entienda:

51. Art. 17.3 del Estatuto del TIR.

a) Derecho a ser asistido por un defensor de su elección o a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si carece de medios suficientes para pagarlo.

b) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma utilizado en el interrogatorio.

c) Derecho a permanecer en silencio y a ser informado de que cualquier cosa que diga podrá ser utilizada en su contra.

En lugar de establecer todos los derechos que asisten al acusado en las distintas fases del proceso se ha optado por diferenciar claramente el estatus de la persona sospechosa de haber cometido un crimen internacional y sujeta por tanto a investigación, de aquél correspondiente a la persona contra la que se ha dirigido formalmente la acusación.

El derecho a la defensa se reconoce al acusado tanto en la fase de investigación como en la de juicio oral. Los artículos 44 a 46 regulan la figura del Abogado defensor al que se exige, como requisitos de capacidad, ser abogado en ejercicio en un Estado miembro o profesor de Universidad. A estos requisitos se añade el dominio de alguno de los idiomas de trabajo del Tribunal si se pretende actuar como defensor de oficio ante el mismo. El defensor de oficio es asignado a aquellos sospechosos o acusados que carezcan de recursos económicos suficientes para pagar su defensa. Los criterios determinantes de la concesión del beneficio de justicia gratuita deben ser establecidos por el Secretario con la aprobación de los magistrados. Corresponde también a este órgano la concesión o denegación de tal beneficio.

En los supuestos de conducta inadecuada del abogado defensor, es decir, cuando se observe en él una conducta ofensiva o abusiva, el Reglamento permite a la Sala de Primera Instancia, previa consulta con el Presidente del TIR, denegarle la audiencia así como comunicar tal circunstancia al Colegio Profesional correspondiente o al órgano de gobierno de la Universidad a la que pertenezca a fin de que se adopten las oportunas medidas.

Por último, el artículo 97 del Reglamento de Procedimiento y Prueba establece que toda la información derivada de la relación entre abogado y cliente será considerada confidencial por lo que no podrá ser revelada en juicio a menos que el propio cliente lo consienta o haya transmitido voluntariamente el contenido de tal información a un tercero, que deberá probar a su vez que los datos le fueron facilitados por el acusado.

C) *Procedimiento ante las Salas de Primera Instancia*

1º Investigación y preparación de la acusación

La instrucción y preparación de la acusación son las principales funciones que el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda encomienda al Ministerio Fiscal. Las investigaciones pueden ser iniciadas por el Fiscal de oficio o bien sobre la base de la información obtenida a través de gobiernos, órganos de Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales o cualquier otra fuente. Durante la investigación, el Ministerio Fiscal está facultado para:

- a) Citar e interrogar a sospechosos, víctimas y testigos, grabando sus declaraciones⁵².
- b) Reunir pruebas y realizar investigaciones en el lugar de los hechos.
- c) Adoptar especiales medidas de protección de posibles testigos e informadores.
- d) Pedir asistencia a las autoridades estatales pertinentes así como a cualquier órgano internacional relevante, inclusive la INTERPOL.
- e) Solicitar a las Salas de Primera Instancia o a los magistrados las autorizaciones judiciales que sean necesarias.
- f) Ocuparse de la retención, depósito y custodia de toda información o prueba obtenida en el curso de las investigaciones.

Si bien el Reglamento confiere al Ministerio Público la dirección de la investigación, reserva al órgano jurisdiccional la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales. En este sentido, la detención de los sospechosos precisa la previa orden de arresto de un magistrado de la Sala de Primera Instancia⁵³. La autorización judicial para la detención del imputado debe ir firmada por el magistrado que la emite y acompañada de una copia del acta de acusación, así como de una declaración de los derechos de aquél. La orden de detención y entrega al Tribunal debe ser remitida por conducto del Secretario a las

autoridades nacionales del Estado en cuyo territorio se sospecha que se encuentra el imputado, para que la ejecuten en debida forma. En esta materia resulta esencial la cooperación de los Estados con el Tribunal al no existir una policía judicial de carácter internacional; de ahí que se configure como una obligación que se impone por encima de cualquier tratado de extradición y de cualquier obstáculo legal interno a la entrega o transferencia del acusado⁵⁴. Corresponde también a la Sala de Primera Instancia acordar la libertad provisional bajo fianza del acusado para lo cual se precisa que se dé audiencia al Estado en que el acusado fue detenido, que existan garantías suficientes de que el acusado comparecerá en juicio y que la libertad del mismo no suponga un peligro para cualquier víctima, testigo u otra persona.

Junto a la instrucción corresponde al Fiscal del Tribunal Internacional la preparación y dirección de la acusación en el juicio oral⁵⁵:

«Si se determinase que hay indicios suficientes de criminalidad, el Fiscal preparará el acta de acusación, que contendrá una exposición breve y precisa de los hechos o del delito o delitos que se le imputen al acusado con arreglo al Estatuto. La acusación será transmitida a un magistrado de la Sala de Primera Instancia».

Aunque la preparación de la acusación es competencia del Ministerio Fiscal se exige la confirmación de la misma por parte del órgano jurisdiccional, que deberá determinar si realmente existe base suficiente para el ejercicio de la acción penal⁵⁶. De este modo el magistrado entrará a examinar todo el material obtenido durante la instrucción decidiendo la apertura del juicio oral.

En el escrito de acusación se contendrán todos los delitos que puedan considerarse conexos tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo⁵⁷. El Reglamento permite la modificación o retirada del acta de acusación hasta el momento de la confirmación judicial de la misma; cumplido este trámite, la modificación o retirada requerirá la autorización del juez que examinó el acta o bien de la Sala de Primera

52. Art. 17.2 del Estatuto y art. 43 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

53. Arts. 54 a 61 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

54. Art. 58 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

55. Art. 17.4 del Estatuto del TIR y art. 47 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

56. Art. 18 del Estatuto del TIR.

57. Arts. 48 y 49 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

Instancia si ya ha comenzado el juicio. En cualquier caso será necesaria la oportuna notificación de tal circunstancia al acusado y su abogado. El escrito de acusación tiene carácter público tras su confirmación por el magistrado o Sala, salvo que éstos consideren oportuna la no revelación del mismo hasta que sea notificado al acusado.

Una vez que el acusado ha sido puesto a disposición del Tribunal Internacional para Ruanda y le ha sido notificada la acusación formulada en su contra, en un lenguaje que hable o entienda, el Ministerio Público ha de proceder a su interrogatorio. En la declaración del acusado debe estar presente su abogado y se le ha de informar de su derecho a no declarar, salvo que desee hacerlo voluntariamente, y de que si decide declarar cualquier cosa que diga podrá ser utilizada en su contra. A diferencia de nuestro sistema procesal la declaración indagatoria del acusado se efectúa ante el Ministerio Fiscal y no ante el órgano judicial. No obstante, el Tribunal Internacional, con carácter previo al interrogatorio del acusado por el Ministerio Fiscal, debe asegurarse de que se ha respetado el derecho del mismo a la designación de abogado y a conocer el contenido de la acusación formulada en su contra, para lo cual se regula una comparecencia inicial del justiciable ante la Sala de Primera Instancia. Corresponde también a la Sala recibir la declaración de culpabilidad que pudiera efectuar el acusado, en cuyo caso ordenará al Secretario la fijación de una fecha para deliberar el fallo.

Finalizado el interrogatorio del acusado, el Ministerio Fiscal facilitará al abogado de la parte acusada todo el material obtenido durante la investigación a fin de que pueda preparar una adecuada defensa. Asimismo permitirá la inspección de cualquier libro, documento, fotografía u objeto que se encuentren bajo la custodia del Ministerio Público. Además, de conformidad con el artículo 67(A) del Reglamento de Procedimiento y Prueba, el Fiscal deberá poner en conocimiento de la defensa los nombres de los testigos de cargo y, de acuerdo con el artículo 68 del mismo Reglamento, también deberá informarle de la existencia de cualquier prueba que de alguna forma pueda demostrar la inocencia o atenuar la culpabilidad del acusado, o pueda afectar a la credibilidad de las pruebas de la acusación. Se trata de que la defensa pueda disponer de todo el material necesario para demostrar la inocencia del acusado. Todo lo anterior no es sino una manifestación del **principio de igualdad** de las partes en el proceso penal pues se pretende que ambas gocen de los mismos medios de ataque y defensa

e idénticas posibilidades de alegación y prueba. Por ello también se impone a la defensa la obligación de notificar al Ministerio Fiscal cualquier coartada o argumento que pretenda utilizar en juicio y las pruebas en que se apoye, así como permitir que sean inspeccionados los libros, documentos, fotografías y objetos que se encuentren bajo la custodia o control de la defensa y que intente utilizar como pruebas.

El carácter público de los resultados de la instrucción encuentra una excepción en el artículo 66(C) del Reglamento sobre Procedimiento y Prueba:

«Cuando la información esté en posesión del Fiscal y su revelación pueda perjudicar investigaciones ulteriores o en curso, o por cualquier otra razón pueda ser contrario al interés público o afectar a los intereses de la seguridad de cualquier Estado, éste puede pedir a la Sala de Primera Instancia, reunida en sesión a puerta cerrada, ser excusado de la obligación de revelar conforme a la Subregla (B). Una vez hecha tal solicitud, el Fiscal facilitará a la Sala, y sólo a la Sala de Primera Instancia, la información que se pretende sea confidencial.»

Se establece de este modo una especie de «secreto sumarial» para aquellos casos en que la revelación de los datos obtenidos durante las investigaciones pudiera afectar a los intereses públicos y a la propia marcha de la instrucción. El artículo 70 establece igualmente una serie de materias que no están sujetas a revelación alguna:

«No obstante las disposiciones de las reglas 66 y 67, las actas, memorandums, u otros documentos internos preparados por una parte, sus ayudantes o representantes en conexión con la investigación o preparación del caso, no están sujetos a revelación o notificación bajo aquellas reglas. Si el Fiscal está en posesión de información, la cual le ha sido proporcionada sobre una base confidencial y que ha sido utilizada sólomente con el propósito de generar nuevas pruebas, tal información y su origen, no será revelada por el Fiscal sin el consentimiento de la persona o entidad que proporciona la información, y en ningún caso será utilizada como prueba sin previa revelación al acusado.»

La fase procedimental que analizamos finaliza con las llamadas «mociones preliminares» que vienen a coincidir con los «artículos de previo pronunciamiento» vigentes en nuestro ordenamiento procesal

(art. 666-679 LECrim.). Se trata fundamentalmente de presupuestos procesales que han de ser resueltos con carácter previo al juicio oral. Tales mociones deben ser presentadas por escrito u oralmente, al arbitrio de la Sala de Primera Instancia, dentro de los sesenta días siguientes a la primera comparecencia del acusado ante el Tribunal. La Sala debe decidir sobre la cuestión planteada a *limine litis*, sin que quepa apelación interlocutoria salvo en el caso de denegación de una objeción basada en la falta de jurisdicción. Las cuestiones o mociones previas que puede plantear la defensa son:

- Objeciones basadas en la falta de jurisdicción.
- Objeciones basadas en defectos de forma del escrito de acusación.
- Solicitud de denegación de pruebas obtenidas del acusado o que hayan pertenecido al mismo.
- Solicitud de separación de delitos unidos en una acusación conforme al artículo 49, o de separación de juicios unidos conforme al artículo 82(B) del Reglamento.
- Objeciones basadas en la denegación de la petición de designación de abogado.

2º JUICIO ORAL.

Las disposiciones relativas a la iniciación y tramitación del juicio oral ante el Tribunal Internacional para Ruanda se encuentran contenidas en el artículo 19 del Estatuto y los artículos 74 a 98 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, de 29 de junio de 1995. El juicio oral se desarrolla ante la Sala de Primera Instancia en sesiones públicas; no obstante, la Sala puede ordenar que la prensa y el público en general queden excluidos de todo o parte del procedimiento por razones de orden público, moral, seguridad, protección de la identidad de una víctima o testigo conforme al artículo 75 o protección del interés de la justicia⁵⁸. Asimismo puede la Sala autorizar, si lo considera conveniente para la adecuada resolución del caso, la comparecencia en juicio de un Estado, organización o individuo, o bien acordar la expulsión de la Sala de cualquier persona, incluido el acusado, que no observe un comportamiento correcto y decoroso durante las sesiones⁵⁹.

58. Art. 78 y 79 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

59. Art. 80 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

Durante la celebración del juicio se evitará la utilización de medidas restrictivas, como el uso de esposas, salvo que la existencia de un peligro de fuga durante el traslado del acusado o razones de seguridad lo aconsejen. En cualquier caso serán suprimidas cuando el acusado comparezca ante la Sala⁶⁰.

Hasta el momento de la presentación de las pruebas por el Ministerio Fiscal se faculta a las partes para realizar una declaración o alegación de apertura equivalente a las calificaciones provisionales del sistema procesal español; el abogado defensor, sin embargo, puede optar por realizar su declaración después de que el Fiscal haya concluido su presentación de las pruebas y antes de la proposición de pruebas por la defensa⁶¹.

La regulación que sobre el juicio oral se contiene en el Reglamento se centra primordialmente en la fase probatoria. Dicha fase se inicia con la proposición de las correspondientes pruebas por la defensa y la acusación, que observarán el siguiente orden⁶²:

- Pruebas de la acusación.
- Pruebas de la defensa.
- Pruebas de la acusación tendentes a refutar las de la defensa.
- Pruebas de la defensa, en réplica.
- Pruebas ordenadas por la Sala de Primera Instancia conforme al artículo 98 del Reglamento sobre Procedimiento y Prueba.

La Sala puede admitir cualquier prueba relevante presentada por las partes, si bien podrá pedir la verificación de la autenticidad de aquellas pruebas obtenidas fuera del Tribunal. El Reglamento dedica una especial atención a la prueba testifical, regulando en el artículo 90 todas las cuestiones relativas a la práctica de la misma: medios a través de los cuales los testigos pueden prestar declaración, juramento o declaración solemne de los testigos, testimonio de menores, medidas a adoptar por el Ministerio Fiscal en caso de falso testimonio de un testigo, penas por falso testimonio (multa de diez mil dólares y/o doce meses de prisión), sanciones en caso de negativa del testigo a declarar (multa de diez mil dólares o seis meses de prisión), etcétera.

60. Art. 83 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

61. Art. 84 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

62. Art. 85 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

Junto a la prueba testifical, el Reglamento regula la confesión del acusado, la cual se presumirá voluntaria y libre a menos que se pruebe lo contrario⁶³, y la prueba derivada de un determinado modelo de conducta reveladora de serias violaciones del Derecho Internacional Humanitario, que podrá ser admitida en interés de la justicia⁶⁴. Se establecen, además, disposiciones específicas en materia probatoria para los delitos de agresiones sexuales. En este sentido se establece que la conducta sexual de la víctima anterior a la comisión del delito no será admitida como prueba. Tampoco se admitirá como prueba el consentimiento de la víctima si éste fue obtenido mediante violencia, coacción, retención o presión psicológica de la misma, o se le hizo creer que si no prestaba tal consentimiento otra persona sería sometida a tal violencia física y psíquica. El artículo 95 permite a la Sala rechazar aquellas pruebas obtenidas ilegalmente. La actividad probatoria de la propia Sala se resume en las siguientes previsiones:

– La Sala de Primera Instancia puede llamar a declarar a determinados testigos cuando lo juzgue necesario⁶⁵.

– Si bien corresponde a las partes el examen del testigo, el magistrado, en cualquier momento, puede realizar al mismo las preguntas que considere pertinentes⁶⁶.

Finalizado el periodo probatorio la acusación y la defensa presentarán sus conclusiones finales, iniciándose a partir de ese momento el procedimiento de deliberación y fallo del Tribunal Internacional.

3º SENTENCIA.

«Cuando ambas partes hayan completado su presentación del caso, el Presidente declarará el asunto visto para sentencia y la Sala de Primera Instancia deliberará en privado. El fallo de culpabilidad sólo será adoptado cuando la mayoría de la Sala considere que la culpabilidad ha sido probada fuera de toda duda razonable⁶⁷.»

63. Art. 92 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

64. Art. 93 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

65. Art. 98 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

66. Art. 85(B) del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

67. Art. 87 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

La sentencia constituye la última fase del procedimiento ante la Sala de Primera Instancia. El fallo contenido en la misma debe ser adoptado por la mayoría de los magistrados, admitiéndose la adición de los votos u opiniones disidentes⁶⁸. Las principales garantías con que se rodean a las sentencias del Tribunal Internacional para Ruanda son la **motivación** y la **publicidad**. Todo fallo debe ir acompañado de una motivación escrita y ser pronunciado en público, en fecha que será previamente notificada a las partes. La sentencia del Tribunal Internacional puede contener un fallo de culpabilidad o absolución, dependiendo las medidas a adoptar respecto de la persona del acusado de tal circunstancia. En los supuestos de absolución procede la liberación inmediata del acusado, salvo que el Ministerio Fiscal comunicara a la Sala su intención de interponer el correspondiente recurso de apelación, en cuyo caso se emitiría una nueva orden de detención.

Si por el contrario el fallo es de culpabilidad, se conducirá al acusado hasta el lugar de ejecución de la pena; si ya estuviera en libertad en el momento de pronunciarse el fallo por una decisión previa del Tribunal será necesaria la detención del mismo a fin de notificarle el contenido del mismo y proceder a su ejecución.

Uno de los puntos sobre los que debe pronunciarse el Tribunal Internacional en la sentencia es la pena a cumplir por el declarado culpable. El artículo 23.1 del Estatuto establece que la Sala sólo podrá imponer penas de privación de libertad excluyéndose claramente la pena de muerte, vigente en algunos Estados, así como aquellas otras que puedan afectar a la integridad física o moral del reo (tortura, tratos inhumanos o degradantes, etcétera). En la determinación de las penas a imponer la Sala debe tener en cuenta factores como la gravedad del delito, las circunstancias personales del condenado, las circunstancias agravantes o atenuantes concurrentes, la cooperación del acusado con el Ministerio Fiscal, la medida en que una pena impuesta por un tribunal nacional a la misma persona por el mismo acto ya haya sido cumplida y la práctica general de los tribunales de Ruanda relativa a las penas de prisión⁶⁹.

68. Art. 22.2 del Estatuto del TIR.

69. Art. 9.3, 23.1 y 2 del Estatuto del TIR y art. 101 (B) del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

La sentencia del Tribunal Internacional debe pronunciarse expresamente sobre la responsabilidad civil derivada del delito⁷⁰, ordenando la devolución a los propietarios legítimos de los bienes o ingresos adquiridos por medios delictivos. Las peticiones de indemnización a las víctimas de los crímenes enjuiciados deberán hacerse efectivas ante el correspondiente tribunal nacional.

4° SISTEMA DE RECURSOS.

El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda regula todo un sistema de recursos basado en la posibilidad de que los fallos pronunciados por las Salas de Primera Instancia sean trasladados a la Sala de Apelaciones mediante la interposición del oportuno recurso de apelación. Se cumple de esta forma el principio de «doble instancia o doble grado de jurisdicción», garantizándose la revisión del fallo condenatorio y la pena impuesta al condenado por un tribunal superior⁷¹. El recurso de apelación se encuentra regulado en el artículo 24 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda:

«La Sala de Apelaciones conocerá de los recursos de apelación que interpongan las personas condenadas por las Salas de Primera Instancia o el Fiscal por los motivos siguientes:

- a) Un error sobre una cuestión de derecho que invalida la decisión.
- b) Un error de hecho que ha impedido que se hiciera justicia».

Este precepto ha sido desarrollado por los artículos 107 a 119 del Reglamento de Procedimiento y Prueba. Las líneas generales de la tramitación del recurso de apelación son las que a continuación se exponen:

1° Se aplicarán a la sustanciación del recurso las disposiciones relativas al procedimiento y prueba ante las Salas de Primera Instancia.

2° Dentro de los treinta días siguientes a la publicación y notificación de la sentencia dictada en primera instancia, el recurrente deberá

70. Art. 23.3 del Estatuto del TIR y arts. 88 (B), 105 y 106 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

71. El art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 1966 dispone que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidas a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

presentar en la Secretaría del Tribunal, para su notificación a la otra parte, un escrito donde exprese su intención de recurrir en apelación así como los fundamentos en que se apoye tal recurso. El plazo se reducirá a quince días en los supuestos de apelación de un fallo denegatorio de una objeción basada en la falta de jurisdicción o adoptado en supuestos de desacato al Tribunal y falso testimonio de un testigo.

3° Posteriormente se presentará un escrito de apelación en el que se establecerán los motivos y fundamentos del recurso. Tras la notificación del escrito de apelación el apelado podrá redactar un informe oponiéndose al mismo. El periodo de alegaciones finaliza con el escrito de réplica formulado por el apelante y la fijación de la fecha de la vista.

4° Durante el procedimiento ante la Sala de Apelaciones las partes podrán proponer, con autorización de la Sala, aquellas pruebas adicionales que no pudieron ser practicadas durante el juicio en primera instancia.

5° El recurso, que se decidirá por la mayoría de los magistrados de la Sala, podrá confirmar, revocar o modificar las decisiones adoptadas por las Salas de Primera Instancia.

La regulación del recurso de apelación efectuada por el Estatuto y el Reglamento de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional para Ruanda se caracteriza fundamentalmente por ser una regulación restrictiva. En primer lugar se produce una restricción en los motivos que permiten la interposición del recurso, ya que sólo un error de hecho o de derecho hace posible la apelación y no, como sería lógico, el mero perjuicio o gravamen sufrido por una de las partes como consecuencia de la resolución judicial impugnada. En segundo lugar existe en dicha regulación una restricción en cuanto a las personas legitimadas activamente para la interposición del recurso: personas condenadas por las Salas de Primera Instancia y Ministerio Fiscal, sin que se permita a los Estados recurrir en apelación ante el Tribunal Internacional. Sin embargo, lo más importante del régimen jurídico de tal recurso es el tipo de resoluciones judiciales que pueden ser impugnadas: sentencias pronunciadas por las Salas de Primera Instancia. De esta forma se niega toda posibilidad de recurso de las decisiones judiciales nacionales ante el Tribunal Internacional. En los supuestos de enjuiciamiento de los acusados por los tribunales nacionales, las sentencias tendrán que ser impugnadas conforme a los respectivos sistemas estatales de recursos sin que pueda elevarse la cuestión al TIR.

Junto al recurso de apelación el Estatuto regula el denominado «recurso de revisión»⁷² para el supuesto de que se descubra un nuevo hecho del que no se tuvo conocimiento durante la vista de la causa en primera instancia o ante la Sala de Apelaciones y que hubiera podido influir decisivamente en el fallo. En tal recurso la legitimación activa corresponde al acusado y al Ministerio Fiscal, siendo el plazo para su interposición de un año desde que se dictó la sentencia que se pretende impugnar.

5º EJECUCIÓN.

El cumplimiento de la sentencia, una vez firme, ha de tener lugar inmediatamente. El artículo 103 del Reglamento de Procedimiento y Prueba determina los lugares donde ha de producirse el cumplimiento de las penas privativas de libertad, a saber: Ruanda o cualquier Estado designado por el Tribunal a partir de una lista de Estados que hayan comunicado su voluntad de aceptar a las personas declaradas culpables de crímenes de guerra. En cualquier caso se comunicará al gobierno de Ruanda el lugar concreto elegido para el cumplimiento de las penas. El traslado del reo al Estado donde se vaya a producir su encarcelamiento se producirá una vez transcurridos los plazos para la apelación de la sentencia.

En cuanto a las condiciones de cumplimiento de las penas el artículo 26 del Estatuto establece que el encarcelamiento se llevará a cabo de conformidad con la legislación aplicable del Estado interesado y que estará sujeto a la supervisión del Tribunal Internacional para Ruanda. Aunque el artículo 104 del Reglamento de Procedimiento establece un sistema de control de la ejecución de las penas privativas de libertad, dicho control no se llevará a cabo hasta que el Tribunal Internacional para Ruanda proceda a designar al órgano encargado de ello.

D) *Indulto y conmutación de la pena*

«Si conforme a la legislación aplicable del Estado en que el condenado está cumpliendo la pena de prisión, éste tiene

72. Arts. 120 a 123 del Reglamento de Procedimiento y Prueba.

derecho a solicitar un indulto o la conmutación de la pena, ese Estado lo notificará al Tribunal Internacional para Ruanda. Sólo podrá haber indulto o conmutación de la pena si, tras haber consultado a los magistrados, lo decide así el Presidente del Tribunal Internacional para Ruanda basándose en los intereses de la justicia y los principios generales del derecho»⁷³.

Las posibilidades de concesión de un indulto o conmutación de la pena dependen fundamentalmente de que tales beneficios se encuentren contemplados en la legislación vigente en el Estado en el que el condenado esté cumpliendo la pena de prisión. Se produce así un agravio comparativo para aquellos reos que se encuentren cumpliendo condena en Estados cuyas legislaciones no prevean tales instituciones. En la concesión del indulto o conmutación de la pena el Presidente del Tribunal Internacional deberá tener en cuenta la gravedad del crimen o crímenes por los que el reo haya sido condenado, el trato dispensado a presos en similar situación, las pruebas de reinserción dadas por el condenado y la cooperación que hubiera prestado al Ministerio Fiscal durante el proceso.

V. VALORACIÓN CRÍTICA

La principal nota que ha caracterizado la regulación contenida en el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda ha sido la falta de originalidad. La Resolución 955(1994), de 8 de noviembre de 1994, repite literalmente la práctica totalidad de los preceptos del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. No se ha aprovechado la experiencia que ha supuesto el enjuiciamiento de los crímenes de guerra perpetrados en la antigua Yugoslavia y se ha optado por la vía de hacer una copia exacta de las disposiciones que rigen aquel Tribunal Internacional. Sin embargo, la comunidad internacional no ha tenido en cuenta un factor decisivo a la hora de crear la principal norma de organización y funcionamiento del Tribunal Internacional para Ruanda:

73. Art. 27 del Estatuto del TIR.

la realidad social y cultural de la que se parte en ambos territorios es totalmente diferente; la regulación, por tanto, también ha de ser diferente. Pero, no sólo se han adoptado sin modificación alguna las disposiciones relativas al Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia sino que, además, se ha intentado completar la organización del Tribunal Internacional para Ruanda con órganos pertenecientes al otro Tribunal Internacional (Ministerio Fiscal y Sala de Apelaciones). Con ello no queremos sino poner de manifiesto los riesgos que se derivan de tal práctica, ya que la repetición de tales disposiciones implica no sólo la reiteración de las virtudes que puedan apreciarse en dicha regulación sino la inclusión de todos sus vicios formales y de fondo.

La regulación que el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda efectúa merece, en general, una opinión favorable. Las disposiciones del Estatuto, excesivamente genéricas y necesitadas de una mayor concreción, han venido a ser desarrolladas y precisadas por el Reglamento de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional, que a través de ciento veintiseis artículos crea una normativa detallada rectora de las distintas fases del proceso penal internacional. A nuestro parecer, lo más destacado de dicha regulación es la creación de una Unidad de Víctimas y Testigos para la adopción de las oportunas medidas de protección de los mismos, previsiones específicas en materia probatoria para los delitos de violación y agresión sexual, reconocimiento de la responsabilidad civil derivada del delito y, por consiguiente, de compensaciones o indemnizaciones a las víctimas.

Sin embargo, existen aspectos de tal regulación sobre los que debemos manifestar nuestra disconformidad, en la medida en que se producen violaciones importantes de garantías y principios fundamentales del proceso penal.

1º Por lo que se refiere a la organización del Tribunal Internacional para Ruanda, cabe destacar la inexistencia de una Fiscalía creada específicamente para dicho Tribunal. Lo mismo ocurre con la Sala de Apelaciones del TIR. La utilización de órganos previstos para el Tribunal Internacional de la antigua Yugoslavia hace que no se tenga en cuenta la diferente realidad que motiva la creación de ambos Tribunales, de forma que órganos de un Tribunal Internacional entienden de los resultados de un conflicto armado que no es el que ha determinado su constitución.

2º En cuanto a la jurisdicción, la principal crítica se centra en la denominada «jurisdicción concurrente». Los principales problemas derivados de la regulación de esta materia (infracción del principio non bis in idem y del derecho al juez legal o predeterminado por la ley) han sido expuestos a lo largo de este trabajo, por lo que sólo cabe decir que la falta de un sistema de reparto competencial entre el Tribunal Internacional y los tribunales nacionales puede originar en la práctica serios problemas de coordinación de sus actuaciones.

3º Por lo que respecta al procedimiento, hay que resaltar la inexistencia de acusación particular y popular ante el Tribunal Internacional. Es preciso permitir a las víctimas de los crímenes de guerra así como a cualquier persona con interés en el asunto participar en las distintas fases del procedimiento como parte acusadora. Tampoco contempla el Reglamento de Procedimiento y Prueba la intervención del perjudicado, como actor civil, en las distintas fases del proceso penal. Además, remite a los respectivos tribunales nacionales la cuestión relativa a las indemnizaciones de las víctimas de los crímenes de guerra enjuiciados, por lo que éstas se verán obligadas a iniciar un nuevo proceso en el que se decida su cuantía.

4º En el ámbito de las penas, si bien se produce una tipificación expresa de los crímenes que han de ser enjuiciados por el Tribunal Internacional, no se prevé ni en el Estatuto ni en el Reglamento de Procedimiento y Prueba un sistema completo de penas, vulnerándose así el principio de legalidad en su vertiente **nullum poena sine lege**. Todo ello determina la inexistencia de normas que permitan una armonización de las penas. Si, en virtud del artículo 8 del Estatuto y del principio de jurisdicción concurrente, son los tribunales nacionales los que juzgan y condenan a los responsables, imponiéndoles las penas previstas en las correspondientes legislaciones penales, se puede producir una vulneración del principio de igualdad, pues dos sujetos condenados en Estados diferentes por el mismo crimen pueden perfectamente estar cumpliendo penas distintas. En estos casos, la mayor o menor cuantía de la pena a cumplir va a depender principalmente del Estado en el que sea juzgado el responsable.

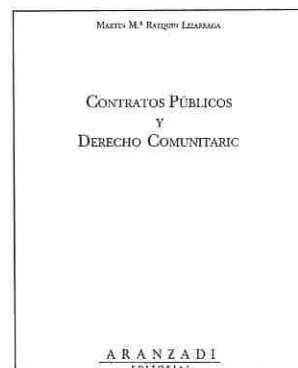
5º Se produce en materia de ejecución de sentencias una clara infracción del principio de igualdad. Como ya sabemos, el cumplimiento de la sentencia condenatoria puede tener lugar en Ruanda o cualquier Estado designado por el Tribunal en la forma prevista en el Reglamento

de Procedimiento. A través de los medios de comunicación se ha podido comprobar las pésimas condiciones en que se encuentran los presos de las cárceles de Ruanda. De ello deriva que dos sujetos que cumplan la misma pena de prisión en Estados diferentes, por ejemplo Ruanda y Estados Unidos, se van a encontrar en una situación de desigualdad. Es evidente que no es posible la creación de instituciones penitenciarias específicas para albergar a los responsables de los crímenes perpetrados en Ruanda; es también evidente que no se puede obligar a un sólo Estado a albergar a todos los condenados por crímenes de guerra. Sin embargo, consideramos que se podría haber adoptado una solución más equitativa y que no llevara a desigualdades tan enormes. Por otra parte, el artículo 26 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda dispone que el encarcelamiento se llevará a cabo de conformidad con la legislación aplicable del Estado interesado, produciéndose de nuevo una infracción, para los presos, del principio de igualdad pues dependiendo de tal legislación y del Estado en el que cumplan su pena los beneficios penitenciarios de los que podrán disfrutar serán mayores o menores. Lo mismo ocurre en materia de indulto y conmutación de penas (artículo 26 del Estatuto del TIR).

6º Finalmente, en la regulación de la segunda instancia no se ha previsto la posibilidad de que las sentencias dictadas por los tribunales nacionales sean elevadas al Tribunal Internacional para Ruanda, de forma que agotados los recursos internos o estatales no cabe ninguna otra vía de impugnación.

La creación de un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra perpetrados en la República de Ruanda ha sido una decisión muy importante de la sociedad internacional, por lo que merece en general una valoración positiva. Pese a las críticas que puedan hacerse a las normas que han de regir su actuación, ante todo debemos reconocer el mérito de Naciones Unidas al ocuparse de juzgar los crímenes derivados de un conflicto político. Quizás las últimas experiencias de Ruanda y ex Yugoslavia hagan que dicha organización se replantee la posibilidad de creación de un Tribunal Penal Internacional permanente, que desarrolle sus funciones jurisdiccionales a la luz de un Código de Procedimiento aprobado por todos los Estados miembros.

EXEQUATUR DE TÍTULOS PUBLICADOS

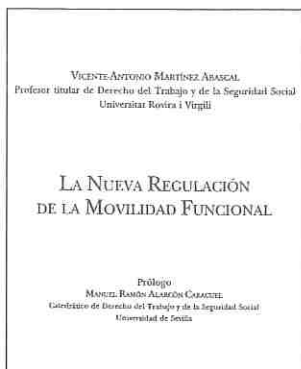


Título: *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, 320 páginas

Autor: Martín Mª Razquin Lizarraga

La obra ofrece un análisis de la reciente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, efectuado desde la perspectiva del Derecho Comunitario. A tal fin, contiene una amplia exposición de la normativa de las Comunidades Europeas sobre contratación pública que alcanza a los contratos que celebran entes públicos, e incluso en algunos casos empresas privadas, sobre obras suministros, servicios o en sectores relativos al agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

Plantea de forma específica los problemas más acuciantes derivados de la adaptación al Derecho Comunitario así como la necesidad de reforma de nuestro sistema jurídico en orden a ofrecer verdaderas garantías procedimentales y judiciales a los contratistas que hayan sufrido alguna ilegalidad en el procedimiento de adjudicación y selección.



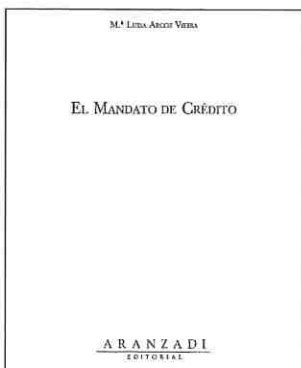
Título: *La Nueva Regulación de la Movilidad Funcional*, 160 páginas

Autor: Vicente-Antonio Martínez Abascal

La obra tiene como objetivo realizar un análisis jurídico de la reciente reforma de la movilidad funcional en el marco del contrato de trabajo, excluyéndose, por tanto, la regulación que en esta materia se aplica a los funcionarios y personal asimilado.

Bajo esta finalidad, el trabajo se estructura en cuatro partes. La primera está destinada a enmarcar la reforma normativa de la movilidad funcional en el contexto socioeconómico en que la misma surge.

Seguidamente, se procura clarificar el significado de la técnica normativa de flexibilización de las relaciones laborales utilizada en la reforma de este instituto. La tercera parte está dedicada al examen del vigente régimen jurídico de la movilidad funcional, contrastándolo de modo sistemático con la regulación inmediatamente anterior a la reforma. Finalmente, se establece, a modo de conclusión y desde el punto de vista técnico-jurídico, el grado de flexibilidad alcanzado en la vigente regulación de la clase de movilidad objeto de análisis.



Título: *El Mandato de Crédito*, 336 páginas

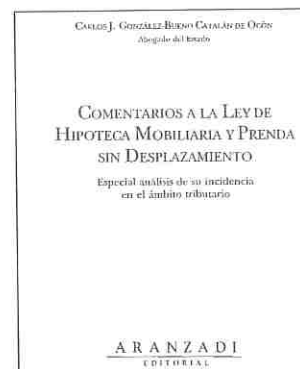
Autor: Mª Luisa Arcos Vieira

Estudio del mandato de crédito, figura contractual que responde a ciertas relaciones que plantea la práctica mercantil y de difícil calificación jurídica por cuanto, por una parte, presentan caracteres afines al contrato de mandato y, por otra, incorporan una cierta función de garantía que aproxima el negocio a la figura de la fianza o, más generalmente, al ámbito de las garantías personales.

En la práctica, este tipo de relaciones se establecen preferentemente entre ciertas empresas y entidades bancarias, y reflejan el interés de aquéllas en que

una tercera empresa obtenga crédito de la entidad a la que dirigen su iniciativa. Se trata en consecuencia de un supuesto claramente afín al de las llamadas «cartas de patrocinio» de gran repercusión práctica en el ámbito mercantil y bancario y carente de regulación específica.

En España, a diferencia de otros países, son escasos los estudios doctrinales del tema referidos al Derecho contemporáneo, por lo que la obra supone una importante fuente de consulta.

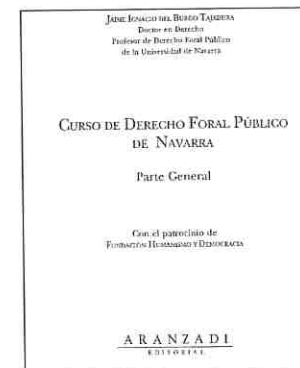


Título: *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*, 352 páginas

Autor: Carlos J. González-Bueno Catalán de Ocón
Este libro aborda, por primera vez, de forma global y sistemática, un estudio profundo y, a la vez, de fácil consulta, de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

El trabajo sale a la luz en un momento de máxima oportunidad: cuando los derechos reales que en él se analizan están abocados, en un futuro inmediato, a un importante desarrollo, como consecuencia de haber incorporado el legislador, en la reciente reforma de la Ley General Tributaria, tales garantías

entre los medios idóneos para lograr la suspensión de las liquidaciones practicadas por la Hacienda Pública. De ahí que una parte importante de la obra -los cuatro últimos capítulos- la dedique su autor a analizar, en detalle, los numerosos y complejos problemas, sustantivos y procesales, que provoca la aportación por los particulares de garantías mobiliario-registrales en los procedimientos tributarios.

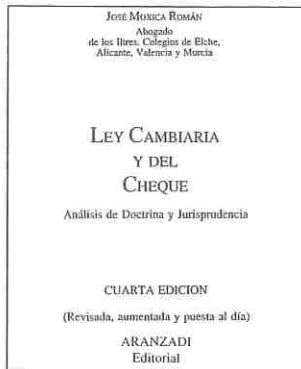


Título: *Curso de Derecho Foral Público de Navarra*, 768 páginas

Autor: Jaime Ignacio del Burgo Tajadura

En el actual Estado de las autonomías destaca con luz propia el régimen foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero de 1982 constituye una singularidad en el ordenamiento jurídico español, que es consecuencia del especial «status» de la Comunidad Foral de Navarra, cuyos derechos originarios e históricos ampara y respeta la disposición adicional primera de la Constitución de 1978. Este Curso de Derecho Foral Público de Navarra aborda entonces, de una manera sistemática, una realidad jurídica sobre la que existe un cierto desconocimiento, a

pesar de tratarse de un régimen de autogobierno que ha conseguido superar las adversas condiciones en que hubo de desenvolverse desde 1841 hasta lograr, en nuestros días, un total refrendo constitucional.

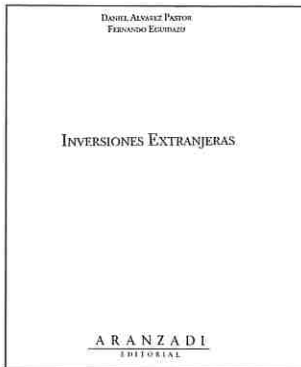


Título: *Ley Cambiaria y del Cheque. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia*, 4ª edición, 1.056 páginas

Autor: José Moxica Román

En esta obra se ha realizado un cuidadoso trabajo práctico de análisis de la importante Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. La Ley es examinada y glosada siguiendo su propio sistemática, es decir, artículo por artículo, pero sin olvidar la íntima conexión existente entre unos y otros. El autor no se limita a expresar su opinión, sino que incluye la de los más prestigiosos autores sobre cada cuestión analizada y, además, las resoluciones

de las distintas Audiencias Provinciales que han abordado cada una de las cuestiones, todo ello desde la perspectiva del quehacer diario del profesional del Derecho.



Título: *Inversiones extranjeras*

Autores: Daniel Alvarez Pastor y Fernando Eguidazu, 896 páginas

Estudio práctico de los distintos problemas que plantean tanto la legislación sobre inversiones extranjeras en España como la de inversiones españolas en el extranjero. Comienza con una síntesis histórica de la legislación sobre inversiones extranjeras en España, para abordar a continuación los siguientes temas: la normativa de movimientos de capitales en la Unión Europea, inversiones en España, inversiones españolas en el extranjero, infracciones administrativas y procedimiento sancionador

en materia de control de cambios, etc.



Título: *Marca y Diseño Comunitarios*

Autor: Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, 488 páginas

Esta obra contiene las ponencias de un Seminario Internacional, celebrado al más alto nivel, sobre la marca y el diseño comunitario. Ofrece no sólo el estudio pormenorizado de cada una de las partes del Reglamento de la Marca Comunitaria, sino también los distintos aspectos de la protección de las marcas en la Unión Europea. A ello se añade una exposición de los proyectos de la Unión Europea para la protección del diseño.

MARÍA ÁNGELES JOVÉ
«MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO CIVIL»
J.M. BOSCH EDITOR, S.L., BARCELONA, 1995

La monografía que reseñamos examina, como su título indica, las medidas cautelares innominadas en el proceso civil, tesis doctoral dirigida por la Profesora María Victoria Berzosa Francos y defendida en la Universidad de Barcelona en el año 1994. La autora, María Ángeles Jové, aborda el estudio de dicha temática dividiendo su investigación en dos grandes partes: la primera referente a sus presupuestos y a los criterios que informan su adopción, y la segunda relativa al procedimiento del art. 1428 de la L.E.C.; lográndose con tal sistemática un análisis profundo y global de las medidas cautelares. La primera parte se divide, a su vez, en dos capítulos; mientras que la segunda parte está integrada por cuatro.

Antes de comentar cuál sea el contenido de dichos capítulos, simplemente apuntamos que la Profesora Jové introduce la primera parte del trabajo poniendo de manifiesto que las medidas cautelares «pretenden ser el remedio previsto por el legislador para disminuir el peligro inmanente a la dimensión temporal del proceso jurisdiccional», tendiendo a asegurar la efectividad de la sentencia. Se menciona, asimismo, la homogeneidad existente entre las medidas cautelares y las ejecutivas y se hace referencia a la dicción del art. 1428 de la L.E.C. de cuya interpretación se desprenden determinadas notas caracterizadoras de las antedichas medidas.

El capítulo primero estudia, de forma individual, el «fumus boni iuris», el «periculum in mora», la prestación de fianza y la pendencia del proceso. La autora se manifiesta partidaria, respecto al primero de los presupuestos, la apariencia de buen derecho, de seguir una vía intermedia entre la mera afirmación y la plena certeza, por estimar que es la más lógica y la que mejor se adecúa a la esencia y sentido de la institución cautelar. Los diversos modos de acreditamiento de dicho «fumus boni iuris» se abordan desde una doble perspectiva temporal: la situación existentes antes y tras la Reforma de 1984, exponiéndose las diferentes críticas doctrinales a la antigua regulación. Paulatinamente, María Ángeles Jové va definiendo o concretando lo que debe entenderse por apariencia de derecho, que se

vinculará a la presentación de documentos (principio de prueba por escrito), debiendo demostrar la existencia objetiva de la situación y la atribución subjetiva de la titularidad activa y pasiva.

El «periculum in mora» se examina como presupuesto genérico de las medidas cautelares y atendiendo a su configuración legal en el art. 1428 de la L.E.C. Desde la primera óptica se analiza el peligro de daño jurídico derivado del propio retraso en la Administración de Justicia, lo cual fundamenta la tutela cautelar. A tenor de ello se apunta, acertada y gráficamente, la consideración de dos caras del factor o elemento temporal, la positiva que hace posible y garantiza la declaración del derecho, y la negativa que puede llegar incluso a negar la efectividad del mismo. Asimismo, la Profesora Jové establece dos tipologías de «periculum in mora»: de infructuosidad y de retraso o tardanza. La primera amenaza el ideal de que el deudor demandado cumpla el contenido del pronunciamiento judicial, y el segundo supone una prolongación a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho sobre el que se contiene. Ambas clases de peligros serán tutelados, en opinión de la autora, de diferente modo, el primero necesitará una medida cautelar de carácter conservativo o asegurativo, lo cual puede resultar insuficiente al segundo.

María Ángeles Jové considera, adscribiéndose a la doctrina mayoritaria, que la fianza constituye otro de los presupuestos de las medidas cautelares, o, siendo más rigurosos, una condición de su efectividad. Fianza que a tenor del art. 1428 de la L.E.C. habrá de ser previa, bastante y no de carácter personal, aunque la autora se manifiesta a favor de la admisión del aval bancario.

El segundo capítulo de la primera parte se ocupa, tal y como adelantamos, de señalar cuáles son los criterios de determinación de las medidas cautelares adoptables al amparo del art. 1428 de la L.E.C., precepto indeterminado, que, en consecuencia, se adecuará a la casuística concreta. En esta sede se analizan las diversas pautas que sienta la doctrina, y las que se deducen de la interpretación sistemática del art. 1428 de la L.E.C. junto con las restantes disposiciones reguladoras de medidas cautelares típicas, lo cual se realiza desde dos perspectivas diferentes, lográndose de tal modo una mayor claridad en la exposición: «una negativa en el sentido de excluir su aplicación cuando existan regulaciones específicas y otra positiva manifestada en esa función integradora de la tutela cautelar atípica».

La primera parte de la monografía finaliza poniendo de relieve la problemática que se suscita en torno a las medidas de carácter anticipatorio. Dichas medidas son aquellas que sobrepasan la eficacia asegurativa y la de conservación y tienen carácter innovativo, puesto que son satisfactorias, ya que anticipan la pretensión del solicitante. La Profesora Jové aconseja la inadmisión de este tipo de medidas antes de la presentación de la demanda principal, pues considera que no pueden convertirse en la panacea para dar salida a una tutela urgente, por ello la autora hace hincapié en el carácter excepcional de estas cautelares.

La segunda parte de la obra comentada versa sobre el procedimiento del art. 1428 de la L.E.C. que se introduce resaltando sus notas esenciales o caracterizadora, a saber, siguiendo el orden establecido por María Ángeles Jové: iniciativa de

la parte actora; instrumentabilidad como criterio estructural de este procedimiento, ya que se halla preordenado el contenido de una decisión definitiva; y sumariedad tanto en el aspecto de celeridad como de cognición limitada.

A continuación, en el capítulo tercero de la obra, se pasa a analizar los sujetos o elementos personales del procedimiento cautelar ex 1428 de la L.E.C., así, se menciona al Juez competente, estudiándose la competencia referida a las solicitudes cautelares previas, y la competencia relativa a solicitudes simultáneas o posteriores a la demanda, distinguiendo según penda el recurso de apelación o el de casación. También se menciona el repartimiento de negocios.

El estudio de los sujetos se completa abordando las cuestiones relativas a las partes procesales, se examina, por tanto, su capacidad y legitimación, así como el supuesto de pluralidad de partes, ya se trate de una hipótesis de litisconsorcio, o de intervención de terceros en el proceso. Finalmente se hace una especial alusión a la representación procesal y a la defensa letrada.

El capítulo siguiente explicita el desarrollo del procedimiento cautelar, ya que se analiza la solicitud cautelar, la comparecencia de las partes y la resolución judicial que le pone fin. Respecto a la solicitud de la cautela se examina su forma, su contenido, el momento procesal oportuno y la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el proceso de ejecución. A raíz de la comparecencia de las partes se estudia el principio de contradicción en los procedimientos cautelares, que puede manifestarse a través de una audiencia; así como en las medidas cautelares indeterminadas, exponiéndose las distintas posibilidades interpretativas de la comparecencia regulada en el art. 1428 de la L.E.C.

Y por lo que respecta al tercero de los aspectos mencionados, la resolución judicial, se examina su forma, su contenido, su eficacia ejecutiva, sus modos de actuación, la posibilidad de su impugnación y la controvertida eficacia de cosa juzgada en los procedimientos cautelares.

El capítulo quinto versa sobre las incidencias de la medida cautelar acordada y su cauce procesal, es decir, se abordan diferentes cuestiones como la modificabilidad de las resoluciones cautelares que, como regla general, se realiza a instancia de parte; la variación de la cuantía o del tipo de fianza prestada, en atención a las circunstancias, especificándose las diferentes regulaciones existentes antes y después de la Reforma de 1984; y, finalmente, la posibilidad de sustitución de la medida cautelar acordada.

El capítulo sexto concluye esta monografía examinando los supuestos de extinción de las medidas cautelares innominadas, desde tres supuestos distintos: a) por terminación del proceso ordinario al obtenerse una sentencia condenatoria, absolutoria, o bien por acabar sin sentencia; b) otros supuestos en que la autora engloba la no presentación temporánea de la demanda, por la renuncia del solicitante y por la sustitución de la medida cautelar; c) la incidencia de la paralización del proceso principal y sus efectos sobre el procedimiento cautelar. Paralización que, tal y como ejemplifica la Dra. Jové puede obedecer a diferentes causas, entre otras, al planteamiento de un conflicto de competencia, o a una acumulación de autos.

La Profesora Jové, además, completa el estudio poniendo de manifiesto

diversas opiniones de la doctrina italiana y apoyando o contrastando sus tesis con abundantes decisiones jurisprudenciales: sentencias y autos procedentes de diversos órganos jurisdiccionales: Juzgados de Primera Instancia, Audiencias Provinciales y Territoriales, el Tribunal Supremo, y el Tribunal Constitucional, puesto que en numerosos casos una tutela judicial efectiva implica una previa tutela cautelar.

Tras esta breve reseña el lector ya puede intuir la acertada sistemática del estudio de las medidas cautelares que se desprende de la investigación elaborada por María Ángeles Jové. Obra cuya lectura es sumamente recomendable para el jurista, no sólo por el notable interés dogmático, sino también por su interés práctico al ser una cuestión que se presenta continuamente en el foro judicial. También son resaltadas las abundantes y exhaustivas notas a pié de página que constituyen un reflejo de la extensa bibliografía consultada; lo cual muestra, de nuevo, la solidez de la monografía que aquí se presenta.

CAROLINA FONS

(PROFESORA ASOCIADA DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA).

JAIME ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL

«LA COMPARENCIA PREPARATORIA DEL JUICIO DE MENOR CUANTÍA»

J.M. BOSCH EDITOR, S.L., BARCELONA 1992

El trabajo que se reseña tiene como objeto el estudio de la comparencia del juicio de menor cuantía (arts. 691 a 693 de la Ley de enjuiciamiento civil). Su autor examina esta institución desde una perspectiva integral, es decir, como estudioso del Derecho, no en vano es Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, y como práctico del mismo, haciendo uso de su calidad de Abogado. Dicho trabajo constituye la tesis doctoral del autor, dirigida por el Profesor Serra Domínguez y defendida en la Universidad de Barcelona en el año 1990.

El Dr. Alonso-Cuevillas y Sayrol divide la antedicha monografía en dos grandes bloques o partes. El primero versa sobre los antecedentes legislativos y doctrinales de la figura analizada, y el segundo aborda directamente la comparencia del menor cuantía en el Derecho español. Cada una de estas partes se halla, a su vez, integrada por diversos capítulos. Así, la primera parte se compone de dos capítulos, el primero relativo a las audiencias preliminares en el Derecho comparado, y el segundo que acomete la investigación de los precedentes en el Derecho español. La parte segunda se integra por los capítulos tercero o noveno relativos, respectivamente, a examinar caracteres generales de la figura; a poner de manifiesto cuáles sean los sujetos de la comparencia; su procedimiento; el intento de

conciliación; el saneamiento del proceso; la delimitación de los términos del debate; y el recibimiento a prueba. Observemos, a continuación, de forma sucinta, como enfoca dichas cuestiones el Profesor Jaime Alonso-Cuevillas en su obra.

La comparencia se introduce señalando su importancia del Derecho austriaco al sistema jurídico español por la Reforma 34/1984 de la Ley de enjuiciamiento civil. Asimismo, se pone de manifiesto la inidoneidad de los objetivos¹ utilizados para calificar dicha figura, tildando finalmente a la comparencia de «preparatoria». El autor, antes de abordar el expediente estudiado, alude a sus antecedentes en el Derecho histórico, haciendo especial mención a los Derechos romano, germánico y canónico, para posteriormente pasar al examen de la «Erste Tagsatzung» de la Z.P.O. austriaca ideada por el Profesor Franz Klein, observando la influencia (diferencias y similitudes), sobre la comparencia española. Examinándose, además, los principales modelos de Derecho comparado (portugués, italiano, brasileño, alemán y argentino).

Sentada esta visión de Derecho comparado, el autor se detiene en el estudio de los precedentes de la comparencia en el Derecho histórico español, concluyendo con la prácticamente inexistencia de éstos. No obstante, en un momento posterior en el tiempo, Alonso-Cuevillas estima que aparece cierto antecedente, por lo que se refiere a la actividad saneadora, en los artículos 52 y 63 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 regulador del juicio de cognición, aunque la comparencia del menor cuantía excede las pretensiones de los mentados preceptos.

A lo largo de toda la obra el autor adopta un tono crítico, pragmático y constructivo, pues no sólo señala sin ambages los defectos de la Ley, sino que además no descuida la aportación de soluciones. Como muestra de sus severas críticas podemos transcribir uno de los párrafos que analizan las causas del fracaso práctico de la actividad saneadora en el juicio de cognición, extrapolables al juicio de menor cuantía: «A los problemas orgánicos –desorganización de la oficina judicial, falta de medios materiales, deficientes sistemas de elección y formación del personal, exceso de trabajo, irracionalidad de la demarcación, etc.– se superponen aspectos sociológicos –ausencia de estímulos y responsabilidades que frecuentemente degenera en una actividad funcional, desconfianza (de todos: funcionarios, profesionales y justiciables) en la eficacia de actuaciones y procesos, impotencia para corregir la caótica situación, despreocupación absoluta de los poderes públicos, etc.– de no menor incidencia».

La parte primera de la monografía se concluye con el análisis del Proyecto de los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, «Corrección y actualización de la Ley de enjuiciamiento civil», (Madrid, 1972 y 1974), que resulta de sumo interés habida cuenta la denuncia del sistema de excepciones dilatorias, y de su sustitución por una audiencia preliminar, ya que la comparencia previa viene, hasta cierto punto, a ocupar el lugar de las excepciones dilatorias. E interesa, sobre todo, por el alto valor hemenéutico «para la correcta comprensión del alcance de la pobre y deficiente regulación de la actual comparencia», parafraseando el autor.

La segunda parte del trabajo aborda directamente el estudio de la comparencia del menor cuantía en la doctrina patria. El Profesor Alonso-Cuevillas pone

de manifiesto de forma severa la insatisfactoria regulación legal de la comparecencia; así, respecto a los arts. 691 a 693 de la L.E.C. apunta: «de su simple lectura se desprende ya la muy deficiente técnica jurídica de una regulación insuficiente, oscura y ambigua, conceptual y terminológicamente imprecisa, confusa, desordenada y carente de sistemática y, en muchas ocasiones, inoportuna, desacertada e incorrecta». Además de criticar la característica de la obligatoriedad que exige la Ley a la comparecencia que, a juicio del autor, mejor hubiera resultado una comparecencia facultativa habida cuenta la idiosincracia de nuestra Administración de Justicia. Alonso-Cuevillas y Sayrol justifica que el carácter de la comparecencia es «preparatorio» y pone de manifiesto su contenido multifuncional, es decir, conciliatorio (art. 692 de la L.E.C.); subsanatorio de defectos o faltas de carácter procesal (art. 693.1 tercera y cuarta regla de la L.E.C.), entre los que debe incluirse la adecuación de la clase de juicio (art. 693.1 primera regla de la L.E.C.); delimitativo de los términos del debate (art. 693.1 segunda regla); y la solicitud del recibimiento a prueba (art. 693.2 de la L.E.C.). Funciones que son analizadas más adelante.

El siguiente capítulo se ocupa de los diferentes sujetos que intervienen en la comparecencia: los justiciables, los Abogados, los Procuradores, los Jueces, y los Secretarios Judiciales. Igualmente se hace referencia a las situaciones litisconsorciales preteridas por la Ley y a los diferentes tipos de intervención (principal, adhesiva y litisconsorcial) también omitidos por la Ley.

Prosigue el autor con el estudio del procedimiento de la comparecencia, sede en que se efectúa especial hincapié en las numerosas lagunas legales aportando diversas soluciones. Se estudia la manera harto exhaustiva todo el «iter procedimental» de la comparecencia: la convocatoria, la apertura del acto, su concreto objeto tratado, la eventual prueba, la posibilidad de la suspensión y reanudación de la comparecencia, las costas, etc.

El Dr. Alonso-Cuevillas y Sayrol finaliza el estudio de la comparecencia dedicando los últimos capítulos (sexto a octavo) al examen detallado de cada una de las posibles funciones de la comparecencia. Así, el capítulo sexto hace referencia a la conciliación intra-procesal que se compara con el acto de conciliación pre-procesal obligatorio previo a la Reforma de 1984. Se apunta que este intento de acuerdo es inoportuno por el momento procesal escogido, a tenor de ello el autor manifiesta: «es ingenuo suponer que, iniciada la comparecencia, pueda conseguirse un acuerdo simplemente porque el Juez exhorte a ello. Y la experiencia demuestra que, en la mayoría de las ocasiones, cuando se llega a un acuerdo «in limine» de la comparecencia, el mismo se ha tomado ya antes y se manifiesta ante la presencia judicial para dotarlo, así, de una mayor eficacia». Alonso-Cuevillas continúa explicitando el riesgo de prejuzgamiento por parte del Juez que exhorta a las partes a que alcancen un acuerdo. Y resalta, además, entre otras cuestiones, la laguna de la Ley al no prever la posibilidad de impugnación del convenio.

El capítulo séptimo se ocupa de la función saneadora de la comparecencia, que se introduce con el estudio de sus precedentes. También aquí el autor es tajante a la hora de resaltar los desaciertos de la Ley, puesto que escribe: «la regla tercera del art. 692 es imprecisa, oscura, y carente del mínimo rigor técnico exigible en

la redacción de un precepto legal: una chapucera copia que desdibuja por completo el modelo original».

A continuación se analiza el procedimiento que seguirá esta función saneadora y sus diversos efectos. Resulta especialmente interesante el examen casuístico que el autor efectúa de algunos eventuales defectos susceptibles de subsanación, entre otros: la falta de competencia, los defectos de capacidad, representación y legitimación, la litispendencia, el defecto legal en el modo de proponer la demanda, la cosa juzgada, la improcedente acumulación de acciones, o la preterición del litisconsorte pasivo necesario.

La obra se concluye con el estudio de la posibilidad de delimitar los términos del debate, actividad en la que, a juicio del autor, puede incluirse cuatro funciones: dialéctica, transformadora, esclarecedora y correctora.

El último capítulo se ocupa del recibimiento a prueba, tras señalarse la asistemática legal, se ponen de manifiesto los diferentes requisitos que han de concurrir de forma cumulativa para que el recibimiento a prueba pueda ser ordenado en el acta, efectuándose, además, una crítica por la regresión al principio dispositivo, pues se recibirá el pleito a prueba cuando al menos una de las partes lo hubiera instado.

Este trabajo de investigación se completa con un apéndice normativo donde se refleja la evolución de la regulación de la comparecencia en el iter legislativo de la reforma, pues, se adjunta el Anteproyecto del Consejo General de Codificación, el Proyecto de Ley para la Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Informe de la Ponencia con el Congreso de los Diputados, el Dictamen de la Comisión en el Congreso de los Diputados, el Texto aprobado por el Pleno en Sesión celebrada el cinco de abril de 1984 en el Congreso de los Diputados, el Informe de Ponencia en el Senado, el Dictamen de la Comisión en el Senado y el Texto definitivamente aprobado en la Ley 34/1984, de seis de agosto.

Tras esta reseña ya se infiere que el profesor Alonso-Cuevillas ha elaborado un estudio sobre la comparecencia que pone de manifiesto las lagunas y los desaciertos de la Ley, pero siempre con un ánimo constructivo al ofrecer diversas posibilidades y soluciones para problemática que suscita la comparecencia e incluso los problemas endógenos de la Administración de Justicia. Estimamos, además, que resultan destacables las abundantes –más de mil–, completas y exhaustivas notas a pié de página que este trabajo de investigación contiene. Con esta obra se ofrece un análisis profundo sobre el tema al aunarse y/o tenerse en consideración las cuestiones jurídicas, sociales y políticas. Por todo ello, no cabe duda que nos hallamos ante una obra sólida de lectura harto recomendable para el jurista.

CAROLINA FONS
(PROFESORA ASOCIADA DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA).